



FADISMA

Educando para um futuro de oportunidades.



# entrementes

Semana Acadêmica da FADISMA

• ANAIS 2013 •



FADISMA - Faculdade de Direito de Santa Maria  
Coordenação Institucional de Pesquisa e Monografia

**FADISMA, Faculdade de Direito de Santa Maria, 2013.**

Anais da 10ª Semana de Ensino, Pesquisa e Extensão - ENTRE/MENTES FADISMA; por FADISMA - Faculdade de Direito de Santa Maria; Santa Maria, 2013.

1. Novos Direitos, Internacionalização e Multiculturalismo. 2. Constitucionalismo, Concretização de Direitos e Cidadania. 3. Meio Ambiente, Ecologia e Transnacionalização do Direito.

Os anais dos Trabalhos Completos são resultados da 10ª Semana de Ensino, Pesquisa e Extensão - ENTRE/MENTES FADISMA realizada de 21 a 25 de outubro de 2013, conforme programação.

As opiniões externadas nestes anais são de responsabilidade exclusiva dos seus autores.

## SUMÁRIO

<b>PROGRAMAÇÃO</b> .....	<b>6</b>
<b>1. ARTIGOS</b> .....	<b>18</b>
<b>1.1 Novos Direitos, Internacionalização e Multiculturalismo</b> .....	<b>18</b>
1.1.1 O Direito de Imagem e um Novo Direito no Âmbito Jurídico: O Direito ao Esquecimento.....	<b>19</b>
1.1.2 Para além da proteção global: a Organização dos Estados Americanos -OEA e a proteção aos Direitos Humanos.....	<b>28</b>
1.1.3 O procedimento de registro de marcas: análise sob a ótica das legislações brasileira e peruana .....	<b>42</b>
1.1.4 Cooperação internacional no novo Código de Processo Civil.....	<b>52</b>
1.1.5 Propriedade intelectual: o direito das marcas e a proteção ao consumidor .....	<b>61</b>
<b>1.2 Constitucionalismo, Concretização de Direitos e Cidadania</b> .....	<b>71</b>
1.2.1 A evolução da proteção dos direitos humanos no direito constitucional brasileiro....	<b>72</b>
1.2.2 A inexistência da liberdade absoluta.....	<b>81</b>
1.2.3 A mulher na sociedade e no judiciário brasileiro e o princípio constitucional da isonomia .....	<b>91</b>
1.2.4 O meio ambiente na esfera da responsabilidade penal e o princípio da insignificância .....	<b>100</b>
1.2.5 Reality show: legalidade e limites dos contratos de imagem.....	<b>110</b>
1.2.6 A aplicabilidade do instituto penal da detração nas medidas cautelares diversas da prisão no direito brasileiro .....	<b>118</b>
1.2.7 Pornografia infantil na sociedade em rede: uma abordagem crítica da previsão legal no estatuto da criança e do adolescente e o verbo nuclear “ver” .....	<b>132</b>
1.2.8 Relativização da impenhorabilidade do bem de família: equilíbrio baseado na dignidade do homem.....	<b>141</b>
1.2.9 O protagonismo e as reinvenções do sistema democrático: Uma reflexão sobre as proposições de Robert Dahl.....	<b>149</b>
1.2.10 O (não) reconhecimento dos direitos autorais como direito da personalidade: relações entre direitos morais e patrimoniais.....	<b>159</b>
1.2.11 O advento da Lei 9.032/1995 e o exsurgimento do instituto da desaposetança	<b>168</b>
1.2.12 O princípio da livre concorrência e o papel do SBDC: entre o conceito e a prática .....	<b>179</b>
1.2.13 Os benefícios advindos da criação da figura jurídica do Microempreendedor Individual (MEI).....	<b>196</b>
1.2.14 A incidência das mulheres nas políticas públicas: capital social e agenda política.....	<b>212</b>

1.2.15 Parcerias público-privadas: uma solução para a escassez de recursos públicos.....	221
1.2.16 O (im)possível julgar penal quando o juiz produz provas: uma leitura ao artigo 156, do Código de Processo Penal, à luz do princípio da imparcialidade .....	235
2.1.17 Jurisdição e justiça: discricionariedade e politização do direito.....	250
1.2.18 A massa carcerária e os mecanismos de controle social: uma análise do papel social do Estado na prevenção do delito e na ressocialização do apenado .....	266
1.2.19 O Estado, a Soberania e os Direitos Humanos .....	274
1.2.20 A Lei 9.614/98 (lei do abate de aeronaves) e os direitos fundamentais.....	282
1.2.21 Liberdade de expressão e a violação de direitos fundamentais na internet: perspectivas e respostas oferecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro .....	290
1.2.22 O bandido social e o traficante de drogas: uma análise sobre as (im)possíveis semelhanças em suas atitudes .....	299
<b>1.3 Meio Ambiente, Ecologia e Transnacionalização do Direito .....</b>	<b>312</b>
1.3.1 A responsabilidade civil ambiental como instrumento de proteção do meio ambiente e consolidação de um direito ambiental universal .....	313
1.3.2 Considerações acerca das transformações legislativas ocorridas no meio ambiente, com ênfase na tríplice responsabilização .....	321
1.3.3 O direito ao do meio ambiente sadio e o compromisso com as futuras gerações ..	329
1.3.4 Ordem e progresso (!?) : a ecologia política na vanguarda conciliatória de tecnologia e sustentabilidade .....	337
<b>2. RESUMOS .....</b>	<b>346</b>
<b>2.1 Novos Direitos, Internacionalização E Multiculturalismo .....</b>	<b>346</b>
2.1.1 Direito à privacidade x direito à liberdade de expressão artística .....	347
2.1.2 A Lex Mercatoria e a tentativa de regulação do comércio internacional: sua aplicação nos contratos internacionais e no procedimento arbitral .....	348
2.1.3 A Influência dos grupos sociais na construção de valores subjetivos e do discurso majoritário sobre a marginalização comportamental .....	350
2.1.4 O ensino de português nos cursos de direito: abordagens e perspectivas .....	351
2.1.4 Educação jurídica e o ensino de história do direito nos cursos de graduação no brasil .....	352
2.1.5 Os direitos sociais nos países inviáveis da América Latina do Século XXI.....	353
2.1.6 O direito internacional dos direitos humanos perante a solução pacífica de conflitos: aportes histórico-jurídicos do conflito Israelo-Palestino.....	354
2.1.7 A influência do STJD no futebol brasileiro .....	355
<b>2.2 Constitucionalismo, Concretização de Direitos e Cidadania .....</b>	<b>356</b>
2.2.1 A accountability vertical não eleitoral na sociedade da informação: do direito à informação pública na Lei nº 12.527 .....	357
2.2.2 A accountability vertical não eleitoral na sociedade da informação: do direito à informação pública na Lei nº 12.527 .....	358

2.2.3 Direitos políticos e igualdade entre homens e mulheres: da luta pelo direito ao voto feminino à conquista do cenário político .....	359
2.2.4 Mais do mesmo: a mídia enquanto quarto poder e sua influenciabilidade no cenário jurídico-contemporâneo da sociedade em rede.....	360
2.2.5 O direito fundamental ao desporto e seus reflexos sociológicos: breve análise acerca de um importante fator de integração social .....	361
2.2.6 Direito constitucional moderno em face do fenômeno ativismo judicial .....	362
2.2.7 Benefício assistencial ao deficiente: uma nova posição a luz do direito previdenciário .....	363
2.2.8 Sistema penitenciário: reintegração social ou escola para o crime .....	364
2.2.9 Da necessidade da ação extensionista para a educação jurídica .....	365
2.2.10 O laudo psicológico para definição da guarda de menor: a importância: a complexidade: a relação da psicologia com o direito.....	366
2.2.11 Financiamento público de fusões e aquisições via BNDES, no setor secundário: uma análise especial de financiamentos empresa “FRIBO” no Governo Lula .....	367
2.2.12 Do Século XVI aos dias atuais: a “evolução” do tráfico de pessoas e a violação dos direitos fundamentais do cidadão.....	368
2.2.13 Perda do poder familiar .....	369
2.2.14 A necessidade de inclusão das próteses auditivas no rol de deduções do imposto de renda .....	370
2.2.15 A valorização dos laços afetivos na “adoção à brasileira” .....	371
2.2.16 A efetivação do registro civil sob o prisma jurídico-social.....	372
2.2.17 A possibilidade de adoção homoparental no Brasil .....	373
2.2.18 O poder discricionário e o controle pelo judiciário .....	374
2.2.19 Competência da Justiça Militar .....	375
2.2.20 O posicionamento da jurisprudência gaúcha sobre a suspensão do poder familiar ... ..	376
2.2.21 Os novos tempos do direito: criminalização de manifestações públicas? .....	377
2.2.22 A maior manifestação da cidadania é o voto .....	378
<b>2.3 Meio Ambiente, Ecologia e Transnacionalização do Direito .....</b>	<b>379</b>
2.3.1 Privatização do saneamento básico: a (im)possibilidade em Santa Maria-RS .....	380
2.3.2 Princípios que norteiam o direito ambiental .....	382
2.3.3 Direito ambiental e o princípio do desenvolvimento sustentável .....	383

## APRESENTAÇÃO

Em 2010, na Semana Acadêmica organizada pelo Centro Acadêmico Afonso Pena, na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Giordano Bruno Soares Roberto afirmou que a Educação Jurídica faz mal à saúde. Este pequeno texto, publicado em seu blog<sup>1</sup>, tem reiteradamente servido de inspiração para as discussões que promovo na Disciplina de Metodologia da Pesquisa e do Direito, mas, sobretudo, para a minha gestão na Coordenação Institucional da Pesquisa, Monografia e Extensão.

Afinal, na condição de professora e de ex-aluna do Curso de Graduação em Direito tenho que concordar com Giordano, especialmente quando fala que a educação jurídica faz mal à saúde do próprio estudante e, também, da sociedade como um todo.

Contudo, a fala de Giordano Bruno não foi, de todo, desoladora. Ao lado da crônica de uma tragédia anunciada – parafraseando Gabriel Garcia Márquez na sua obra “Crônica de uma morte anunciada” –, o professor diz quais seriam as alternativas para que a educação jurídica não fizesse mal à saúde.

No caso, a educação jurídica não deveria se limitar a olhar para trás, ou seja, para o que já existe e faz parte da sua tradição; assim como não deveria se limitar a olhar para dentro do próprio Direito, isto é, para a sua estrutura, suas normas, seus princípios etc. Não que isto não seja importante. Mas isto é muito pouco. É preciso mais. É preciso que a educação jurídica olhe para frente e para fora.

O olhar para trás e para dentro é dado pelo ensino. Mas o olhar para fora, que está além do que pertence ao próprio Direito, e o olhar para frente, o que está por vir, são dados pela extensão e a pesquisa, respectivamente.

É por esta razão que a cada novo planejamento mensal, semestral e anual temos buscado inserir novos olhares no nosso Curso de Direito. Assim, pretendemos que a educação jurídica ultrapasse os limites e o conforto do ensino e transborde para as fronteiras externas e extemporâneas da extensão e da pesquisa. A primeira mediante o contato com a comunidade, a segunda com o aprofundamento do saber em prol da projeção de um futuro mais justo.

A Semana Acadêmica da FADISMA, a nossa querida ENTREMENTES, cumpre o seu papel neste nosso sonho especialmente quanto ao olhar para frente, o olhar para o futuro. Afinal, está na pesquisa o seu maior esforço.

Por ora, orgulhosamente apresentamos os frutos da X Semana Acadêmica, a Semana Acadêmica comemorativa dos nossos 10 (dez) anos de vida. Junto da comemoração do aniversário da FADISMA pudemos, então, confirmar o nosso papel de contribuir para que a educação jurídica possa nos (nós: sujeitos e sociedade) curar das doenças da visão uni ou bifocal do ensino, ampliando em mais 180% (cento e oitenta graus) as nossas perspectivas, capacidades e ações.

Por fim, parablenho a todos os autores pelos trabalhos e desejo uma excelente leitura a todos os interessados nas mais variadas áreas do Direito por onde os artigos e resumos transitam dentro nas nossas linhas de pesquisa.

**Carolina Elisa Suptitz**  
**Coordenadora Institucional de Pesquisa, Monografia e Extensão**

<sup>1</sup> Disponível em: <<http://magisteriojuridico.blogspot.com/>>. Acesso em: 14 dez. 2010.

## PROGRAMAÇÃO

21 de Outubro (Segunda-feira)

Credenciamento, Abertura Oficial e Atuação no Direito

**9h: Credenciamento**

**10h: Solenidade de Abertura**

**11h: Atuação no Direito: A Persistência e a Consolidação de um Espaço na Advocacia Criminal**

### Ministrantes:

**Bruno Seligman de Menezes.** *Graduado em Direito pelo Centro Universitário Franciscano (UNIFRA); Especialista em Direito Penal Empresarial pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS); Mestre em Ciências Criminais pela PUC/RS; Doutorando em Direito Penal pela Universidade de Buenos Aires (UBA); professor titular de Direito Penal e Criminologia da Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA); sócio da Bruno Menezes & Mário Cipriani Advocacia Criminal.*

**Mário Luís Lírio Cipriani.** *Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM); Especialista em Direito Penal Econômico e Europeu e Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra; Doutorando em Problemas Actuales del Derecho Penal y de La Criminología pela UPO, Sevilla, Espanha; ex-membro da Comissão de Estágio e Exame de Ordem da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB); Professor licenciado da Universidade da Região da Campanha (URCAMP); Professor adjunto da graduação e pós-graduação da Universidade Luterana do Brasil (ULBRA); Professor da graduação na Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA); Professor convidado dos cursos de pós-graduação em Direito Penal e Processo Penal no Instituto Busato de Ensino (Ponta Grossa/PR) e na Fundação Escola do Ministério Público do RS (FMP); Professor da ESMAFE.*

Workshop Práticas Alternativas de Resolução de Conflitos: Mediação e Justiça Restaurativa numa Perspectiva Preventiva e Humanista do Direito.

**14h às 15h30: A Mediação, a Alteridade e o Amor em Luis Alberto Warat**

### Ministrante:

**Fabiana Marion Spengler.** *Possui graduação em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (1994), mestrado em Desenvolvimento Regional pela Universidade de Santa Cruz do Sul (1998). É doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2007) e pós-doutora pela Universidade degli Studi di Roma Tre (2011). Atualmente é professora adjunta da Universidade de Santa Cruz do Sul lecionando na graduação as disciplinas de Direito Civil – Família, Processo Civil I, Mediação e Arbitragem, e na pós graduação junto ao Programa de Mestrado e de Doutorado em Direito as disciplinas de Políticas Públicas no Tratamento de Conflitos; e Políticas Públicas para uma nova jurisdição;. É professora colaboradora da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul UNIJUÍ, lecionando na graduação as disciplinas de Direito de Família e Direito da Mediação e da Arbitragem e na Pós-graduação junto ao Programa de Mestrado em Direitos Humanos a disciplina de Sistemas de*



*Justiça e suas Instituições. Publicou diversos livros e artigos científicos. Desenvolveu atividades de consultora junto ao Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD -, no âmbito do projeto BRA/05/036 executado pela Secretaria de Reforma do Judiciário ligada ao Ministério da Justiça. É líder do grupo de pesquisa Políticas Públicas no Tratamento dos conflitos, certificado ao CNPQ. É também presidente do núcleo municipal de Santa Cruz do Sul do IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família). Recebeu Menção Honrosa no Prêmio Capes de Teses 2008. Recebeu o primeiro lugar no Prêmio SINEPE/RS 2010 na categoria Responsabilidade Social pelo projeto de extensão em Mediação. É mediadora judicial.*

**15h30: Coffe Break com Lançamento do Centro de Mediação e Práticas Restaurativas (CEMPRE) da FADISMA.**

**Professores condutores:**

**Candisse Schirmer.** *Vice-Coordenadora Geral da Graduação, Coordenadora do Núcleo de Estudos de Direito Internacional (NEDI) e Professora nas áreas de Teoria Geral do Estado e Direito Constitucional da FADISMA. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, área de concentração em Demandas Sociais e Políticas Públicas. Linha de pesquisa: Políticas Públicas de Inclusão Social. Especialista em Direito Tributário e em Direito do Estado pela REDE LFG. Integrante do grupo de pesquisa “Direito, Cidadania e Políticas Públicas”, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da UNISC.*

**Fábio Rijo Duarte.** *Graduado em Direito pela FADISMA; Especialista em Metodologia do Ensino na Educação Superior pela FACINTER; Licenciatura Plena pelo Programa Especial de Graduação – Formação de Professores para o Ensino profissional e técnico da UFSM, no eixo Direito, Gestão e Negócios, pela UFSM; Professor das áreas de Direito Internacional, Prática Jurídica e TCC I na FADISMA.*

**Graziela Cezne.** *Graduada em Psicologia pela UNIFRA; Especialista em Clínica Psicanalítica pela UNISC; Mestre em Psicologia Clínica UNISINOS e; Professora da área de Psicologia e Psicanálise na UNIFRA e Psicologia Jurídica na FADISMA.*

**Isabel Cristina Martins.** *Graduada em Direito pela Faculdade Metodista de Santa Maria (FAMES); Especialista em Direito da Criança e do Adolescente pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP); Formação em Justiça Restaurativa pela AJURIS e; Professora na área de Justiça Restaurativa na FADISMA.*

**Marcelle Louzada.** *Graduada em Direito pela FADISMA; Especialista em Ciências Penais pela UNIDERP; Mestre em Educação pela UFSM; Advogada e; Professora na Área de Direito do Idoso, da Criança e do Adolescente na FADISMA.*

**Pietro Tolado Dal Forno.** *Graduado em Direito pela UFSM; Especialista em Direito Processual Civil pela UNIDERP; Advogado; Professor na FADISMA na área de Direito Civil e Coordenador do Núcleo de Práticas Jurídicas da Instituição.*

**16h às 17h30: Justiça Restaurativa e Comunicação Não-Violenta: Uma proposta para o século XXI**

**Ministrantes:**

**Ivanise Jann de Jesus.** *Promotora de Justiça da 1.ª Promotoria de Justiça Especializada da Infância e Juventude de Santa Maria.*



**Isabel Cristina Martins.** *Isabel Cristina Martins. Graduada em Direito pela Faculdade Metodista de Santa Maria (FAMES); Especialista em Direito da Criança e do Adolescente pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP); Formação em Justiça Restaurativa pela AJURIS e; Professora da FADISMA na área de Justiça Restaurativa.*

Lançamento do Curso de Ciências Contábeis

#### **18h: Coquetel de Lançamento do Curso de Ciências Contábeis**

Panorama e Potencialidades num Contexto Jurídico e Contábil de um Futuro de Oportunidades

#### **19h: Mesa redonda sobre as relações jurídico-contábeis**

##### **Mediador:**

**Marcelo Zampieri.** *Graduado em Direito pela UFSM; Mestre em Direito pela UNISC; Advogado; Professor da FADISMA e UFSM na área de Direito Empresarial e; Coordenador Geral da Pós-Graduação da FADISMA.*

##### **Debatedores:**

**Juliano Dall'Asta.** *Graduado em Ciências Contábeis pela UFSM; Perito Contábil na Justiça do Trabalho; Especialista em Administração de Negócios pela UFSM; Contador e; Vice-Coordenador Geral do Curso de Ciências Contábeis da FADISMA.*

**Sandro Bittencourt.** *Graduado em Ciências Contábeis pela UFSM; Especialista em Controladoria e Finanças pela UFSM; Mestre em Engenharia da Produção pela UFSM; Doutorando em Engenharia de Produção e Sistemas pela UNISINOS; sócio da Vision Consultoria e Auditoria Ltda e Coordenador Geral do Curso de Ciências Contábeis da FADISMA.*

Da Segurança Pública para a Segurança Cidadã

**20h: Do Panorama e das Perspectivas da Segurança Cidadã no País às experiências práticas na área: abordagem teórica e apresentação institucional do Núcleo de Segurança Cidadã da Faculdade (NUSEC) e lançamento interno do 1º Censo sobre Ações Municipais da Segurança Pública do Rio Grande do Sul, iniciativa da FADISMA. Palestra com a participação de Arno Leonhardt, Secretário Municipal de Ações de Segurança Pública e Trânsito, do município de Esteio.**

##### **Ministrante:**

**Eduardo Pazinato.** *Coordenador do NUSEC e Professor na FADISMA. Advogado, Consultor e Diretor de Inovação do Instituto Fidedigna. Também é representante titular do Fórum Brasileiro, na condição de Conselheiro de Administração, no Conselho Nacional de Segurança Pública (CONASP) e integrante do Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social do Rio Grande do Sul (CDESC) da gestão 2013-2015.*

#### **21h: Direitos Humanos e Políticas Públicas na América Latina**

##### **Ministrante:**

**André Viana Custódio.** *Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Sevilla/Espanha (2012), Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2006), Mestre em Direito pela*

*Universidade Federal de Santa Catarina (2002), Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1999), Professor Permanente dos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), Coordenador do Curso de Graduação em Direito da Faculdade Avantis, Coordenador do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens (GRUPECA) e Pesquisador do Grupo Políticas Públicas de Inclusão Social (UNISC), Consultor da Organização Internacional do Trabalho (OIT), Fellow da Ashoka Empreendedores Sociais. Foi Coordenador Executivo do Instituto Ócio Criativo e Consultor do Ministério do Desenvolvimento Social e do Combate à Fome (MDS) e do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direitos Humanos, atuando principalmente nos seguintes temas: direitos humanos, criança, adolescente, trabalho infantil, políticas públicas, meio ambiente.*

22 de Outubro (Terça-feira)

Direitos Humanos e Estado de Exceção

**Ministrantes:**

**9h: Gustavo Oliveira de Lima Pereira.** *Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais e Especialista em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS); Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS); Doutorando em Filosofia pela PUC/RS; Professor de Direito Internacional e Teoria do Direito na PUC/RS e em Cursos de Extensão em Direitos Humanos e Hospitalidade vinculado à Faculdade de Filosofia do Instituto de Desenvolvimento Cultural – IDC e ao Curso de Relações Internacionais da Escola Superior de Propaganda e Marketing – ESPM.*

**10h: Augusto Jobim do Amaral.** *Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais e Especialista em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS); Pós-graduado em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra; Mestre em Ciências Criminais pela PUC/RS; Doutor em Altos Estudos Contemporâneos (Ciência Política, História Contemporânea e Estudos Internacionais Comparativos) pela Universidade de Coimbra (Portugal); Professor do Departamento de Direito Penal e Processo Penal e do Departamento de Propedêutica da Faculdade de Direito da PUC/RS; Pesquisador convidado do *Ius Gentium Conimbrigae* (IGC) – Centro de Direitos Humanos da Universidade de Coimbra.*

**11h: Debates e perguntas**

**Debatedores:**

**Clodoveo Ghidolin.** *Graduado em Filosofia pela Universidade Católica de Pelotas (UCPel); Mestre e Doutorando em Filosofia pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM); Professor de Filosofia Geral e Jurídica, Retórica e Ética Geral e Profissional na FADISMA.*

**Tassia Aparecida Gervasoni.** *Graduada em Direito pela UNISC; Mestre em Direito pela UNISC; Doutoranda em Direito pela UNISINOS; Advogada e; Professora na FADISMA na área de Direito Constitucional; Integrante dos Grupos de Pesquisa “Jurisdição Constitucional Aberta” e “Estado e Constituição”, ambos vinculados ao CNPq.*

Da Teoria e Da Prática: A Produção Científica – Parte I

**Das 14h às 17h: Espaço destinado à apresentação de trabalhos**

Cinema.com Direito: Cinema e Direito no Telão a ao Telão

**19h: Direito e Cinema: um irresistível diálogo intertemporal**

**Ministrante:**

**Jânia Maria Lopes Saldanha.** *Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS); Mestre em Integração Latino-Americana pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM); Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS); Pós-doutoranda pelo Collège de France, sob a orientação de Mireille Delmas-Marty; Professora de Direito Processual Civil e Direitos Humanos do curso de Direito da UFSM; Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSM; Integrou o grupo de pesquisa Figures de la internationalisation du droit, coordenado pela Profª. Mireille Delmas-Marty; Presidiu a Comissão de Ações Afirmativas da UFSM; Coordena grupo de investigação, sob os auspícios do Ministério da Justiça/PNUD acerca do impacto dos tratados sobre o sistema processual brasileiro; Advogada.*

**20h: Debates e perguntas**

**Debatedores:**

**Bruno Barros Alegre.** *Graduado em Direito pela UFSM; Especialista em Direito Público e Previdenciário pela UnB; Procurador Federal e; Professor na FADISMA na área de Direito Previdenciário.*

**Sadi Flores Machado.** *Graduado em Direito pela UFSM; Mestrando em Direito pela UFSM; Assessor do Ministério Público Federal e; Professor na FADISMA nas áreas de Teoria do Direito e Direito Comunitário e da Integração.*

**21h: Coffee Break e Intervalo para Networking**

**21h15: O Direito à Cultura pelo Cinema e a história de um curta-metragem premiado com:**

**Fabício Koltermann.** *Realizador Audiovisual com ênfase em direção, roteiro e edição. Com experiência em cinema e televisão, e uma série de curtas-metragens produzidos que somam mais de 25 prêmios no festival de cinema de Santa Maria.*

23 de Outubro (Quarta-feira)

Os Direitos no Mundo, dos Homens e o Potencial da Educação Jurídica

**9h: O ensino do direito internacional em face da problemática da livre circulação de pessoas: um olhar sobre a solidariedade cosmopolita**

**Ministrante:**

**Joséli Fiorin Gomes.** *Graduada em Direito pelo Centro Universitário Franciscano (UNIFRA); Especialista pelo Curso de Especialização “O Novo direito Internacional: Direito Internacional Público e Privado da Integração do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS); Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS); Doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Foi professora Assistente na Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA) e professora no curso de Direito da Escola Superior de Administração, Direito e Economia (ESADE), em Porto Alegre – RS. Foi professora substituta da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). É advogada em licença e exerceu funções como Juíza Leiga junto ao Juizado Especial Cível da Comarca de Santa Maria, no Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul.*

**10h: Direitos Humanos no contexto da Descolonialidade.**

**Ministrante:**

**Fernanda Frizzo Bragato.** *Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS); Mestre e Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), com estágio doutoral na University of London (Birkbeck College); Pós-doutora pela University of London (School of Law – Birkbeck College); Professora do Programa de Pós-Graduação e da Graduação em Direito da UNISINOS; Coordenadora do Núcleo de Direitos Humanos da UNISINOS.*

**11h: Qual o ensino de direito que queremos e qual fazemos?**

**Ministrante:**

**Ângela Araújo da Silveira Espíndola.** *Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM); Mestre e Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), com estágio doutoral na Universidade de Coimbra, Portugal, sob a orientação dos Profs. Drs. Castanheira Neves e Ovídio Araújo Baptista da Silva; professora da IMED Escola de Direito e professora adjunta do Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM); Diretora Científica da Associação Brasileira do Ensino do Direito – ABEDI (2012-2014) e ex-Diretora Interinstitucional da mesma associação (2010-2011); Advogada do Núcleo Consultivo Estratégico de Andrade e Maia Advogados Associados.*

Dos direitos aos deveres: colaboratividade e valores sociais em rede

**14h: Apresentação Institucional do Núcleo Experimental de Webcidadania (NEW) da Instituição e do Projeto Nossa Santa Maria.**

**Ministrantes:**

**Andrewes Koltermann.** *Coordenador do NEW e Gerente de Projetos da FADISMA. Bacharel em Sistemas de Informação pela UNIFRA, MBA em Administração da Tecnologia da Informação pela UNISINOS, onde é professor-tutor. Consultor Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas (FGV), Sócio-Diretor Administrativo da Dois Atitude Corporativa, Membro do Conselho Consultivo na Associação dos Jovens Empreendedores de Santa Maria (AJESM), do Conselho Municipal de Ciência, Tecnologia e Inovação da Prefeitura Municipal de Santa Maria e do Conselho de Administração da Associação Parque Tecnológico de Santa Maria.*

**Liana Merladete.** *Graduada em Comunicação Social – Habilitação em Relações Públicas pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Vice-coordenadora do NEW e Coordenadora de Comunicação da FADISMA. É MBA em Gestão de Negócios pela UNIFRA. É sócia-proprietária e diretora de comunicação organizacional da Dois Atitude Corporativa. Foi Coordenadora de Comunicação e Marketing do Núcleo de Santa Maria da Sociedade Brasileira de Gestão do Conhecimento (SBGC) e Diretora de Comunicação da Associação dos Jovens Empreendedores de Santa Maria (AJESM).*

**14h30: Apresentação de ativistas criativos sobre a Atuação no Projeto Nossa Santa Maria, plataforma colaborativa, gerenciada pelo NEW da FADISMA – Um bate-papo descontraído entre alunos e egressos sobre o panorama inicial do projeto e as perspectivas de aproximação do Direito da sociedade, mediado pelos coordenadores do Núcleo.**

**15h30: Coffee Break**

**15h45: Meu Direito na Rede**

**Ministrante:**

**Luciana Manica Gössling.** *Advogada e sócia do escritório Manica & Manica Advocacia Estratégica; Professora de Graduação da Fadisma e de Pós-Graduação da Ulbra e Fadergs; Agente da Propriedade Industrial sob o n. 1955; Especialista em Direito Processual Civil pela Academia Brasileira de Direito Processual Civil; Especialista em Direito Público com ênfase em Direito Processual Civil pelo Complexo Jurídico Damásio de Jesus; Especialista e em Propriedade Intelectual pela PUC/RS; Pós-Graduada em Propriedade Industrial pela Universidade Federal de Buenos Aires; Membro da Comissão Especial de Energia, Mercado de Capitais e Commodities da OAB/RS; Membro da Comissão Especial de Direito Eletrônico e Crimes de Alta Tecnologia da OAB/SP e; Presidente da seccional do Instituto de Relações Internacionais do Rio Grande do Sul (IRIRGS) na cidade de Santa Maria/RS.*

**16h15: Ciberativismo e movimentos sociais na era da internet.**

**Ministrante:**

**Rafael Santos Oliveira.** *Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, na área de concentração em Relações Internacionais, com período de realização de Estágio de Doutorado na Università Degli Studi di Padova – Itália. Mestre em Integração Latino-Americana (Direito da Integração) e Graduado em Direito pela UFSM. É Professor Adjunto II no Departamento de Direito da UFSM em regime de dedicação exclusiva e no Programa de Pós-graduação em Direito da UFSM (Mestrado). Foi professor no Centro Universitário Franciscano e do Curso de Direito da Universidade Luterana do Brasil. Foi professor em curso de Pós-graduação da Universidade da Região da Campanha. É autor dos livros. É líder, juntamente com a professora Dra. Rosane Leal da Silva, do Grupo de Pesquisa Núcleo de Direito Informacional, inscrito no CNPq, com atuação na Linha de Pesquisa Ativismo digital e cidadania global desenvolvido junto à UFSM. Membro do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) É coordenador do projeto de pesquisa (Des)controle da blogosfera: entre a regulação e a censura no ciberespaço, financiado pelo CNPq e do projeto Ativismo digital e cidadania global. É parecerista ad hoc de diversas revistas, entre outros destaques.*

**17h15: A participação da sociedade no processo legislativo.**



**Ministrante:**

**Thiago Ribeiro Rafagnin.** *Graduado em Direito e Mestre em Política Social pela Universidade Católica de Pelotas (UCPel); Coordenador do Curso de Direito e da Pós-Graduação em Gestão de Marketing e Vendas da Faculdade Concórdia – FACC; Professor dos cursos de graduação da mesma instituição. Foi conciliador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.*

Atuação no Direito

**18h: Atuação no Direito: A Dedicada Trajetória Profissional e os Desafios da Advocacia Cível**

**Ministrantes:**

**Igor Andrei Cezne.** *Graduado em Direito pelo Centro Universitário Franciscano (UNIFRA); Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz (UNISC); Professor de Direito Civil na Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA) e na Universidade da Região da Campanha (URCAMP); sócio da Vinício Cezne Advogados Associados.*

**Jair Pereira Coitinho.** *Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM); Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS); professor assistente da Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA); Professor horista do Centro Universitário Franciscano (UNIFRA) e professor titular (licenciado) da Universidade da Região da Campanha (URCAMP); Membro Honorário da Acadêmica Brasileira de Direito Processual Civil; Advogado.*

Da Teoria e Da Prática: A Produção Científica – Parte II

**Das 19h às 22h: Espaço destinado à apresentação de trabalhos**

24 de Outubro (Quinta-feira)

Da Teoria e Da Prática: A Produção Científica – Parte III

**Das 9h às 12h: Espaço destinado à apresentação de trabalhos**

Espaços (d)e representatividade político-jurídica

**14h: Direito Local e Poder Público**

**Ministrante:**

**Ricardo Hermany.** *Possui graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (1996), Mestrado em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (1999), doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2003) e doutorado em doutorado sanduíche pela Universidade de Lisboa (2003). Pós-Doutorado na Universidade de Lisboa (2011). Professor da graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito- Mestrado/Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Mantém suas pesquisas com ênfase em Direito Local e Poder Público, atuando principalmente nos seguintes temas: poder local, concretização da constituição, direitos sociais, (re)fundação do Estado e Constituição Federal.*



**15h: Coffee Break.**

10 anos de Estatuto do Idoso

**15h30: Aspectos práticos sobre a aplicação da Lei 10.741/2003**

**Ministrantes:**

**Vera Rejane dos Santos Barbosa.** *Escrivã de Polícia atualmente lotada na Delegacia de Proteção do Idoso- Santa Maria; Curso Pós Graduação Latu Sensu (Especialização) em Segurança Pública e Direitos Humanos – FADISMA e; Professora na Academia de Polícia Civil – ACADEPOL na cidade de Porto Alegre – na disciplina Atuação Policial junto a pessoa Idosa e Estatuto do Idoso.*

**Carmen Maria Andrade.** *Professora aposentada da Universidade Federal de Santa Maria/RS-Brasil. Atualmente coordena a Comissão de Implantação do Mestrado na Faculdade Palotina de Santa Maria/RS-Brasil onde também é professora de tempo integral. Interage com a Universidade Aberta do Brasil onde é professora de Psicologia da Educação nos cursos de Graduação em Letras e de Graduação em Física na modalidade de educação à distância. Possui graduação em Pedagogia e em Administração Escolar, na qual também possui especialização. Tem Mestrado em Aconselhamento Psicopedagógico pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (1989) e Doutorado em Educação pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Está cursando Teologia na FAPAS/RS-BR. Tem experiência na área de Educação, com ênfase em Formação de Professores; Métodos e Técnicas de Ensino, atuando principalmente nos seguintes temas: vida adulta, educação escolar, velhice, educação e qualidade de vida.*

**Débora Aparecida Dias.** *Graduada em Direito pela UPF; Especialista em Violência Doméstica Contra Crianças e Adolescentes pela USP; Especialista em Ciências Criminais pela LFG; Especialista em Segurança Pública e Direitos Humanos pela FADISMA-SENASP; Mestranda na área de educação pela UTN, Buenos Aires, Ar; Delegada de Polícia, titular da Delegacia Especializada no Atendimento à Mulher.*

**17h: Debates, perguntas e apresentação da experiência da FADISMA com o CARI – Centro de Apoio e Referência ao Idoso**

**Mediadores:**

**Clodoveo Ghidolin.** *Graduado em Filosofia pela Universidade Católica de Pelotas (UCPel); Mestre e Doutorando em Filosofia pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM); Professor de Filosofia Geral e Jurídica, Retórica e Ética Geral e Profissional na FADISMA.*

**Marcelle Cardoso Louzada.** *Graduada em Direito pela FADISMA; Especialista em Ciências Penais pela UNIDERP; Mestre em Educação pela UFSM; Advogada; Professora na Área de Direito do Idoso, da Criança e do Adolescente.*

**Wagner Augusto Hundertmarck Pompéo.** *Graduado em Direito pela FAMES; Especialista em Ciências Criminais pelo IDRS/UNIDERP; Mestrando em Direitos Emergentes na Sociedade Global, com ênfase em Direitos da Sociedade em Rede, pela UFSM; Advogado e; Professor da área de Direito Processual.*

**19h: Coffee Break e Intervalo para Networking**

## 20h: Advocacia ambiental – cenário e perspectivas

### Ministrante:

**Maurício Fernandes da Silva.** Graduado em Direito pela ULBRA; Especialista em Direito Ambiental pela UFPEL; Mestre em Direito pela UNISINOS; Advogado e; Professor na FADISMA na área de Direito Ambiental e Urbanístico.

Cidadania e Direito Comparado: o Direito Eleitoral Peruano

## 21h: El Derecho Electoral en el Perú y su incidencia en el Voto Electrónico

### Ministrante:

**José Francisco Espinoza Céspedes.** Abogado por la Universidad de Lima (Perú). Egresado de la maestría en Derecho Empresarial de la Universidad de Lima. Estudios de Post-grado en Comercio Electrónico en la Gestión de los Negocios Internacionales (UNMSM). Estudios de Postgrado en “Experto Universitario en Entornos Virtuales de Aprendizaje” (OEA – Universidad Tecnológica del Perú). Estudios de Administración Electrónica (Colombia). Estudios de Especialización en Negocios Electrónicos (ESAN). Estudios de Anticorrupción. Autor del libro: *Contratación Electrónica Medidas de Seguridad y Derecho Informático.* Docente en la Universidad Ricardo Palma. Docente en la Universidad Wiener. Docente en la Universidad UTP. Docente del Curso de Incorporaciones del Ilustre Colegio de Abogados de Lima (2012). Docente en la Universidad de Lima (1998-2006). Docente en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (2006-2008). Gerente Legal de la Empresa CybersecConsult S.A. Profesor Principal del Diplomado en Gobierno Electrónico en la Universidad de Ciencias Informáticas – UCI –Cuba. Profesor Honorario de la Universidad Nacional Faustino Sánchez Carrión. Coordinador Académico del Curso de Formación de Fedatarios Juramentados 2011. Presidente de la Asociación Iberoamericana para el Desarrollo Regional –ASIDER. Asesor Legal del Pleno 4 del Jurado Nacional de Elecciones. Ex – Presidente del Consejo de Supervisión de Fedatarios Juramentados (Ministerio de Justicia). Ex – Asesor Legal en materia de Derecho Informático en el Sistema Peruano de Información Jurídica –SPIJ (Ministerio de Justicia). Ex – Consultor del Sistema Peruano de Información Jurídica – SPIJ (Ministerio de Justicia). Ex – Miembro del Comité Consultivo de la Autoridad Administrativa Competente de la Firma Digital (INDECOPI). Administrador del Blog: [iusinformatico.blogspot.com](http://iusinformatico.blogspot.com). Administrador de la página: [www.asider.pe](http://www.asider.pe). Ex – Vicepresidente de la Asociación Ética y Bien Común. Expositor en eventos Nacionales e Internacionales (Ecuador, Chile, Colombia, Argentina, México, Brasil y España).

25 de Outubro (Sexta-feira)

O Direito Internacional: Do conceito, dos desafios e dos caminhos

## 9h: Apresentação Institucional do Núcleo de Estudos de Direito Internacional (NEDI) da Instituição

### Ministrantes:

**Candisse Schirmer.** Vice-Coordenadora Geral da Graduação, Coordenadora do Núcleo de Estudos de Direito Internacional (NEDI), Colaboradora do Núcleo Experimental de Webcidadania (NEW) e Professora nas áreas de Teoria Geral do Estado e Direito

Constitucional da FADISMA. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, área de concentração em Demandas Sociais e Políticas Públicas. Linha de pesquisa: Políticas Públicas de Inclusão Social. Especialista em Direito Tributário e em Direito do Estado pela REDE LFG. Integrante do grupo de pesquisa “Direito, Cidadania e Políticas Públicas”, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da UNISC.

**Olinda Barcellos.** Professora da FADISMA na área de Economia, Colaboradora do NEDI e NEW. Professora assessora do projeto Rondon de 2013, juntamente com a professora Carolina. Bacharel em Ciências Econômicas pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), Especialista em Pensamento Político Brasileira pela UFSM, Mestre em Integração Latino Americana (MLA) pela UFSM, doutoranda do Programa de Pós Graduação em Desenvolvimento Rural da UFRGS, onde estuda a temática de mulheres empoderadas politicamente e a relação com o desenvolvimento local. Exerce o cargo de Escrivã de Polícia Civil em Santa Maria.

#### **9h15: O papel do Direito nas Relações Internacionais do Brasil**

##### **Ministrante:**

**Cristine Zanella.** Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Estudos Estratégicos Internacionais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Mestre em Integração Latino-Americana (área de concentração: Direito da Integração) pela Universidade Federal de Santa Maria e graduada em Direito e em Ciências Econômicas pela mesma instituição. É Professora do Centro Universitário Ritter dos Reis, instituição na qual ministra as disciplinas ‘Organizações e Instituições Internacionais’ e ‘Relações Internacionais da América Latina’ na graduação em Relações Internacionais. Na mesma instituição é coordenadora de Pesquisa e Extensão do Curso de Relações Internacionais. Também é Coordenadora, juntamente com o professor Marc Deitos, do Projeto de Extensão “Mate-Papo: As Relações Internacionais e o Mundo”, que discute mensalmente temas importantes para as Relações Internacionais.

#### **10h15: Coffee com Lançamento com as Produções Científicas Internacionais e Atuação Além Fronteiras**

#### **10h30: Vigencia y desafios del Derecho Internacional Público em el siglo XXI**

##### **Ministrante:**

**Gustavo Tarragona.** Licenciado em Ciencia Política por la Universidad Nacional del Litoral, Maestría en Ciencias Sociales por la Universidad Nacional del Litoral, Profesor de Derecho Internacional Público en la carrera de Abogacía, Facultad Teresa de Ávila, Universidad Católica Argentina Sede Paraná. Director del Departamento Ciencias Políticas y RRIL, Facultad Teresa de Ávila, Universidad Católica Argentina Sede Paraná.

#### **11h: O olhar do outro: o Brasil no divã internacional**

**Ricardo Seitenfus.** Graduado em Ciência Política, Economia e em História Moderna e Contemporânea pela Université of Genève; Doutor pelo Institut Des Hautes Etudes Internationales (IHEI), da Université of Genève. Foi professor titular da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), atualmente cedido para a Organização dos Estados Americanos (OEA) e editor da Revista de Integração Latino-Americana (RILA). Também foi: Diretor Geral e Acadêmico da Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA); Consultor do Ministério das Relações Exteriores, da Organização das Nações Unidas (ONU), do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) e do Ministério da Educação. Foi Vice-Presidente da

*Comissão Jurídica Interamericana (CJI) da OEA. Foi Representante Especial do Secretário Geral da OEA e Chefe do Escritório da OEA no Haiti (2009-2011). É colaborador dos Núcleos de Segurança Cidadã e de Estudos de Direito Internacional da FADISMA.*

FADISMA Em Cena

**17h: Programação apenas para a comunidade acadêmica da FADISMA – Professores da Casa, alunos regulares e egressos e colaboradores: Teatro em Homenagem aos 10 Anos da Instituição, encenado por alunos regulares**

**19h: Coffee de Integração da Comunidade Acadêmica**

## 1. ARTIGOS

### 1.1 Novos Direitos, Internacionalização e Multiculturalismo

### 1.1.1 O Direito de Imagem e um Novo Direito no Âmbito Jurídico: O Direito ao Esquecimento<sup>1</sup>

Andressa Teresinha Veduim Bortoluzi<sup>2</sup>  
Fernanda Rodrigues<sup>3</sup>  
Viviane Coitinho<sup>4</sup>

#### Resumo

O presente trabalho dispõe-se a analisar os direitos da personalidade, dando maior ênfase aos direitos de imagem, analisando também um novo direito no âmbito jurídico, o direito ao esquecimento. Em um primeiro momento são apresentados os direitos da personalidade em um contexto geral, apontando suas diversas características e formas de proteção, ressalvadas pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro. Em um segundo momento, será dissertado sobre o direito de imagem, o qual recebe proteção jurídica perante o Código Civil e a Constituição Federal de 1988. Tal estudo tem como finalidade esclarecer possíveis dúvidas sobre a utilização da imagem, quando ocorre violação e quais casos pode-se utilizar sem o consentimento do indivíduo detentor da imagem. Sendo também abordada a possibilidade de utilização do direito ao esquecimento, sendo este um ramo atual no direito. Outro ponto de grande importância a ser esclarecido é de que forma esses direitos irão auxiliar o indivíduo quando necessário e a importância que estes possuem no âmbito jurídico, junto com a colaboração destes. Por fim, para uma melhor compreensão, será exposta a correlação do direito à imagem e do direito ao esquecimento no suporte jurídico.

**Palavras-chave:** Direitos da Personalidade. Direito à Imagem. Direito ao esquecimento.

#### Abstract

The present paper attempts to analyze the personality rights, emphasizing image rights, also analyzing a new right in the legal scope, the right to forgetfulness. At first the personality rights are presented in an overall context, pointing its various characteristics and ways of protection, safeguarded by the Brazilian Judicial Planning. Secondly, a discourse on image rights will follow, which is judicially protected by the Civil Code and the 1988's Brazilian Federal Constitution. Such study has as its finality to elucidate possible doubts regarding the use of image, when a violation occurs and in which cases one may use the image without consent from its detainer. The possibility of usage of the right to forgetfulness will also be addressed, being this a current field in Law. Another point of great importance to be clarified is in which form these rights will help the individual when necessary and their importance in the judicial scope, alongside their collaboration. At last, for a better comprehension, the correlation of image rights and right to forgetfulness in the judicial support will be exposed.

**Keywords:** Personality Rights. Image Rights. Right to Forgetfulness.

#### 1. Introdução

O presente trabalho inicia-se com um estudo amplo a cerca dos direitos da personalidade, os quais estão vinculados à dignidade da pessoa humana, sendo apresentadas suas características gerais e sua proteção perante o Ordenamento Jurídico Brasileiro.

Para tratar desse assunto, em um segundo momento será apresentado o direito à imagem. Este apresenta tutela do direito que cada indivíduo possui para proteger sua fisionomia, visto que, com o intuito de apresentar os casos nos quais é legal a divulgação da imagem alheia e os casos em que se configura violação ao direito de imagem perante a lei.

Em um terceiro momento, será analisado o direito ao esquecimento, um tema recente nos tribunais brasileiros, considerando-se a concepção de que o direito precisa ser renovado a cada momento conforme as necessidades humanas.

Por fim, é de extrema importância, sendo fonte essencial, o estudo dos direitos da personalidade, para que se possa explicar de forma esclarecida o direito de imagem.

<sup>1</sup>Trabalho elaborado para a disciplina de Direito Civil do curso de Direito da Faculdade de Direito de Santa Maria-FADISMA.

<sup>2</sup> Aluno do 2º semestre do curso de Direito da Faculdade de Direito de Santa Maria- FADISMA. Endereço eletrônico: [dessinha\\_1994@hotmail.com](mailto:dessinha_1994@hotmail.com)

<sup>3</sup> Aluno do 2º semestre do curso de Direito da Faculdade de Direito de Santa Maria- FADISMA. Endereço eletrônico: [fernanda\\_rodrigues123@hotmail.com](mailto:fernanda_rodrigues123@hotmail.com)

<sup>4</sup> Professo do curso de Direito da FADISMA. Endereço eletrônico: [vivanecoitinho@fadisma.com.br](mailto:vivanecoitinho@fadisma.com.br)



Posteriormente, adentramos no direito do esquecimento, trazendo suas características e correlações com o direito de imagem.

## 2. Direitos da personalidade

A origem dos direitos da personalidade transcorreu por um longo processo evolutivo. O Código Civil de 1916, que precedeu a Carta Constitucional de 1988, não apresentava proteção aos direitos da personalidade, designando a predominância de uma concepção rigorosamente patrimonialista, no qual salientava a propriedade privada. Posteriormente, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 trazendo consigo o reconhecimento da pessoa humana, salvaguardados em seu artigo 5º, incisos V, X, XXVIII alínea a e LXXVI alínea a, os quais estabelecem:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:  
V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;  
X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;  
XXVIII – são assegurados, nos termos da lei:  
a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e a reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas.  
LXXVI – são gratuitos para os reconhecidamente pobres, na forma da lei:  
a) o registro civil de nascimento.

A partir desta ampla introdução dos direitos da personalidade feita pela Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 2002 passou a reconhecer a importância de tais direitos. Uma das principais mudanças da parte geral do novo Código Civil está destinada a um capítulo próprio, no qual determinados direitos passaram a ser catalogados como direitos da personalidade (COELHO, 2003), explícitos no Código Civil, nos artigos 11 ao 21. Direitos estes, que fazem parte de um conjunto de leis e normas jurídicas a fim de proteger os valores inatos da pessoa humana. Surgem alguns ícones principais que demonstram muito bem a concepção desses direitos: vida/integridade física, honra, imagem, nome, intimidade, corpo, privacidade, entre outros.

Tais direitos estão próximos aos mais importantes valores que a pessoa humana ostenta, são essências, (COELHO, 2003) sendo assim, segundo o artigo 11 do Código Civil os direitos da personalidade são, com exceção aos casos previstos em lei, intransmissíveis, pois não se admite a cessão do direito de um sujeito para outro, não podem ser cedidos e, irrenunciáveis no qual não pode ser abdicado, assim, ninguém deve dispor de sua vida, sua intimidade, sua imagem, não podendo renunciá-los. Art.11,CC. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

Caracterizam-se também como inatos, aqueles que já nascem com o homem, sendo inerentes ao ser humano; inalienáveis, não são passíveis de mercadoria, ou seja, não podem ser vendidos; impenhoráveis, não podem ser usados como garantia; imprescritíveis, de regra, em que não há prazo para pedir indenização por abalo a um direito da personalidade, porém existe uma exceção, na qual a ação de reparação cível prescreve em três anos, artigo 206, § 3º, V do Código Civil:

Art.206. Prescreve:  
§.3º. Em três anos:  
V. A pretensão de reparação civil.

Costumam ser classificados como extrapatrimoniais, pois são pertencentes à categoria de ser e não de ter da pessoa, não tendo como objeto coisas do mundo externo e nem sequer diferentes do seu titular (BEVILAQUA, 2009).

Mas, há alguns deles que, dependendo do titular, podem ser notados claramente como patrimoniais, como exemplo o direito à imagem titularizado por um famoso artista ou esportista, em que envolve interesses pecuniários, quantificável em dinheiro. Para melhor entendimento, dar-se-á a distinção entre direitos da personalidade patrimoniais ou extrapatrimoniais. (COELHO, 2003)

São vitalícios, no qual, mesmo após a morte os direitos são resguardados segundo os artigos 12 § único e 20 § único ambos do Código Civil.

Art.12.§ único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista nesse artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até quarto grau.

Art.20.§ único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou descendentes.

Sendo também absolutos, oponíveis erga omnes, ou seja, contra qualquer pessoa que ameace ou ofenda referido direito, pode o titular demandar proteção jurisdicional em razão de sua natureza absoluta. (COELHO, 2003).

Os direitos da personalidade são absolutos (oponíveis erga omnes) e vitalícios. Na sua maioria, são extrapatrimoniais, indispensáveis, irrenunciáveis, impenhoráveis e intransmissíveis. (COELHO, 2003, p. 183)

Para o exercício dos direitos da personalidade, é suficiente a titularidade da personalidade (COELHO, 2003), a qual é concebida de acordo com o artigo 2º do Código Civil. No que tange ao nascituro e ao natimorto, ambos possuem ressalvados o referido direito, conforme o enunciado n° 1, aprovado na I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal em setembro de 2002<sup>1</sup>.

“Art. 2º. A proteção que o código defere ao nascituro alcança o natimorto no que concerne aos direitos da personalidade, tais como nome, imagem e sepultura”<sup>2</sup>.

Os direitos da personalidade abrangem não somente pessoas físicas, mas também pessoas jurídicas, expresso no artigo 52 do Código Civil<sup>3</sup> e no artigo 5º, X e V da Constituição Federal de 1988, onde não apresentou qualquer restrição, devendo o direito abranger a todos (GAGLIANO; FILHO, 2008). Pessoas jurídicas possuem o direito ao nome, à honra objetiva, à imagem, ao segredo, entre outros. Havendo violação desses direitos, as pessoas jurídicas lesadas poderão recorrer em juízo à reparação pelos danos. Tais direitos são reconhecidos no instante da sua inscrição no registro competente (FIUZA, 2004).

A proteção dos direitos da personalidade dar-se-ão em vários campos do Ordenamento Jurídico, na qual poderão ser de forma preventiva ou repressiva. A forma preventiva consiste em obter-se judicialmente a cessão da ameaça ou perturbação, que poderá ser através de uma ação ordinária com multa cominatória. O indivíduo lesado ou ameaçado pode reclamar perdas e danos. A forma repressiva configura-se nos casos da lesão já haver se efetivado, impõe-se sanção civil (pagamento de indenização) (GAGLIANO; FILHO, 2008).

Portanto, é evidente que os direitos da personalidade são resguardados pelo ordenamento jurídico brasileiro, esses direitos estão vinculados à dignidade da pessoa humana, abrangendo a proteção das qualidades e dos atributos essenciais do indivíduo, de forma a impedir apropriações.

### 3. Direito à imagem

O direito à própria imagem é um dos direitos que integra o rol dos direitos da personalidade, também considerado como um bem jurídico, um direito fundamental, e da individualidade humana, assim, requer proteção e resposta judicial. Sendo este direito intimamente gravado na personalidade de cada indivíduo.

A partir da evolução do direito à imagem, foi feita a distinção da imagem-retrato e imagem-atributo. A primeira refere-se à representação do corpo da pessoa, obtendo no mínimo uma das partes que a represente. Assim, é importante salientar que a proteção à imagem não

<sup>1</sup>A ideia é oriunda do site: <[http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:\\_ujsBmMtxHJJ:www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Tartuce\\_per\\_sonalidade.doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:_ujsBmMtxHJJ:www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Tartuce_per_sonalidade.doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br)>, 2013.

<sup>2</sup>A ideia é oriunda do site: <[http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:\\_ujsBmMtxHJJ:www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Tartuce\\_per\\_sonalidade.doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:_ujsBmMtxHJJ:www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Tartuce_per_sonalidade.doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br)>, 2013.

<sup>3</sup>A ideia é oriunda do site: <[http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:\\_ujsBmMtxHJJ:www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Tartuce\\_per\\_sonalidade.doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:_ujsBmMtxHJJ:www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Tartuce_per_sonalidade.doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br)>, 2013.

se restringe apenas ao rosto do indivíduo, mas também a qualquer parte distinta do corpo que a identifique, como a reprodução de um braço ou uma perna, entre outras.

A imagem-retrato divide-se conforme seu suporte estático ou dinâmico, em que analisa as maneiras de como pode ser utilizada. Também, irão ocorrer exceções em que a imagem de um indivíduo pode ser utilizada sem o seu consentimento.

"O direito à imagem-retrato, em seu feito extrapatrimonial, submete a divulgação do retrato de uma pessoa, em suporte estático (fotografia, desenho, pintura) ou dinâmico (filme, televisão), ao seu consentimento" (COELHO, 2003).

Já a imagem-atributo é uma imagem associada à pessoa. Irá corresponder ao conjunto de características que nos remetem a entender que estamos nos referindo à determinada pessoa, é a forma de como ela é vista socialmente, como por exemplo, a caricatura.

O uso consentido da imagem pode dar-se de três maneiras: Mediante pagamento e com consentimento tácito, sendo permitida a gratuidade com consentimento tácito; Mediante pagamento e com consentimento expresso, sendo permitida a gratuidade com consentimento expresso; e paga mediante consentimento condicionado à gratificação financeira.

Porém há exceções onde não é necessário autorização para a divulgação da imagem, na qual se salienta situações de ordem pública, de segurança nacional, tendo com exemplo procurados pela polícia que oferecem risco a segurança pública; pessoas de ordem pública tendo como exemplo o presidente do país, ou então em casos de pessoas desaparecidas.

O direito à imagem não existe: a) no atendimento às necessidades da administração da justiça ou manutenção da ordem pública; b) na divulgação de fatos de interesse jornalístico; c) nos eventos sociais tornados públicos pelo organizador" (COELHO, 2003).

Referente à proteção da imagem, podemos elencar o artigo 20 caput do Código Civil, o qual estabelece:

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

Portanto, fazer uso da imagem de outrem sem devida autorização ou com desvio da finalidade caracteriza-se violação ao direito de imagem, conferindo ao infrator ser civilmente responsabilizado.

Tendo em vista que a divulgação de uma imagem não autorizada pode atingir a dignidade da pessoa humana, causando intimidação e constrangimento, o indivíduo lesado pode buscar a reparação dos danos causados. Entende-se que, só é legal a divulgação ou exposição pública de imagens alheias devidamente autorizadas pelo indivíduo a que pertence, haja vista as exceções. Caso contrário, configura-se violação ao direito de imagem, tendo a parte lesada o direito à indenização. Sendo este protegido não apenas pelo Código Civil e também pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, V e X, transcritos a seguir:

Art. 5º.V. É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

Art5º.X. 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.

O direito à imagem também é resguardado ao morto, o qual está expresso nos artigos 12 e 20, ambos no parágrafo único do Código Civil, transcritos a seguir:

Art. 12. Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Conforme apelação cível nº 2011.018615-3 é possível observar a violação do direito à imagem, no que se refere ao morto. O seguinte acórdão relata sobre um acidente envolvendo vítimas fatais, as quais foram fotografadas por um bombeiro que se aproveitou de sua função pública fotografando e divulgando as imagens. A apelação cível indenizatória foi ajuizada pelo cônjuge de uma das vítimas, alegando constrangimento e divulgação de imagens sem autorização:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. BOMBEIRO MILITAR QUE SE UTILIZA DA FUNÇÃO PÚBLICA PARA FOTOGRAFAR VÍTIMAS FATAIS DE ACIDENTE DE TRÂNSITO. USO DE IMAGEM FOTOGRÁFICA CHOCANTE SEM AUTORIZAÇÃO DOS FAMILIARES. RESPONSABILIDADE CIVIL CONFIGURADA. DEVER DE INDENIZAR. DANO MORAL PRESUMIDO. VERBA INDENIZATÓRIA. PLEITO DE MINORAÇÃO. REDUÇÃO INDEVIDA. VALOR CONDIZENTE COM OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. JUROS DE MORA. PEDIDO DE INCIDÊNCIA A PARTIR DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA. INACOLHIMENTO. APLICÁVEL O ART. 1.º-F DA LEI N.º 9.494/97, COM SUA NOVA REDAÇÃO, A PARTIR DO ARBITRAMENTO DA VERBA. ADEQUAÇÃO DA SENTENÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO QUE ATENDE BEM AOS DESÍGNIOS DA DEMANDA. RECURSOS DOS RÉUS DESPROVIDOS<sup>1</sup>.

O segundo caso a ser analisado é a respeito de um professor acusado indevidamente de assédio sexual a uma aluna. O professor ajuizou uma ação indenizatória contra um jornal que publicou como manchete principal sua foto juntamente com uma matéria incriminadora, alegando que a partir da publicação vem sofrendo com discriminação e comentários maldosos da população. Por fim, ficou estabelecido o provimento do recurso ao autor, a indenização por parte do jornal, devido a publicação de imagem sem autorização e a matéria jornalística lesiva, conforme estabelece Apelação Cível nº 2009.008511-5:

APELAÇÕES CÍVEIS. RECURSO ADESIVO DO AUTOR. INADMISSIBILIDADE DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ADESIVO PELA PARTE QUE JÁ APRESENTOU RECURSO AUTÔNOMO. PRECLUSÃO CONSUMATIVA DA INSURGÊNCIA ADESIVA. NÃO CONHECIMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ALEGADA NULIDADE DA SENTENÇA POR SER ULTRA PETITA. INEXISTÊNCIA. DEMANDA DECIDIDA NOS LIMITES DELINEADOS PELO AUTOR. PUBLICAÇÃO DE NOTÍCIA EM JORNAL COM DESTAQUE NA MANCHETE PRINCIPAL DA CAPA SUGERINDO PRÁTICA DE CRIME POR PROFESSOR. PUBLICAÇÃO DE FOTOGRAFIA DO AUTOR SEM SUA AUTORIZAÇÃO. VIOLAÇÃO DO DIREITO À IMAGEM. EXEGESE DO ARTIGO 5º, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. OFENSA CONFIGURADA. INDENIZAÇÃO DEVIDA. MAJORAÇÃO DA VERBA COMPENSATÓRIA. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO BINÔMIO PROPORCIONALIDADE/RAZOABILIDADE. PREQUESTIONAMENTO. DESNECESSIDADE DE PRONUNCIAMENTO EXPRESSO. PEDIDO ALTERNATIVO. AUTOR QUE OBTVEU ÊXITO EM SUA DEMANDA. VALOR ESTIPULADO NOS REQUERIMENTOS MERAMENTE ESTIMATIVOS. AUSÊNCIA DE SUCUMBÊNCIA PELO AUTOR. IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS EM FAVOR DO PATRONO DOS RÉUS. APELAÇÕES CONHECIDAS. RECURSO DO RÉU DESPROVIDO E APELO DO AUTOR PROVIDO<sup>2</sup>.

Conforme mencionado anteriormente, o direito de imagem constitui duas definições nomeadas por imagem retrato e imagem atributo, podendo estas serem caracterizadas como extrapatrimonial ou patrimonial. No que tange ao direito extrapatrimonial à imagem retrato, compreende-se que toda pessoa independentemente de ser famosa ou não, tem resguardado o seu direito de imagem, sendo que, para ser passível de proteção como direito da personalidade, a imagem divulgada deve possibilitar identificação imediata do titular do direito, ou com intuito daquilo que se pretende dar a entender com a reprodução<sup>3</sup>.

No que tange ao direito extrapatrimonial à imagem atributo, consideram-se que todas as pessoas possuem uma imagem correspondente ao conjunto de característica a elas associadas. Verdadeiros ou falsos, atributos são normalmente associados a cada indivíduo de acordo com a sua vida social ou profissional (COELHO, 2003). Sendo que, se associado ao

<sup>1</sup>Apelação civil oriunda do site: <[http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/busca.do#resultado\\_ancora](http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/busca.do#resultado_ancora)>, 2013.

<sup>2</sup>Apelação civil oriunda do site: <[http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/busca.do#resultado\\_ancora](http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/busca.do#resultado_ancora)>, 2013.

<sup>3</sup>A ideia é oriunda do site: <<http://direito.folha.uol.com.br/1/category/direito%20de%20imagem/1.html>>, 2013.

indivíduo certo atributo falso que lhe possa acarretar prejuízos tanto em sua vida social, como profissional, caberá a ele o direito de defender sua verdadeira imagem.

Tocante ao direito patrimonial à imagem refere-se às pessoas famosas que fazem uso de sua imagem na divulgação e propaganda de produtos, atribuindo a eles qualidades e valores, conseqüentemente tendo grande repercussão no mercado. A imagem de uma pessoa famosa é objeto de direito patrimonial, podendo ser objeto de negócio jurídico onde é permitida a renúncia e, ou transmissão (COELHO, 2013).

“O direito patrimonial à imagem é titularizado pelas pessoas famosas que forem associadas, pelo imaginário popular, a características positivas como beleza, competência profissional, boa forma física e outras” (COELHO, 2003, p. 210).

Também, o direito à imagem possui peculiaridades quanto à sua proteção mesmo com autorização para o uso, porém, essa utilização ultrapassa os limites autorizados pelo indivíduo, como expresso no RECURSO ESPECIAL Nº 1.291.865 - RJ (2011/0171876-9). Em que, um casal de namorados gravou cena afetiva para um programa de televisão, porém, passado dois anos o programa reproduz novamente a cena sendo que o casal não estava mais junto. Devido a isso, foi reconhecido o dano moral e provido indenização.

DIREITO A IMAGEM. DANO MORAL. CENA AFETIVA GRAVADA COM AUTORIZAÇÃO E TRANSMITIDA ULTERIORMENTE MAIS DUAS VEZES EM CONTEXTO DIVERSO. DANO MORAL RECONHECIDO<sup>1</sup>.

Enaltece-se assim, que a proteção ao direito de imagem é uma conquista do direito moderno, na qual a lei proíbe a sua divulgação sem autorização por qualquer meio, possuindo a imagem um caráter recente no âmbito jurídico. O direito a imagem está assegurado na maioria dos Ordenamentos Jurídicos, em diversos países, sendo que cada país possui suas peculiaridades e proteção legal, porém, sempre visando à liberdade privada de cada pessoa.

#### 4. O Direito ao Esquecimento

Observa-se que o direito é um sistema dinâmico, o qual deve renovar-se frequentemente e adequar-se frente às necessidades dos seres humanos. Quando se refere aos direitos da personalidade, é necessário entender que irão surgir novos direitos que devem ser respeitados tanto como os outros já existentes. O direito ao esquecimento encaixa-se nessa concepção, sendo um tema atual, que foi objeto de abordagem na 6ª Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal no ano de 2013, incluindo o direito ao esquecimento como tutela do direito a dignidade da pessoa humana<sup>2</sup>.

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. Artigo: 11 do Código Civil<sup>3</sup>.

O direito ao esquecimento consiste na possibilidade de o indivíduo não precisar relembrar fatos que ocorreram ao longo de sua vida e que foram desgastantes para si, trazendo sofrimento e dor. O direito ao esquecimento não almeja o direito de apagar fatos passados ou de reescrever a sua história, mas sim a possibilidade de não relembrar os fatos e possibilitar o ‘esquecimento’ destes. Isso porque, as pessoas não têm a obrigação de conviver com os erros do passado, em razão do livre arbítrio, os indivíduos podem escolher o que é melhor para si.

O direito em questão obteve sua origem no âmbito do direito penal<sup>4</sup>. Isso por que, é analisado o caso em que uma pessoa comete um crime e é condenada, mesmo após sua

<sup>1</sup>A Ementa é oriunda do site: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23906057/recurso-especial-resp-1291865-ri-2011-0171876-9-stj/inteiro-teor-23906058>>, 2013.

<sup>2</sup>A ideia oriunda dos site: <<http://emtempo.com.br/opiniao/artigos/5671-o-tal-direito-ao-esquecimento.html>>, 2013.

<sup>3</sup>A ideia é oriunda do site: <<http://www.cif.jus.br/cif/CEJ-Coedi/jornadas-cej/viornada.pdf>>, 2013.

<sup>4</sup>A ideia é oriunda do site: <<http://emtempo.com.br/opiniao/artigos/5671-o-tal-direito-ao-esquecimento.html>>, 2013.



absolvição e o cumprimento da pena ela será lembrada pelo o que fez. Assim, entra-se em confronto com o artigo 93 do Código Penal em que trata da reabilitação do condenado, porém isso não será possível se o réu for lembrado pelo o que fez, produzindo assim, efeitos desagradáveis para a reabilitação do condenado e a sua ressocialização.

Portanto, no Brasil, dois anos após o cumprimento da pena ou da extinção da punibilidade por qualquer motivo, o autor do delito tem direito à reabilitação. Depois de cinco anos, afasta-se a possibilidade de considerar-se o fato para fins de reincidência, apagando-o de todos os registros criminais e processuais públicos<sup>1</sup>. Essa é a origem da teoria do direito ao esquecimento, consagrada do 'right to be let alone', ou seja, o direito a permanecer sozinho, esquecido, deixado em paz<sup>2</sup>.

Mesmo depois de ter sofrido as penas previstas, o réu ainda passará pelas lembranças dos seus atos cometidos. Para o Ministro Luis Felipe Salomão, "o réu condenado ou absolvido pela prática de um crime tem o direito de ser esquecido"<sup>3</sup>.

Com a evolução tecnológica o direito ao esquecimento vem sofrendo frequentes abusos, pois uma vez lançado na internet, imagens, vídeos ou afins referentes ao indivíduo em questões de segundos, milhares de pessoas do mundo todo terão acesso à estas informações. Então, através de uma ordem judicial o atingido tem o direito em recorrer pelo dano lesado, tendo que ser retirado todas as informações espalhadas pela mídia, sendo esta um repositório que em tese armazena toda e qualquer informação, mas não tem um prazo para que essas informações sejam apagadas<sup>4</sup>.

É possível vislumbrar a importância do direito ao esquecimento no caso da "Chacina da Candelária". Um ex-policial militar envolvido no caso e que foi absolvido buscou indenização contra a empresa Rede Globo, a qual foi condenada a pagar a quantia de 50 mil pelo fato de veicular a imagem dos réus após treze anos do ocorrido<sup>5</sup>.

O caso foi apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.334.097. O tribunal manifestou-se no sentido da aplicação do direito ao esquecimento em decorrência da proteção legal e constitucional da dignidade da pessoa humana, conforme se verifica na ementa:

Superior Tribunal de Justiça RECURSO ESPECIAL Nº 1.334.097 - RJ (2012/0144910-7) RELATOR: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO RECORRENTE: GLOBO COMUNICAÇÕES E PARTICIPAÇÕES S/A ADVOGADOS: JOSÉ PERDIZ DE JESUS E OUTRO(S) JOÃO CARLOS MIRANDA GARCIA DE SOUSA E OUTRO(S) RECORRIDO: JURANDIR GOMES DE FRANÇA ADVOGADO : PEDRO D'ALCANTARA MIRANDA FILHO E OUTRO(S) EMENTA RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE IMPRENSA VS. DIREITOS DA PERSONALIDADE. LITÍGIO DE SOLUÇÃO TRANSVERSAL. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DOCUMENTÁRIO EXIBIDO EM REDE NACIONAL. LINHA DIRETA-JUSTIÇA. SEQUÊNCIA DE HOMICÍDIOS CONHECIDA COMO CHACINA DA CANDELÁRIA. REPORTAGEM QUE REACENDE O TEMA TREZE ANOS DEPOIS DO FATO. VEICULAÇÃO INCONSENTIDA DE NOME E IMAGEM DE INDICIADO NOS CRIMES. ABSOLVIÇÃO POSTERIOR POR NEGATIVA DE AUTORIA. DIREITO AO ESQUECIMENTO DOS CONDENADOS QUE CUMPRIRAM PENA E DOS ABSOLVIDOS. ACOLHIMENTO. DECORRÊNCIA DA PROTEÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DAS LIMITAÇÕES POSITIVADAS À ATIVIDADE INFORMATIVA. PRESUNÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DE RESSOCIALIZAÇÃO DA PESSOA. PONDERAÇÃO DE VALORES. PRECEDENTES DE DIREITO COMPARADO<sup>6</sup>.

Ademais, assim como os condenados sofrem com essas lembranças, as vítimas do crime e seus familiares também, pois isso irá os remeter lembranças desagradáveis que causaram inesquecíveis mágoas, sendo assim necessário o direito ao esquecimento.

<sup>1</sup> A ideia é oriunda do site <<http://www.cjf.jus.br/cjf/noticias-do-cjf/2013/abril/enunciado-trata-do-direito-ao-esquecimento-na-sociedade-da-informacao>>, 2013.

<sup>2</sup> A ideia é oriunda do site: <<http://viviangattiadiv.blogspot.com.br/2013/06/direito-ao-esquecimento.html>>, 2013.

<sup>3</sup> A ideia é oriunda do site: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=109892](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=109892)>, 2013.

<sup>4</sup> A ideia é oriunda do site: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=cb70ab375662576b>>, 2013.

<sup>5</sup> A ideia é oriunda do site: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-05/stj-aplica-direito-esquecimento-primeira-vez-condena-imprensa>>, 2013.

<sup>6</sup> A Ementa é oriunda do site: <<http://www.slideshare.net/stinoticias/20130910-r-esp-1334097-direito-esquecimento>>, 2013.



Outro caso que foi recentemente abordado o direito ao esquecimento é o de Aida Curi, em que passados 50 anos de sua morte a Rede Globo expôs imagens de Aida Curi sem a autorização da família. Esta alega que depois de tantos anos passados o crime já tinha sido esquecido, mas que a emissora fez o trabalho de reviver isso expondo imagens de Aida.

Na hipótese, o direito ao esquecimento também foi analisado pelo Superior Tribunal de Justiça. Diferentemente do caso da “Chacina da Candelária”, o tribunal considerou que, por se tratar de acontecimento de repercussão nacional, tendo sido utilizada apenas uma fotografia da vítima, não poderia se aplicar o direito ao esquecimento.

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE IMPRENSA VS. DIREITOS DA PERSONALIDADE. LITÍGIO DE SOLUÇÃO TRANSVERSAL. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DOCUMENTÁRIO EXIBIDO EM REDE NACIONAL. LINHA DIRETA-JUSTIÇA. HOMICÍDIO DE REPERCUSSÃO NACIONAL OCORRIDO NO ANO DE 1958. CASO "AIDA CURTI". VEICULAÇÃO, MEIO SÉCULO DEPOIS DO FATO, DO NOME E IMAGEM DA VÍTIMA. NÃO CONSENTIMENTO DOS FAMILIARES. DIREITO AO ESQUECIMENTO. ACOLHIMENTO. NÃO APLICAÇÃO NO CASO CONCRETO. RECONHECIMENTO DA HISTORICIDADE DO FATO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE DE DESVINCULAÇÃO DO NOME DA VÍTIMA. ADEMAIS, INEXISTÊNCIA, NO CASO CONCRETO, DE DANO MORAL INDENIZÁVEL. VIOLAÇÃO AO DIREITO DE IMAGEM. SÚMULA N. 403/STJ. NÃO INCIDÊNCIA<sup>1</sup>.

Diante disso, fica evidente que os casos expostos foram decididos diferentemente pela ponderação de valores do direito da personalidade versus direito à informação, e que ambos os casos veiculam o direito da imagem. Assim, o direito de esquecimento está interligado com o direito à imagem, pois quando é reexposto um fato, irá trazer consigo a imagem e a violação desta.

## 5. Considerações finais

Com base nas informações vistas, pode-se observar que os direitos da personalidade são inatos, fundamentais e essências ao indivíduo, sendo que para o exercício desses direitos basta a titularidade da personalidade. Os direitos da personalidade estão salvaguardados e protegidos pelo Código Civil e pela Constituição Federal de 1988.

Pode-se concluir que existe uma correlação entre o direito à imagem e o direito ao esquecimento no que tange ao modo de aplicação da imagem, a qual é trazida depois de muito tempo sem autorização e consentimento, conseqüentemente causando lembranças dolorosas. Logo, o direito ao esquecimento está implícito na regra legal que assegura a proteção da imagem e da vida privada, bem como no princípio de proteção à dignidade da pessoa humana.

Assim, fica evidente que o direito ao esquecimento é um tema atual e que está sendo utilizado de maneira a amparar os direitos da sociedade no que se referem a lembranças do passado, muitas vezes envolvendo imagem, o que assim, fere o princípio da dignidade da pessoa humana por violar o direito à imagem juntamente com o direito ao esquecimento.

## Referências

Apelação Cível nº 2011.018615-3. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000IDGD0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=4286321&pdf=true>>.

Acesso em: 21 de setembro de 2013.

Apelação Cível nº 2011.018615-3. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000IDGD0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=4286321&pdf=true>>.

Acesso em: 21 de setembro de 2013.

BEVILAQUA, Guilherme. **O Direito de Imagem e o Direito de Arena nas relações entre entidades de práticas desportivas e o atleta profissional de futebol**. Santa Maria, 2009.

BLUM, Renato Opice. **Direito de esquecimento na internet**. Disponível em: <[http://www.fecomercio.com.br/?option=com\\_institucional&view=interna&Itemid=20&id=6843](http://www.fecomercio.com.br/?option=com_institucional&view=interna&Itemid=20&id=6843)>.

Acesso em 18 set 2013.

<sup>1</sup> A Ementa é oriunda do site: <[http://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art20130910-01.pdf](http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20130910-01.pdf)>, 2013.

- CANÁRIO, Pedro. STJ aplica 'direito ao esquecimento' pela primeira vez. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-05/stj-aplica-direito-esquecimento-primeira-vez-condena-imprensa>>. Acesso em: 17 set 2013.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. vol 1. São Paulo: Saraiva, 2003.
- D'AZEVEDO, Regina Ferretto. **Direito à imagem**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2306/direito-a-imagem>>. Acesso em: 17 set 2013.
- Direito à imagem**. Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Direito %C3%A0 imagem](http://pt.wikipedia.org/wiki/Direito_%C3%A0_imagem)>. Acesso em: 20 set 2013.
- Em caso envolvendo uso de imagem de pessoa morta, STJ discute "direito ao esquecimento"**. Disponível em: <<http://www.ibdi.org.br/site/noticias.php?id=883>>. Acesso em 18 set 2013.
- Enunciados aprovados na VI jornada de direito civil**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/vijornada.pdf>>. Acesso em 21 set 2013
- Enunciado trata do direito ao esquecimento na sociedade da informação**. Disponível em: <<http://jf.jusbrasil.com.br/noticias/100474205/enunciado-trata-do-direito-ao-esquecimento-na-sociedade-da-informacao>>. Acesso em: 17 set 2013.
- Enunciado trata do direito ao esquecimento na sociedade da informação**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/noticias-do-cjf/2013/abril/enunciado-trata-do-direito-ao-esquecimento-na-sociedade-da-informacao>>. Acesso em: 15 out 2013.
- FARIAS, Edilson Pereira De. **Colisão de Direitos. A honra, a intimidade, vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Terceira Edição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.
- FIUZA, Ricardo. **Novo Código Civil Comentado**. Ed 3. São Paulo: Saraiva, 2004.
- GATTI, Vivian. **Direito ao esquecimento**. Disponível em: <<http://viviangattiadv.blogspot.com.br/2013/06/direito-ao-esquecimento.html>>. Acesso em: 15 out 2013.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**. Ed 10. São Paulo: Saraiva, 2008.
- LEME, Fábio Ferraz de Arruda. **O direito de imagem e suas limitações**. Disponível em: <<http://por-leitores.jusbrasil.com.br/noticias/2995368/o-direito-de-imagem-e-suas-limitacoes>>. Acesso em: 18 set 2013.
- LIMA, Paulo Lindoso. **O tal direito ao esquecimento**. Disponível em: <<http://emtempo.com.br/opiniao/artigos/5671-o-tal-direito-ao-esquecimento.html>>. Acesso em: 17 set 2013.
- LISBOA, Roberto Lisboa. **Manual elementar de direito civil**. Teoria geral do direito civil. Primeiro volume. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.
- LOPES, Marcelo Frullani. **Direito ao esquecimento**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24865/direito-ao-esquecimento>>. Acesso em: 18 set 2013.
- Para entender Direito. Disponível em: <<http://direito.folha.uol.com.br/1/category/direito%20de%20imagem/1.html>>. Acesso em: 21 de setembro de 2013.
- RECURSO ESPECIAL Nº 1.334.097 - RJ (2012/0144910-7)**. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj.pdf>>. Acesso em: 18 set 2013.
- RECURSO ESPECIAL Nº 1.335.153 - RJ (2011/0057428-0)**. Disponível em: <[http://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art20130910-01.pdf](http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20130910-01.pdf)>. Acesso em: 17 set 2013.
- RECURSO ESPECIAL Nº 1.335.153 - RJ (2011/0057428-0)**. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj-aida.pdf>>. Acesso em: 18 set 2013.
- RECURSO ESPECIAL Nº 1.334.097- RJ(2012/0144910-7)**. Disponível em: <<http://www.slideshare.net/stjnoticias/20130910-r-esp-1334097-direito-esquecimento>>. Acesso em 18 set 2013.
- TARTUCE, Flávio. **Os Direitos da Peronalidade no novo Código Civil**. Disponível em: <[http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:\\_ujsBmMtxHIJ:www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Tartuce\\_personalidade.doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:_ujsBmMtxHIJ:www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Tartuce_personalidade.doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br)>. Acesso em: 19 de setembro de 2013.

### 1.1.2 Para além da proteção global: a Organização dos Estados Americanos-OEA e a proteção aos Direitos Humanos

Simone Andrea Schwinn<sup>1</sup>  
Luciana Manica Gössling<sup>2</sup>

#### Resumo

O tema dos direitos humanos tem se mostrado caro aos diferentes países, onde sua proteção mais conhecida no sistema global de proteção, no âmbito das Nações Unidas. Mas, além do sistema global, esses direitos também encontram guarida no âmbito regional, que criam seus próprios sistemas de proteção respeitando as questões locais. O presente trabalho tratará do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, representado pela Organização dos Estados Americanos- OEA, cuja história é uma ilustre desconhecida pela maioria dos moradores do continente americano. Assim, em um primeiro momento tratará justamente da história da criação da OEA, para, em seguida, abordar os principais documentos de proteção aos direitos humanos nas Américas. Para entender como se dá a proteção desses direitos no âmbito da OEA, serão analisadas algumas sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos-CIDH, instância que tem se mostrado bastante eficaz no que diz respeito à responsabilização dos Estados por violações à direitos humanos. Por, cabe salientar que se trata de um trabalho de natureza bibliográfica, com análise de doutrinadores e jurisprudência que tratam do tema em questão.

**Palavras-chave:** Direitos Humanos. Organização dos Estados Americanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Tratados Internacionais.

#### Introdução

Vivendo em uma sociedade globalizada, onde surgem, a cada dia, novos direitos que passam a ser cobrados e protegidos, sendo inseridos em diferentes sistemas de proteção, cabe a contribuição da presente pesquisa para o esclarecimento do tema, uma vez que coexiste mais de um sistema de proteção aos direitos humanos.

O nascimento da Organização das Nações Unidas - ONU, após a 2ª Guerra Mundial, pode ser considerado um marco para os Direitos Humanos, pois a partir daí, países de todo mundo passaram a unir-se em torno de um ideal comum, de defesa e promoção desses direitos.

O presente trabalho então, tratará da Organização dos Estados Americanos - OEA, o surgimento do sistema americano, com a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, que, a exemplo da Declaração Universal, também carece de força jurídica vinculante. No entanto, ela faz parte da base do ordenamento jurídico americano, juntamente com a Convenção Americana de Direitos Humanos ou Pacto de São José da Costa Rica, a Carta da OEA e o Protocolo Adicional à Convenção Americana em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Dentro do sistema da OEA, a Convenção Americana de Direitos Humanos ou Pacto de São José da Costa Rica, instituiu a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, responsável pela defesa dos direitos humanos, servindo como órgão consultivo nessa matéria. Os Estados- membros obrigatoriamente reconhecem sua competência para o recebimento de queixas individuais, podendo esta emitir recomendações que, quando não atendidas pelos

<sup>1</sup> Mestranda em Direito do PPGD da Universidade de Santa Cruz do Sul – Unisc, Área de Concentração “Direitos Sociais e Políticas Públicas”, linha de pesquisa “Constitucionalismo Contemporâneo”. Bolsista do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq Brasil. Integrante dos grupos de Pesquisa “Estado, Sociedade e Administração Pública”, coordenada pelo Prof. Dr. Rogério Gesta Leal, “Direitos Humanos”, coordenado pelo Prof. Dr. Clovis Gorczewski, e “Direito, Cidadania e Políticas Públicas”, coordenado pela Profª Pós-Dra. Marli M. da Costa, todos vinculados ao PPGD da UNISC. Bacharel em Direito. E-mail: sofiasm@ig.com.br

<sup>2</sup> Advogada. Especialista em Propriedade Intelectual pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), pós-graduada em Propriedade Industrial pela Universidade Federal de Buenos Aires, especialista em Direito Processual Civil pela Academia Brasileira de Direito Processual Civil e em Direito Público com ênfase em Direito Processual Civil pelo Complexo Jurídico Damásio de Jesus, professora da Faculdade de Direito de Santa Maria (Fadisma). Integrante do Grupo de Estudos e Pesquisa “Direito, Cidadania e Políticas Públicas”, coordenado pela Prof. Pós Dra. Marli M. da Costa, vinculado ao PPGD da Universidade de Santa Cruz do Sul-UNISC. Email: luciana@manicaemanica.com.br

Estados, são encaminhadas para a Corte Interamericana de Direito Humanos, cuja competência é consultiva e contenciosa.

Em relação às sentenças emitidas pela Corte, diversos países latino-americanos já sofreram sanções impostas por ela, que vão desde a indenização às vítimas de violação dos direitos elencados na Convenção Americana, e/ou suas famílias, até a imposição aos Estados para que adotem medidas que façam cessar as violações de direitos aos seus nacionais.

Saliente-se que os Estados devem estar comprometidos na garantia de proteção a esses direitos, para que se possa falar em proteção efetiva aos direitos humanos do indivíduo, seja no sistema global ou regional de proteção.

### **1 A Organização dos Estados Americanos: apontamentos históricos**

A criação de um sistema global de proteção aos direitos humanos foi de fundamental importância para adoção de práticas, por parte dos países, de mecanismos que não mais permitissem os horrores ocorridos durante a segunda guerra mundial. A aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos foi o marco histórico da internacionalização dos direitos humanos, fazendo com que seu conteúdo fosse adotado pelos diferentes sistemas de proteção que viriam a se concretizar, e fosse incorporado nas constituições de diferentes países.

Assim, para além do sistema global de proteção aos direitos humanos, surgem os sistemas regionais de proteção, instituídos por tratados e com suas atribuições contidas na carta que as instituiu. Essas organizações “tratam de problemas específicos das regiões a que pertencem, como política regional, integração cultural e econômica, bem como assuntos militares comuns” (MAZZUOLI, 2008, p. 128).

O sistema americano de proteção encontra-se em uma região cujas democracias ainda estão em fase de amadurecimento. Assim, muitas das decisões da Comissão e da Corte Interamericanas de Direitos Humanos, são no sentido de que as violações a direitos humanos ocorridas na época das ditaduras instaladas nesses países, não se repitam. A Organização dos Estados Americanos<sup>1</sup> tem papel fundamental não só na promoção aos direitos humanos nessa região, mas na consolidação dos regimes democráticos que ali se encontram.

A origem do sistema americano de proteção data de 1826, no Congresso do Panamá, quando “Simon Bolívar estudava a possibilidade de criação de uma confederação de Estados Latino- Americanos” (PRONER, 2002, p. 95). Bolívar sonhava com a integração de todos os países de colonização espanhola, excluindo Brasil e Estados Unidos. Do Congresso do Panamá resultou o Tratado da União, Liga e Confederação Perpétua, ratificado somente pela Colômbia, sem nunca ter entrado em vigor (GORCZEVSKI, 2009, p. 167-168).

pode-se dizer que as origens da OEA remontam o tempo do chamado movimento pan-americano, liderado pelos Estados Unidos, que teve início com a realização da Primeira Conferência Americana de Washington, de outubro de 1889 a abril de 1890, e que tinha por objetivo incentivar uma maior interação entre os países do continente americano e promover seu desenvolvimento. Nesse sentido, a OEA pode ser considerada a mais antiga organização regional em funcionamento (COELHO, 2008, p. 55).

Assim, oficialmente, a primeira Conferência Americana foi realizada em Washington, em 1889,

com o objetivo de discutir e recomendar para adoção dos respectivos governos um plano de arbitragem para a solução de controvérsias e disputas que possam surgir entre eles, para considerar questões relativas ao melhoramento do intercâmbio comercial e dos meios de comunicação direta entre esses países, e incentivar relações comerciais recíprocas que sejam benéficas para todos e assegurem mercados mais amplos para os produtos de cada um desses países (OEA, 2013).

Passaram-se vários anos, nos quais a Organização dos Estados Americanos foi se modificando, até chegar a Nona Conferência Internacional Americana, em Bogotá no ano de 1948. Nesta ocasião, 21 Estados adotaram a Carta da Organização dos Estados Americanos, O Tratado Americano sobre Soluções Pacíficas (“Pacto de Bogotá”) e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (OEA, 2013).

A Carta da Organização dos Estados foi resultado de um longo processo de negociação iniciado em 1945. Vários nomes foram originalmente propostos para a

<sup>1</sup> Doravante OEA.

nova instituição: “União”, “Comunidade Regional” e “Organização”; depois que esta última denominação foi escolhida, discutiu-se o uso de “Estados”, “Nações” ou “Repúblicas”. A palavra “Repúblicas” não foi escolhida para não excluir outras formas de governo que pudessem existir na região e “Nações” foi descartada por ser mais um conceito cultural ou sociológico do que jurídico. Assim, escolheu-se o nome que conhecemos hoje: “Organização dos Estados Americanos” (OEA, 2013).

Gorczevski (2009, p. 170) lembra que “a exemplo da Declaração Universal da ONU, a Declaração Americana, do ponto de vista formal, não é um instrumento juridicamente vinculante”. Porém, ela faz parte da base do ordenamento jurídico do sistema interamericano, juntamente com a Carta da OEA, o Pacto de San José da Costa Rica - também conhecido como Convenção Americana de Direitos Humanos - e o Protocolo Adicional à Convenção Americana em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (COELHO, 2008, p. 57).

Em 1959, no Chile, durante a 5ª Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores da OEA, foi criada a Comissão Interamericana de Direitos Humanos- CIDH, que tinha como função promover os direitos humanos. Em 1965, a II Conferência Interamericana Extraordinária, realizada no Rio de Janeiro, ampliou as competências da CIDH, transformando-a em um instrumento de controle, passando a ter autorização para receber e examinar petições e comunicações individuais, sobre violações de direitos previstos na Declaração Americana (GORCZEVSKI, 2009, p. 170-171).

Já em 1967, o Protocolo de Buenos Aires, emendou a Carta da OEA, e modificou a condição jurídica da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o que fortaleceu seu caráter normativo. A Comissão passou a ser o principal órgão da Organização com a função de promover o respeito e a defesa dos direitos humanos e servir como órgão consultivo da organização nessa matéria (GORCZEVSKI, 2009, p. 171). Ela é integrada por sete membros, eleitos pela Assembleia Geral por um período de quatro anos, podendo ser nacionais de qualquer Estado-membro da OEA, devendo ter alta autoridade moral e reconhecido saber em matéria de direitos humanos (PIOVESAN, 2010, p. 259).

Sobre as atribuições da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, ressalta Gorczevski (2009, p. 176):

(a) estimular a consciência dos direitos humanos nos povos da América promovendo, para tanto, conferências e reuniões para difundir e debater temas específicos (direito dos indígenas, das mulheres, das crianças), além de promover estudos e publicações; (b) fazer recomendações aos Estados-membros para adoção de medidas- no âmbito de suas leis internas e seus preceitos constitucionais- que contribuam com a promoção e a efetivação dos direitos humanos, requerendo que adotem “medidas cautelares” para evitar danos graves e irreparáveis aos direitos humanos em casos urgentes; (c) observar a situação geral dos direitos humanos nos Estados-membros- inclusive com visitas *in loco*, se necessário- publicando estudos e relatórios que julgar conveniente para o desempenho de sua função principal;

Ainda,

(d) solicitar aos Estados-membros informações sobre medidas adotadas em matéria de direitos humanos; (e) atender às consultas formuladas pelos Estados-partes e prestar-lhes assessoramento sobre questões relacionadas aos direitos humanos; (f) receber, analisar e investigar petições individuais que alegam violações aos direitos e às liberdades previstos na Convenção, submetendo os casos comprovados à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, onde atua na defesa dos direitos; (g) apresentar um relatório anual à Assembleia Geral (p. 177).

A reforma da Carta também previu, em seu artigo 106, “Uma convenção interamericana sobre direitos humanos estabelecerá a estrutura, a competência e as normas de funcionamento da referida Comissão, bem como as dos outros órgãos encarregados de tal matéria.”<sup>1</sup>

Assim, para alcançar seus objetivos, a OEA conta com os seguintes órgãos:

a Assembleia Geral, a Reunião de Consulta de Ministros de Relações Exteriores, o Conselho Permanente, o Conselho Interamericano para o Desenvolvimento Integral, o Comitê Jurídico Interamericano, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a Secretaria Geral, as Conferências Especializadas, os Organismos Especializados e os demais mecanismos estabelecidos pela Assembleia Geral. Ressalte-se que, conforme declarado no art. 1º de seu Estatuto, a Corte Interamericana de Direitos Humanos é instituição judiciária autônoma em relação à OEA, e não um órgão propriamente dito,

<sup>1</sup> Art. 106 da Carta da Organização dos Estados Americanos.



embora tenha sido criada pelo Pacto de São José da Costa Rica ou Convenção Americana de Direitos Humanos (COELHO, 2008, p. 56-57).

O sistema interamericano de direitos humanos está inserido em uma região marcada pelas desigualdades sociais, que passou por um período de ditaduras, onde os regimes democráticos ainda estão se consolidando. Assim, o processo de universalização dos direitos humanos, tanto políticos, quanto civis, sociais, econômicos e culturais ainda está em fase de implementação, sendo este o maior desafio enfrentado para a consolidação desses direitos na região (PIOVESAN, 2007, p. 86-87).

## 2 Antecedentes: os primeiros documentos de proteção aos direitos humanos nas Américas

Desde a primeira Conferência Americana de Washington, em 1889, vários acordos foram adotados pelos Estados Americanos, como em 1923, durante a Quinta Conferência Internacional Americana, em Santiago, Chile, quando foi adotado o Tratado para Evitar ou Prevenir Conflitos entre Estados Americanos, o chamado Tratado de Gondra; também, em 1933, durante a Sétima Conferência em Montevideu, Uruguai, quando os Estados adotaram a Convenção sobre Direitos e Deveres dos Estados, que reiterou o princípio da não intervenção, sendo que as divergências entre os Estados deveriam ser resolvidos através dos meios pacíficos reconhecidos (OEA, 2013).

Mas foi na Nona Conferência Internacional Americana, em Bogotá, Colômbia, em 1948, que foram adotados os principais documentos de proteção aos direitos humanos das Américas: a Carta da Organização dos Estados Americanos, o Tratado Americano sobre Soluções Pacíficas ou Pacto de Bogotá e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (OEA, 2013).

Em seu preâmbulo, a Carta reafirma os propósitos adotados pelas Nações Unidas, e seu artigo 1º traz que

os Estados americanos consagram nesta Carta a organização internacional que vêm desenvolvendo para conseguir uma ordem de paz e de justiça, para promover sua solidariedade, intensificar sua colaboração e defender sua soberania, sua integridade territorial e sua independência.<sup>1</sup>

Em seu artigo 2º, a Carta lista os principais objetivos da Organização:

a) Garantir a paz e a segurança continentais; b) Promover e consolidar a democracia representativa, respeitado o princípio da não-intervenção; c) Prevenir as possíveis causas de dificuldades e assegurar a solução pacífica das controvérsias que surjam entre seus membros; d) Organizar a ação solidária destes em caso de agressão; e) Procurar a solução dos problemas políticos, jurídicos e econômicos, que surgirem entre os Estados-Membros; f) Promover, por meio da ação cooperativa, seu desenvolvimento econômico, social e cultural; g) Alcançar uma efetiva e dedicada a maior soma de recursos ao desenvolvimento econômico-social dos Estados-Membros (SEITENFUS, 2008, p. 263).

Comparativamente à Carta das Nações Unidas, a Carta da OEA transforma os direitos fundamentais em um princípio, enquanto na Carta da ONU eles são um fim a ser alcançado; enquanto a Carta da OEA está dividida em três partes, a da ONU está dividida somente em capítulos; a Carta da OEA impõe uma obrigação de fazer: promover e respeitar os direitos humanos; já a Carta da ONU impõe uma obrigação de não fazer: dever de respeitar os direitos humanos de acordo com o livre desenvolvimento dos Estados (CORREIA, 2008, p. 96).

A primeira parte da Carta trata da natureza e dos propósitos da OEA, dos princípios que a regem, dos seus membros, dos direitos e deveres dos Estados, da solução pacífica de controvérsias, da segurança coletiva e do desenvolvimento; a segunda parte trata dos órgãos: Assembleia Geral, a reunião de consulta dos Ministros de Relações Exteriores, os Conselhos (Conselho Permanente, Conselho Interamericano para o Desenvolvimento Integral), o Comitê Jurídico Interamericano, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a Secretaria Geral, as Conferências Especializadas e os Organismos Especializados. Na terceira parte estão as disposições gerais e transitórias (OEA, 2013).

O Pacto de Bogotá, adotado na Nona Conferência Internacional Americana, trata da solução pacífica dos conflitos entre os Estados-membros da OEA. Dividido em oito capítulos, o

<sup>1</sup> Carta da Organização dos Estados Americanos, Bogotá, 1948.



Pacto trata do artigo 1º ao 8 da Obrigação Geral de Resolver as Controvérsias por Meios Pacíficos; do artigo 9 ao 14 trata dos Bons Ofícios e Mediação; do artigo 15 ao 30 trata do Processo de Investigação e Conciliação; do artigo 31 ao 37 trata do Processo Judicial; do artigo 38 ao 49, do Processo de Arbitragem; o artigo 50 trata do Cumprimento das Decisões; o artigo 51 dos Pareceres Consultivos e os artigos 52 a 60 trata das Disposições Finais (BRASIL, 2013).<sup>1</sup>

O Pacto somente obriga os Estados que o ratificaram, no entanto, raras foram as vezes em foi invocado, tendo em vista o *quorum* reduzido e o fato de que muitos conflitos forma resolvidos pelo Tratado Interamericano de Assistência Recíproca-TIAR<sup>2</sup>, que além de ser mais flexível é mais fácil de ser executado (SEGALIN; SEGALA, 2011).

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada em maio de 1948 (sete meses antes da DUDH da ONU), difere da Declaração Universal dos Direitos Humanos, ao prever, além de direitos, deveres aos indivíduos. Assim, do artigo 29 ao 38 estão estabelecidos os deveres de convivência, deveres dos pais para com os filhos e dos filhos para com os pais, de buscar instrução, dever de votar, de obedecer à lei, de prestação de serviços civis e militares, cooperação com a previdência social, dever de pagar impostos, dever de trabalhar e o estrangeiro tem o dever de se abster de tomar parte nas atividades políticas que sejam privativas dos nacionais.<sup>3</sup>

Entre os direitos estão o direito à vida, à liberdade, à segurança, à integridade da pessoa, bem como o direito à igualdade ante a lei, o direito à liberdade religiosa, direito à liberdade de expressão e de opinião, direito à inviolabilidade de domicílio e de correspondência, direito de associação e reunião, à proteção contra prisão arbitrária, entre outros.<sup>4</sup>

Como já referido anteriormente, a Declaração Americana não é um instrumento jurídico vinculante, pois foi criada como resolução; para que fosse obrigatória, deveria ter sido regulamentada como tratado. Mas, como aconteceu com a DUDH, seus enunciados passaram a “integrar os princípios gerais do direito e como norma *jus cogens*” (CORREIA, 2008, p. 98).

As principais contribuições da Declaração ao desenvolvimento do sistema interamericano são resumidamente: a) a concepção dos direitos humanos como inerentes à pessoa humana; b) a concepção integral dos direitos humanos, abordando os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais; c) a base normativa *vis-à-vis* os Estados não-partes na Convenção Americana sobre Direitos Humanos; d) a correlação entre direitos e deveres (CORREIA, 2008, p. 98).

Durante a Quinta reunião de Consultas dos Ministros de Relações Exteriores, em 1959, no Chile, o Conselho Interamericano de Juristas ficou encarregado de elaborar um projeto de Convenção sobre Direitos Humanos. Na mesma ocasião, foi criada a Comissão Interamericana de Direitos Humanos-CIDH, “encarregada de promover a observância do respeito aos direitos humanos nos Estados-membros da OEA” (PRONER, 2002, p. 98).

A Comissão, inicialmente, limitava-se à “promoção do respeito aos direitos humanos consagrados na Declaração Americana”. Em 1965, com a reforma do Estatuto da Comissão, ela foi autorizada a “receber e examinar petições individuais a respeito de alegadas violações de direitos humanos, dirigir-se aos Estados para solicitar informações e formular recomendações”. Já em 1967, o Protocolo de Buenos Aires realizou reformas da Carta da OEA, e a Comissão passou a fazer parte da estrutura permanente da OEA, sendo que, “a partir dessa mudança, qualquer tentativa de dissolução da CIDH teria de passar pela modificação da carta da OEA” (PRONER, 2002, p. 98-99).

### 3 A Convenção Americana sobre Direitos Humanos

A Convenção Americana de Direitos Humanos é o instrumento mais importante no sistema interamericano de proteção e é chamada de Pacto de São José da Costa Rica,

<sup>1</sup>Argentina, Bolívia, Equador, Estados Unidos, Paraguai, Peru e Nicarágua apresentaram reservas ao Pacto, que foi ratificado apenas por Brasil (1965), Costa Rica (1949), República Dominicana (1950), El Salvador (1950), Haiti (1951), Honduras (1950), México (1948), Nicarágua (1950), Panamá (1951) e Uruguai (1955). *Tratado Americano de Soluções Pacíficas*: “Pacto de Bogotá”. Disponível em: <[http://www2.mre.gov.br/dai/m\\_57785\\_1948.htm](http://www2.mre.gov.br/dai/m_57785_1948.htm)>. Acesso em 10 jun. 2013.

<sup>2</sup> O TIAR foi elaborado durante a Conferência Interamericana para a Manutenção da Paz e da segurança no Continente, em 1947, no Rio de Janeiro, tendo sido ratificado por 23 Estados.

<sup>3</sup> Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, Bogotá, 1948.

<sup>4</sup> Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, Bogotá, 1948.

assinado em San José, Costa Rica em 1969, tendo entrado em vigor em 1978 (PIOVESAN, 2010, p. 255). “Dos 35 países-membros da OEA, 25 assinaram o Pacto, entre eles o Brasil” (CORREIA, 2008, p. 100). Cabe destacar que estados Unidos, que firmou compromisso, porém não ratificou, e Canadá, que sequer assinou o Pacto, não se submetem à Convenção. O Brasil ratificou o Pacto em 1992 (COELHO, 2008, p. 60).

A Convenção Americana é o documento-base do sistema interamericano e pode ser dividida em três partes: a primeira parte estabelece os direitos dos indivíduos e os deveres dos Estados; a segunda cria o sistema de proteção e os mecanismos de monitoramento da Convenção; e, por fim, a terceira trata das regras gerais de ratificação, reservas e denúncia (PIOVESAN, 2008, p. 1140).

A Convenção traz em seu artigo 1º que

os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.<sup>1</sup>

Nos artigos seguintes, a Convenção estabelece um rol de direitos: direito à vida, à integridade pessoal, proibição da escravidão e da servidão, liberdade pessoal, direito à garantias judiciais, garantia do princípio da legalidade e da retroatividade, direito à indenização, à proteção da honra e da dignidade, à liberdade de consciência e de religião, de pensamento e de expressão, direito de resposta, direito de reunião, de associação, de constituir família, direito ao nome, à medidas de proteção à criança, à nacionalidade, à propriedade privada, direito de circulação e residência, direito à participar da vida política, à igualdade perante à lei e à proteção judicial de seus direitos fundamentais.

Todavia, como a Convenção não enuncia qualquer forma específica de direitos sociais, econômicos e culturais, fazendo-o apenas de forma não-específica nos termos do art. 26, a Assembleia-Geral da OEA adotou, em 1988, um protocolo adicional à Convenção concernente a esses direitos, denominado Protocolo de San Salvador. Esse Protocolo complementa a Convenção com uma ampla enumeração de tais direitos e estabelece formas de supervisão através do Comitê Interamericano para Assuntos Econômicos e Sociais e do Conselho Interamericano para a Educação, Ciência e Cultura (CORREIA, 2008, p. 101).

Os direitos civis e políticos são auto-aplicáveis, fazendo com que seu cumprimento possa ser exigido desde a entrada em vigor da Convenção; já os direitos econômicos, sociais e culturais dependem das condições e recursos dos Estados para implementá-los (COELHO, 2008, p. 61). Assim, às formas de exigir seu cumprimento também são diferentes:

os primeiros são supervisionados tanto pela Comissão quanto pela Corte Interamericanas de Direitos Humanos, e seu descumprimento pode gerar responsabilidade internacional para o Estado, de imediato. Os segundos, em regra, são supervisionados apenas pela Comissão Interamericana, que se restringe a acompanhar as políticas estatais por meio de relatórios periódicos encaminhados pelos governos e a solicitar a avaliação de outros órgãos da OEA, podendo formular as recomendações que considerar pertinentes, consoante o art. 19 do Protocolo de San Salvador e o art. 64 do Regulamento da Comissão (COELHO, 2008, p. 61-62).

Assim como acontece com a ONU, a Convenção é, ainda, “complementada por protocolos e por outras convenções do sistema interamericano”, para uma maior abrangência na proteção de direitos. Além do protocolo de San Salvador, pode-se citar o Protocolo sobre a pena de morte, a Convenção Americana para Prevenir, Sancionar e Erradicar a Violência contra a Mulher, a Convenção Interamericana para Prevenir e Sancionar a Tortura, a Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas e a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Pessoas com Deficiência, sendo este o “único documento internacional juridicamente vinculante que protege os direitos humanos das pessoas com deficiência”. Todos estes instrumentos foram ratificados pelo Brasil (PIOVESAN, 2008, 1140-1142).

<sup>1</sup> Art. 1º do Pacto de São José da Costa Rica.

Dois mecanismos de monitoramento e implementação de direitos humanos foram adotados pela Convenção: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos-CIDH e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Conforme já referido, o Protocolo de Buenos Aires reformou a Carta da OEA, reformulando as competências e as funções da Comissão, que de órgão consultivo, passa a ter a função de “promover a observância e a defesa dos direitos humanos”, sendo que os “Estados-partes, obrigatoriamente, reconhecem a competência da Comissão para a consideração de queixas individuais” (GORCZEVSKI, 2009, p. 174). A Comissão pode

exercer suas funções em relação a *todos* os estados-membros da OEA. Isso significa que mesmo aqueles Estados que não ratificaram a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, como é o caso dos Estados Unidos da América e como foi o caso do Brasil até 1992, podiam, e ainda podem, ser objeto de análise dos relatórios feitos pela Comissão ou palco de suas visitas *in loco*. Esta previsão está presente no art. 1º do Estatuto da Comissão, que define sua natureza e objetivos (PIOVESAN, 2008, p. 1144-1145).

Relativamente ao acesso através de petições individuais à Comissão, alguns requisitos são necessários, a saber: o prévio esgotamento dos recursos internos; apresentação no prazo de seis meses da notificação interna definitiva; ausência de litispendência internacional (a escolha do procedimento deve ser ou o do sistema regional ou do sistema internacional); ausência de coisa julgada internacional (petição já analisada pela Comissão não pode ser reproduzida); descrição dos fatos que caracterizaram a violação de direitos protegidos pela Convenção Americana; a qualificação do autor da petição (não necessariamente a vítima) e violação dos direitos previstos na Convenção Americana ou em outras convenções interamericanas (PIOVESAN, 2008, p. 1148-1149).

Existem, no entanto, algumas situações em que são abertas exceções aos critérios de esgotamento interno dos recursos e apresentação no prazo de seis meses da sentença definitiva, que são as seguintes: “quando não existir na legislação interna do Estado o devido processo legal para a proteção do direito violado” (não se trata apenas de existir previsão legal, os meios de proteção tem de ser eficazes); quando houver impedimento ao acesso ou ao esgotamento dos recursos internos para a vítima da violação (PIOVESAN, 2008, p. 1149),

é o caso, por exemplo, de Simone Diniz, referente a uma denúncia de conivência do Estado brasileiro com o racismo, cuja sentença definitiva não foi dada nem pelo Superior Tribunal de Justiça, nem pelo Supremo Tribunal Federal, mas sim pelo juiz de primeira instância que arquivou os autos do processo. Como da decisão de arquivamento não cabe recurso, a Comissão entendeu que houve o exaurimento dos recursos internos (PIOVESAN, 2008, p. 1149).

Outra hipótese é caso haja demora injustificada na decisão sobre os recursos internos, como no caso Maria da Penha, em que o processo criminal contra seu agressor durou quinze anos sem sentença definitiva. O caso foi levado à comissão em 1998, e gerou a condenação do Brasil que criou a lei Maria da Penha para coibir a violência doméstica, além da indenização à vítima. Existe ainda o caso de exceção quando o foro militar é o único competente para o julgamento. Nesse caso a Comissão tem optado pela desnecessidade de esgotamento dos recursos internos. Como no caso do massacre de Eldorado dos Carajás, quando trabalhadores rurais foram mortos e feridos por policiais militares em confronto no estado do Pará. Mesmo tendo sido aprovada uma lei, em 1996, estabelecendo a competência da justiça ordinária para julgamento de crimes contra civis, a investigação desse e de outros casos continuou sendo realizada pela polícia militar. Esse caso foi admitido pela Comissão em 2003, que entendeu não ser necessário o esgotamento dos recursos internos à disposição (PIOVESAN, 2008, p. 1149-1150).

Todas estas situações demonstram claramente que o fim último do sistema interamericano é proteger o ser humano e não os interesses estatais. As exceções aos requisitos de admissibilidade das petições apontam para uma prevalência da noção de soberania do povo sobre a soberania dos governantes. Em outras palavras, as exceções a tal requisito apontam para o fortalecimento do princípio da prevalência dos direitos humanos e, portanto, da dignidade da pessoa humana, em detrimento do princípio da não intervenção (PIOVESAN, 2008, p. 1150).

Outro mecanismo de monitoramento e implementação de direitos humanos adotados pela Convenção, além da Comissão Interamericana de Direitos Humanos-CIDH, é a Corte Interamericana de Direitos Humanos. A Corte é composta por sete juízes dos Estados da OEA, eleitos pela maioria absoluta da Assembleia Geral da OEA, “dentre os juristas da mais alta autoridade e reconhecida competência em matéria de direitos humanos indicados pelos Estados” (GORCZEVSKI, 2009, p. 177).

A Corte possui competência consultiva e contenciosa, sendo que

de acordo com o disposto nos arts. 1º e 2º de seu Estatuto, a Corte Interamericana possui duas atribuições essenciais: a primeira, de natureza consultiva, relativa à interpretação das disposições da Convenção Americana, assim como das disposições de tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos; a segunda, de caráter jurisdicional, referente à solução de controvérsias que se apresentam acerca da interpretação ou aplicação da própria Convenção (PIOVESAN, 2010, p. 266).

Sendo assim, a competência consultiva da Corte é ampla, prevendo que qualquer Estado da OEA, mesmo não sendo parte da Convenção, pode consultar a Corte sobre a interpretação da Convenção Americana ou de outros Tratados relativos à proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos, bem como emitir parecer sobre a compatibilidade de suas leis internas e os instrumentos jurídicos internacionais (GORCZEVSKI, 2009, p. 178).

Em relação à competência contenciosa, prevista nos artigos 61 a 63 e 66 a 69 da Convenção, a Corte fica limitada aos Estados-partes que reconheçam sua competência. Sua “decisão tem força jurídica vinculante e obrigatória, cabendo ao Estado seu imediato cumprimento” (PIOVESAN, 2010, p. 271). Sobre a jurisdição contenciosa, lembra Piovesan (2010, p. 272) que

até março de 2007, a Corte Interamericana havia proferido 162 sentenças- dentre as quais 29 são decisões sobre exceções preliminares; 83 são sentenças de mérito (que avaliam fundamentalmente se houve violação ou não); 23 são sentenças sobre reparação ; e 2 são sentenças sobre cumprimento das recomendações; 25 atêm-se a outros temas (interpretação de julgamento, pedido de interpretação etc.). Em relação às medidas provisórias, foram publicadas 263 decisões versando sobre 75 casos.

O Brasil teve sua primeira condenação internacional por violação de direitos humanos elencados no Pacto de San José da Costa Rica, no caso Damião Ximenes Lopes, encaminhada em 2004 à Corte Interamericana,

o caso dizia respeito à morte do Sr. Damião Ximenes Lopes (que sofria de deficiência mental) em um centro de saúde que funcionava à base do Sistema Único de Saúde, chamado Casa de Repouso Guararapes, localizado no Município de Sobral, Estado do Ceará. Durante sua internação para tratamento psiquiátrico a vítima sofreu uma série de torturas e maus-tratos, por parte dos funcionários da citada Casa de Repouso. A falta de investigação e punição dos responsáveis, e ainda de garantias judiciais, acabaram caracterizando a violação da Convenção Americana em quatro principais artigos: o 4º (direito à vida), o 5º (direito à integridade física), o 8º (garantias judiciais) e o 25º (direito à proteção judicial). Na sentença de 4 de julho de 2006 - que foi a primeira do sistema interamericano a julgar a violação de direitos humanos de pessoa portadora de deficiência mental -, a Corte Interamericana determinou, entre outras coisas, a obrigação do Brasil de investigar os responsáveis pela morte da vítima e de realizar programas de capacitação para os profissionais de atendimento psiquiátrico, e o pagamento de indenização (no prazo de um ano) por danos materiais e imateriais à família da vítima, no valor total de US\$ 146 mil (MAZZUOLI, 2007).

Assinala Correia (2008, p. 122), que as competências que dizem respeito à promoção e proteção dos direitos humanos foram distribuídas pela Convenção Americana entre a Comissão e a Corte. A diferença é que a competência da Comissão é mais ampla que a da Corte, pois integra tanto a promoção quanto a proteção dos direitos humanos. A Comissão pode agir de ofício, sem a provocação de terceiros. A natureza da Corte é estritamente judicial, enquanto a Comissão tem atribuições de natureza política e diplomática.

A Corte, certamente, não é um tribunal de alçada com capacidade para corrigir a atuação da Comissão, podendo apenas supervisionar e criticar seus trabalhos quando provocada em uma de suas jurisdições. Paradoxalmente, não há como evitar alguns problemas. Em primeiro lugar, a falta de acesso direto dos indivíduos à Corte tem impedido um maior exercício de sua competência contenciosa. Em segundo lugar, não



se pode omitir que a função contenciosa da Corte não se inicia sem que previamente a Comissão tenha se pronunciado sobre o caso (CORREIA, 2008, p. 123).

Embora a Corte não receba petições individuais, sendo que estas somente podem ser apresentadas pela Comissão ou pelos Estados, de acordo com o novo regulamento da Corte, adotado em 2001, "as vítimas ou seus representantes ou familiares poderão fazer uso da palavra durante as audiências públicas para apresentar suas provas e argumentos", demonstrando que são também, partes no processo. Tal reforma demonstra que, efetivamente, o Sistema Interamericano privilegia os indivíduos, não os Estados, estando atento aos objetivos de proteção elencados nos documentos que constituem o sistema da OEA (CORREIA, 2008, p. 127).

Note-se que o sistema interamericano é aberto a qualquer pessoa que tenha sofrido algum tipo de violação aos seus direitos fundamentais no continente americano. Nas palavras de Flávia Piovesan (2006, p. 118):

o sistema interamericano tem assumido extraordinária relevância, como especial *locus* para a proteção de direitos humanos. O sistema interamericano salvou e continua salvando muitas vidas; tem contribuído de forma decisiva para a consolidação do Estado de Direito e das democracias na região; tem combatido a impunidade; e tem assegurado às vítimas direitos fundamentais.

Não obstante os avanços alcançados pelo sistema interamericano na promoção e proteção dos direitos humanos, ainda existem desafios a serem superados. Alguns dizem respeito à resistência da Comissão em receber os casos que dizem respeito à violação de direitos econômicos, sociais e culturais, estando por demais focada nos direitos civis e políticos. Partindo do pressuposto de que os direitos humanos são indivisíveis e interdependentes, necessárias são as mudanças para a garantia de todos os direitos, melhorando os mecanismos de efetivação dos mesmos.

#### 4 Sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos

O Sistema Interamericano de proteção- tanto a Comissão de Direitos Humanos, quanto a Corte- não são mecanismos que pretendam substituir os Estados no que diz respeito à jurisdição interna. Esses mecanismos somente agem quando o Estado é omissor, não garantindo àquelas pessoas, sujeitas à sua jurisdição, a efetiva proteção aos seus direitos humanos fundamentais.

O artigo 1º do Pacto de San José da Costa Rica, estabelece o compromisso dos Estados-partes em respeitar os direitos e liberdades reconhecidos no Pacto, bem como a garantia do exercício desses direitos, sem discriminação de qualquer tipo. Neste sentido, a Corte emitiu a Opinião Consultiva OC 18/03 de 17 de setembro de 2003, que traz que a obrigação imposta ao respeito e garantia dos direitos humanos frente a terceiros se baseia também em que são os Estados que determinam seu ordenamento jurídico, que regula as relações entre particulares e, por tanto, o direito privado, razão pela qual devem também zelar para que essas relações privadas entre terceiros respeitem os direitos humanos, caso contrário, o Estado pode ser responsabilizado pela violação desses direitos (PIOVESAN, 2008, p. 1162).

Já o artigo 2º da Convenção, trata do dever dos Estados em adotar, em seus ordenamentos internos, os direitos elencados no artigo primeiro. Neste sentido, traz a Sentença de 2 de setembro de 2004, no caso "Instituto de Reeducación del menor" do Paraguai: No direito das gentes, uma norma consuetudinária universalmente aceita, prescreve que um Estado que tenha ratificado um tratado de direitos humanos, deve inserir em seu direito interno as modificações necessárias para assegurar o fiel cumprimento das obrigações assumidas. A Convenção Americana estabelece a obrigação para cada Estado- parte de adequar seu direito interno às disposições da Convenção, para garantir os direitos por ela consagrados. Este dever do Estado-parte, implica que as medidas de direito interno devem ser efetivas, o que significa que o Estado deve adotar todas as medidas para que o que foi estabelecido na Convenção seja efetivamente cumprido em seu ordenamento jurídico interno, como requer o artigo 2º da Convenção (PIOVESAN, 2008, p. 1164).

Um caso emblemático julgado pela Corte, que serve de referência a outros casos, é o de "Velasquez Rodríguez", sobre o desaparecimento forçado de pessoa em Honduras. A denúncia encaminhada à Comissão Interamericana em 1981, relatava que Angel Manfredo Velasquez Rodríguez havia sido preso de forma violenta, "sem autorização judicial, por

membros da Divisão Nacional de investigações e Forças Armadas, que, embora em trajes civis e conduzindo um carro não licenciado, estavam armados" (PIOVESAN, 2006, p. 105-106).

A denúncia relatava que Velasquez havia sido torturado, tendo em seguida desaparecido. A polícia e as forças de segurança negavam a prisão. A Corte condenou o Estado de Honduras pela violação dos artigos 4º(direito à vida), 5º (proibição da tortura e do tratamento desumano e degradante) e 7º (proibição da prisão arbitrária), condenando o Estado ao pagamento de indenização à família do desaparecido, nos termos do artigo 63 da Convenção (PIOVESAN, 2006, p. 107-108):

Artigo 63: 1. Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada (PIOVESAN, 2008, p. 1298).

Sobre a responsabilidade dos Estados- partes, a Corte se manifestou na sentença de 8 de dezembro de 1995, no Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colômbia: para garantir plenamente os direitos reconhecidos pela Convenção, não é suficiente que o governo empreenda uma investigação e trate de responsabilizar os culpados, sendo que é necessário, além disso, que toda a atividade do Governo culmine com a reparação à parte lesionada (PIOVESAN, 2008, p. 1298).

Outro caso encaminhado pela Comissão Interamericana à Corte, foi o caso Alobeoetoe, contra o Estado do Suriname, que tratava do assassinato de sete civis pela polícia. O estado foi condenado a pagar indenização aos familiares das vítimas, e a instalar um posto médico e reabrir uma escola na região dos Saramacas. Já o Estado da Guatemala foi condenado ao pagamento de indenização por danos morais e materiais devido ao seqüestro e assassinato de Nicholas Chapman Blake, em 1985, por agentes estatais. Além disso, a Guatemala foi condenada por ter se negado a cumprir a recomendação anterior da Comissão Interamericana (PIOVESAN, 2006, p. 109-111).

No caso Barrios Altos, em virtude da promulgação e aplicação de leis de anistia (uma que concede anistia geral aos militares, policiais e civis, e outra que dispõe sobre a interpretação e alcance da anistia), o Peru foi condenado a reabrir investigações judiciais sobre os fatos em questão, relativos ao "massacre de Barrios Altos", de forma a derrogar ou tornar sem efeito as leis de anistia mencionadas. A Corte condenou ainda o Estado peruano a investigar as violações e a identificar, processar e punir os agentes violadores (PIOVESAN, 2006, p. 111-112).

O referido massacre tratava da execução de quinze pessoas por policiais, sendo que o Peru foi condenado também à indenização por danos morais e materiais às famílias das vítimas. Com esta decisão, "a Corte consolidou o entendimento de que leis de anistia são incompatíveis com a Convenção Americana, por afrontarem direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos", eis que obsta o acesso à justiça, "o direito à verdade e a responsabilização por graves violações a direitos humanos (como a tortura, as execuções sumárias, extrajudiciais ou arbitrárias e o desaparecimento forçado)" (PIOVESAN, 2006, p. 112).

No caso "A Última Tentação de Cristo", a Corte condenou o Chile em virtude de censura prévia à exibição cinematográfica do referido filme, decorrente da violação aos direitos de liberdade de pensamento e expressão, bem como de liberdade de consciência e religião, assegurados nos artigos 12 e 13 da Convenção Americana. Entendeu a Corte que a censura prévia, autorizada pelo artigo 19 da Constituição chilena, era incompatível com as dimensões individual e social da liberdade de expressão, condição essencial a toda a sociedade democrática. A Corte demandou do Chile a reforma de sua legislação doméstica, que foi implementada por este Estado, compreendendo a adoção de nova lei e reforma da Constituição, de forma a abolir a censura prévia (PIOVESAN, 2006, p. 113).

A sentença de 5 de fevereiro de 2001, traz que, sobre a primeira dimensão do direito consagrado no artigo mencionado, a individual, a liberdade de expressão não se esgota no reconhecimento teórico do direito de falar e escrever, sendo que compreende também, inseparavelmente, o direito a utilizar qualquer meio apropriado para difusão do pensamento e faz-lo chegar ao maior número de destinatários. Neste sentido, a expressão e a difusão de



pensamento e de informação são indivisíveis, de modo que uma restrição das possibilidades de divulgação representa diretamente, e na mesma medida, um limite ao direito de livre expressão (PIOVESAN, 2008, p. 1228).

Em relação à segunda dimensão do direito consagrado no artigo 13 da Convenção, a social, é preciso assinalar que a liberdade de expressão é um meio para o intercâmbio de idéias e informações entre as pessoas; compreende seu direito de comunicar aos outros seus pontos de vista, porém implica também o direito de todos em conhecer opiniões, relatos e notícias. Para o cidadão comum tem tanta importância o conhecimento da opinião alheia e da informação de que dispõem os outros, como o direito de difundir a própria. A Corte considera que ambas as dimensões possuem importância e devem ser garantidas de forma simultânea para dar efetividade total ao direito de liberdade de pensamento e de expressão, nos termos previstos pelo artigo 13 da Convenção (PIOVESAN, 2008, p. 1228).

Em relação ao Brasil, além dos casos já citados anteriormente- Simone Diniz, Maria da Penha, Eldorado do Carajás e Damião Ximenes Lopes- a Comissão Interamericana de Direitos Humanos apresentou denúncia contra o Estado brasileiro, no caso Nogueira de Carvalho e outro, onde o Estado teria violado os direitos garantidos nos artigos 8 (Garantias judiciais) e 25 (Proteção judicial) da Convenção. Gilson Nogueira de Carvalho era advogado, defensor de direitos humanos e denunciava crimes cometidos pelos “meninos de ouro”, suposto grupo de extermínio do qual fariam parte policiais civis e outros funcionários estatais, em Macaíba, no Rio Grande do Norte. A demanda foi apresentada no dia 13 de janeiro de 2005, e a sentença de 28 de novembro de 2006, arquivou a demanda por falta de provas.<sup>1</sup>

Outra denúncia feita pela Comissão Interamericana, apresentada perante a Corte em 20 de dezembro de 2007, diz respeito à demanda apresentada pelas organizações Rede Nacional de Advogados Populares e Justiça Global, denunciando a suposta interceptação e monitoramento ilegal das linhas telefônicas dos membros da Cooperativa Agrícola de Conciliação Avante- COANA e da Associação Comunitária de Trabalhadores Rurais- ADECON, feitas em 1999 pela Polícia Militar do Paraná. O Estado brasileiro teria violado o disposto nos artigos 8.1 (Garantias Judiciais), 11 (Proteção da honra e da dignidade), 16 (Liberdade de Associação) e 25 (Proteção Judicial) da Convenção. A Comissão também denunciou o Estado brasileiro pela não implementação das recomendações feitas pela Comissão, mesmo após várias prorrogações.

Na sentença da Corte, de 6 de julho de 2009, o Estado brasileiro foi condenado ao pagamento de US\$ 20.000,00 (vinte mil dólares americanos) para cada vítima, à título de danos imateriais, devendo o Estado publicar a sentença em um jornal de ampla circulação nacional e outro de ampla circulação no estado do Paraná e, ainda, publicar a íntegra da sentença em uma página da internet do Governo Federal e do governo do Estado do Paraná. O Estado foi ainda, condenado a investigar os fatos que geraram as violações e restituir custas e gastos judiciais, devendo, no prazo de um ano a contar da data da sentença, apresentar à Corte um relatório sobre as medidas adotadas para cumpri-la.<sup>2</sup>

Em sentença de 23 de setembro de 2009, o Brasil foi condenado pelo descumprimento da obrigação de investigar e punir o homicídio de Sétimo Garibaldi, em novembro de 1998, em uma operação extrajudicial de despejo de famílias de trabalhadores rurais sem terra, que estavam em uma fazenda em Querência do Norte, no Paraná. Mesmo tendo recebido recomendações da Comissão Interamericana, o país não se pronunciou, o que gerou a denúncia perante a Corte. A condenação foi de ampla divulgação da sentença em jornais e páginas de internet brasileiros; condução de inquérito com prazo razoável, para identificar, julgar e punir os autores da morte de Garibaldi e a indenização dos familiares de Sétimo Garibaldi por dano material e imaterial.<sup>3</sup>

Já em 26 de março de 2009, a Comissão apresentou demanda à Corte, originada de petição apresentada à Comissão pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional-CEJIL e pela *Human Rights Watch/Americas*, em nome de pessoas desaparecidas na Guerrilha do Araguaia e seus familiares. A Comissão expediu recomendações ao Estado brasileiro, que não foram atendidas. A demanda se refere à responsabilidade do Estado pela detenção arbitrária,

<sup>1</sup> Sentença disponível em <[http://www.cortedh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_161\\_por.pdf](http://www.cortedh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_161_por.pdf)>. Acesso em 12 jun. 2011.

<sup>2</sup> Sentença disponível em <[http://www.cortedh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_200\\_por.pdf](http://www.cortedh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_200_por.pdf)>. Acesso em 12 jun. 2011.

<sup>3</sup> Sentença disponível em <[http://www.cortedh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_203\\_por.pdf](http://www.cortedh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_203_por.pdf)>. Acesso em 12 jun. 2011.

tortura e desaparecimento forçado de 70 pessoas, em operações do exército brasileiro, entre 1972 e 1975. Nesse sentido, deu-se a denúncia da Comissão:

em virtude da Lei No. 6.683/79 [...], o Estado não realizou uma investigação penal com a finalidade de julgar e punir as pessoas responsáveis pelo desaparecimento forçado de 70 vítimas e a execução extrajudicial de Maria Lúcia Petit da Silva [...]; porque os recursos judiciais de natureza civil, com vistas a obter informações sobre os fatos, não foram efetivos para assegurar aos familiares dos desaparecidos e da pessoa executada o acesso a informação sobre a Guerrilha do Araguaia; porque as medidas legislativas e administrativas adotadas pelo Estado restringiram indevidamente o direito de acesso à informação pelos familiares; e porque o desaparecimento das vítimas, a execução de Maria Lúcia Petit da Silva, a impunidade dos responsáveis e a falta de acesso à justiça, à verdade e à informação afetaram negativamente a integridade pessoal dos familiares dos desaparecidos e da pessoa executada (CIDH, 2011).

Ainda,

A Comissão solicitou ao Tribunal que declare que o Estado é responsável pela violação dos direitos estabelecidos nos artigos 3 (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 4 (direito à vida), 5 (direito à integridade pessoal), 7 (direito à liberdade pessoal), 8 (garantias judiciais), 13 (liberdade de pensamento e expressão) e 25 (proteção judicial), da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em conexão com as obrigações previstas nos artigos 1.1 (obrigação geral de respeito e garantia dos direitos humanos) e 2 (dever de adotar disposições de direito interno) da mesma Convenção. Finalmente, solicitou à Corte que ordene ao Estado a adoção de determinadas medidas de reparação. Em 18 de julho de 2009, o Grupo Tortura Nunca Mais do Rio de Janeiro, a Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos do Instituto de Estudos da Violência do Estado e o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (doravante denominados "representantes") apresentaram seu escrito de solicitações, argumentos e provas [...] (CIDH, 2011).

A sentença de 24 de novembro de 2010 condenou o Brasil a ter que conduzir investigação penal pelos fatos descritos na denúncia, determinando as responsabilidades e aplicando as sanções cabíveis; realizar esforços para localizar o paradeiro das vítimas e identificar e entregar os restos mortais a seus familiares; oferecer tratamento médico e psicológico ou psiquiátrico às vítimas; realizar ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional sobre os fatos descritos; realizar ações de capacitação e implementar um programa permanente e obrigatório sobre direitos humanos para as Forças Armadas, em todos os seus níveis hierárquicos.<sup>1</sup>

Deve ainda o Estado adotar medidas necessárias para tipificar o crime de desaparecimento forçado de pessoas dentro dos parâmetros interamericanos, além de adotar ações que garantam o julgamento e punição dos envolvidos; deve ainda o Estado continuar desenvolvendo iniciativas de busca, sistematização e publicação sobre a Guerrilha do Araguaia, além de informações sobre violação de direitos humanos durante o regime militar, com garantia de acesso às mesmas; o pagamento de indenização por dano material, imaterial, restituição de custas e gastos às famílias e realizar uma convocatória para que os familiares dos desaparecidos possam apresentar documentos para identificação dos mesmos.<sup>2</sup>

Lembrando que ao aceitar a jurisdição da Corte Interamericana, os Estados se obrigam a "implementar suas decisões, sob pena de responsabilidade internacional". Como lembra Coelho, no caso do Brasil, o país "deverá fazer uso dos mecanismos de seu ordenamento jurídico com o objetivo de cumprir o disposto nas sentenças da Corte Interamericana", valendo para "obrigação de fazer, uma obrigação de não-fazer ou ao pagamento de indenização" (COELHO, 2008, p. 93-95).

Concluindo, como bem lembra Piovesan (2008, p. 1157),

o sistema interamericano apresenta, portanto, um processo elaborado de proteção a direitos, aberto a quaisquer pessoas que tenham sofrido violações no continente americano. Embora tenha uma feição em grande parte política, tanto por abordar temas transnacionais quanto por se dirigir a Estados soberanos, atingiu certo grau de judicialização ao ter regras de imparcialidade para membros da Comissão Interamericana, ao adotar em certa medida o princípio do devido processo e ao criar uma Corte jurisdicional apta a proferir decisões definitivas e juridicamente vinculantes.

<sup>1</sup> Sentença disponível em <<http://www.cortedh.or.cr/docs/casos.cfm>>, Serie C nº 219. Acesso em 12 jun. 2011.

<sup>2</sup> Sentença disponível em <<http://www.cortedh.or.cr/docs/casos.cfm>>, Serie C nº 219. Acesso em 12 jun. 2011.

Não obstante a esses avanços, ainda há desafios a serem superados. Um deles diz respeito às medidas de supervisão, por parte da Corte, da execução por parte dos Estados, das sentenças proferidas pela Corte. Parece ainda existir certa dificuldade nesse sentido. Outro desafio é o desconhecimento por parte dos indivíduos do trabalho da Comissão, fazendo com que direitos sejam violados sem que haja uma maior denúncia. Neste sentido, torna-se imprescindível criar mecanismos de divulgação e educação em direitos humanos, para que os destinatários desses direitos cada vez mais denunciem as violações cometidas dentro dos Estados.

### Considerações finais

A questão da proteção aos direitos humanos deve estar na pauta de discussão dos Estados para que assim, possam ser garantidos. A criação de um sistema global de proteção foi de fundamental importância para adoção de práticas, por parte dos países, de mecanismos que não mais permitissem os horrores ocorridos durante a segunda guerra mundial. A aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, foi o marco histórico da internacionalização dos direitos humanos, fazendo com que seu conteúdo fosse adotado pelos diferentes sistemas de proteção que viriam a se concretizar, e fosse incorporado nas constituições de diferentes países.

O sistema americano de proteção, muito embora tenha antecedentes históricos mais remotos que a ONU, passou a ter mecanismos mais abrangentes de proteção aos direitos humanos a partir de 1969, com a aprovação do Pacto de São José da Costa Rica, que ao trazer um rol de direitos fundamentais que devem ser garantidos pelos Estados, criou também mecanismos de vinculação desses Estados à jurisdição da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O sistema americano de proteção-OEA, tem se mostrado mais independente em relação aos Estados. Muito embora a jurisdição da Comissão e da Corte Interamericanas alcance apenas os países que ratificaram a Convenção Americana de Direitos Humanos, suas decisões tem se mostrado bastante efetivas na proteção aos direitos humanos dentro desses países.

O sistema americano, da OEA, tem se mostrado próximo dos indivíduos e tem alcançado resultados mais palpáveis em relação à proteção dos direitos humanos. Enquanto o sistema global está distante dos indivíduos, priorizando os Estados (mais precisamente governos), adotando posturas pouco eficazes, o sistema americano além de estar mais próximo dos indivíduos, tem introduzido modificações que atendam melhor às necessidades daqueles que tem seus direitos fundamentais violados.

Porém, longo é o caminho para que possamos dizer que a aldeia global na qual vivemos é justa e igualitária para todos. É preciso que governos e indivíduos se mobilizem para garantir que todos tenham consciência de que, enquanto seres humanos, são detentores de direitos, e que nenhum Estado pode se furtar da tarefa de garantir esses direitos.

### Referências:

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Tratado Americano de Soluções Pacíficas: "Pacto de Bogotá"*. Disponível em: <[http://www2.mre.gov.br/dai/m\\_57785\\_1948.htm](http://www2.mre.gov.br/dai/m_57785_1948.htm)>. Acesso em 10 jun. 2013.

COELHO, Rodrigo Meirelles Gaspar. *Proteção internacional dos direitos humanos: a corte interamericana e a implementação de suas sentenças no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2008.

CORREIA, Theresa Rachel. *Corte interamericana de direitos humanos: repercussão jurídica das opiniões consultivas*. Curitiba: Juruá, 2008.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS-CIDH. *Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*. Disponível em <<http://www.cortedh.or.cr./docs/casos.cfm>> Acesso em 12 jun. 2013.

GORCZEVSKI, Clovis. *Direitos humanos, educação e cidadania: conhecer, educar, praticar*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2009.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Condenação Internacional do Brasil por violação de direitos humanos e cumprimento de sentença sponte sua*. Brasil. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br/17agosto.2007>>. Acesso em: 15 jul 2013.

\_\_\_\_\_, Valério de Oliveira. *Direito internacional público: parte geral*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS- OEA. Disponível em:  
<<[http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_A-41\\_Carta\\_de\\_la\\_Organizacion\\_de\\_los\\_Estados\\_Americanos.htm](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_A-41_Carta_de_la_Organizacion_de_los_Estados_Americanos.htm)>>. Acesso em: 09 jun. 2011.

\_\_\_\_\_.-OEA. Disponível em: <<[http://www.oas.org/pt/sobre/nossa\\_historia.asp](http://www.oas.org/pt/sobre/nossa_historia.asp)>>. Acesso em: 15 jul. 2013.

PIOVESAN, Flávia. *Código de Direito Internacional dos Direitos Humanos Anotado*. São Paulo: DPJ Editora, 2008.

\_\_\_\_\_, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PRONER, Carol. *Os direitos humanos e seus paradoxos: análise do sistema americano de proteção*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

SEGALIN, Gabriele Rigo; SEGALA, Guilherme de Oliveira. *A organização dos Estados Americanos*. Site do Curso de Direito da UFSM. Santa Maria-RS, 2011. Disponível em: <<http://www.ufsm.br/direito/artigos/internacional/oea.htm>>. Acesso em 10 jun. 2013.

SEITENFUS, Ricardo. *Manual das organizações internacionais*. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

### 1.1.3 O procedimento de registro de marcas: análise sob a ótica das legislações brasileira e peruana

Luciana Manica Gössling<sup>1</sup>  
Teresa Leopoldina dos Santos Ribeiro<sup>2</sup>

#### Resumo:

O presente artigo versa sobre Propriedade Industrial, especificamente, sobre o procedimento de registro de marcas concernentes aos países do Brasil e Peru. Para tanto, foram apresentadas as respectivas conceituações jurídicas, mediante legislação e doutrina através da pesquisa bibliográfica. Restaram abordadas as leis brasileira e peruana, em especial, quanto aos procedimentos marcários de cada país, delimitando-se o estudo das questões mais pertinentes ao tema, de forma a destacar semelhanças e diferenças. Ao final, após estudar o ensaio ora apresentado, de forma completa, arrematou-se com as devidas considerações a respeito da problemática proposta, ao se fazer as devidas comparações entre os procedimentos em análise, permitindo, assim, a visualização de vantagens e desvantagens de cada sistema.

**Palavras-chave:** Propriedade industrial. Procedimentos marcários. Brasil. Peru.

#### Introdução

Este trabalho tem como objeto de análise o procedimento do registro de marcas realizado no Brasil e Peru, mediante seus respectivos órgãos competentes, partindo de uma visão ampla sobre marca, perpassando pelos métodos de registros, ressaltado as suas peculiaridades e semelhanças.

Neste contexto, com intuito de esclarecer a especificidade do assunto em tela, serão apresentados os conceitos do âmbito da Propriedade Industrial, mediante legislação e doutrina, ambos, alternados com a devida contextualização histórica.

Quanto à linha de pesquisa, o presente ensaio insere-se na “Direito, Sociedades Globalizadas e Diálogo entre Culturas – Direito Internacional”, em razão de versar sobre o Direito das Marcas no Brasil, contrapondo-se ao do Peru, evidenciando as características, pontos comuns e diferenças entre os mesmos, sem deixar de destacar a cultura e costumes de cada país, o que agrega valor e torna ainda mais interessante o tema em pauta.

Outrossim, no que tange o âmbito acadêmico, este artigo revela-se importante, no sentido de instigar à realização da pesquisa científica, promovendo a interdisciplinaridade que o Direito possui em excelência.

Dessa forma, presencia-se a aplicação da teoria jurídica à prática, de modo a orientar os acadêmicos, os bacharéis em direito que, futuramente, atuarão no âmbito da Propriedade Industrial, e por que não dizer, o público em geral que tenha interesse neste assunto, até mesmo para garantir seus próprios direitos.

#### 1. A origem das marcas

De acordo com Marcos Antônio Vieira, os sinais, as marcas e os símbolos primitivos são tão antigos quanto o aparecimento do homem na Terra. Os homens da pré-história já possuíam a necessidade de imprimir personalidade, individualidade e exclusividade em determinados objetos, alvos de seu interesse. Essa afirmação foi constatada a partir de explorações em cavernas, onde havia desenhos, os quais eram marcados com as digitais de quem os tinham feito, demonstrando a identidade do indivíduo (VIEIRA, 2006).

Como bem menciona o supramencionado autor, no que tange a impressão digital, senão, vejamos:

“[...] o homem primitivo ou o atual, tanto um como o outro, é portador de um sinal personalíssimo insubstituível o qual não pode ser utilizado por ninguém, a não ser por ele próprio, é isto mesmo, a sua marca individual, modificá-la ou imitá-la é totalmente impossível, por que impressões digitais não são iguais, assim afirmam os dados datiloscópicos pesquisados.”

<sup>1</sup> Especialista em Direito Processual Civil pela Academia Brasileira de Direito Processual Civil, em Direito Público com ênfase em Direito Processual Civil pelo Complexo Jurídico Damásio de Jesus e em Propriedade Intelectual pela PUC/RS, Pós-Graduada em Propriedade Industrial pela Universidade Federal de Buenos Aires; professora da Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA, advogada. luciana@manicaemanica.com.br.

<sup>2</sup> Advogada, graduada pela Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA. tereleo83@hotmail.com.



Já o jurista Bartolo, no ano de 1560, elaborou o primeiro conceito jurídico às marcas inserido na obra *Insígnia et Armis* destacando a importância de marcas individuais para distinguir produtos semelhantes, possuindo assim, uma função mais aproximada do conceito marcário da atualidade (IDEM, 2006).

Hoje em dia, as marcas têm por fim distinguir produtos e/ou serviços, agregando valor aos prestadores de serviços e fornecedores, possibilitando aos consumidores diferenciar sua preferência entre produtos/serviços similares, afins e até idênticos.

Por fim, cumpre destacar o surgimento de uma legislação especial, a qual determinou a organização de registros e previu as penalidades a serem aplicadas em caso de falsificação de documentos privados. A referida legislação nasceu na França, a qual serviu como paradigma as leis de Propriedade Industrial, atrelando ao Direito das Marcas um caráter de propriedade natural (IDEM, 2006).

Oportunamente, vale apresentar as colocações tecidas por Carlos A. Carnejo Guerrero, concernente à lei de Marcas de 1857 da França: “Tal como hemos explicado, la nueva ley Francesa se estructuraba em base al sistema declarativo, cuyo principio informante consiste em que los derechos nacen com el uso de la marca; com el tiempo hubo um espacio no menos importante para el principio de inscripción registral [...]” (GUERRERO, 2008).

## 2. Definições sobre Marca

De início, o autor Denis Borges Barbosa, considera que a marca:

[...]é o sinal visualmente representado, que é configurado para o fim específico de distinguir a origem dos produtos e serviços. Símbolo voltado a um fim, sua existência fática depende da presença destes dois requisitos: capacidade de simbolizar, e capacidade de indicar uma origem específica, sem confundir o destinatário do processo de comunicação em que se insere: o consumidor. Sua proteção jurídica depende de um fator a mais: a apropriabilidade, ou seja, a possibilidade de se tornar um símbolo exclusivo, ou legalmente unívoco, em face do objeto simbolizado (BARBOSA, 2010).

Assim, pode-se afirmar que a marca, ao designar um produto, serve para identificar a sua procedência, promovendo segurança ao consumidor, valorizando a atividade empresarial e facilitando no momento da propaganda do produto.

Com efeito, Carlos A. Carnejo Guerrero ressalta uma aptidão interessante da marca, qual seja: “la función de la marca es precisamente la de distinguir productos o servicios, diferenciándolos de sus similares en el mercado, siendo una de sus finalidades principales la de captar y consolidar clientela.” Depreende-se desta afirmação que a marca também objetiva a fidelização de clientes, inculcando-lhes a lembrança positiva de determinado produto ou serviço (GUERRERO, 2007).

Já pelo âmbito econômico, o Dr. José Tiacci Kirsteen, em palestra ministrada na Sede da Ordem dos Advogados do Brasil, em São Paulo, no ano de 2005, considerou a marca um bem da empresa e, muitas vezes, com o valor maior que o próprio produto, devendo ser analisado também pelo viés das leis que regem o mercado. Outrossim, o eminente professor afirmou que a marca, atualmente, tem mais a ver com o *status* e informou que o preço que engloba a marca é chamado de “preço hedônico”, em outras palavras, pode-se dizer que a marca faz parte do patrimônio intangível da empresa (ABRÃO, 2006).

Ademais, cumprem trazer à baila os ensinamentos de José Carlos Tinoco Soares, o qual destaca que no Brasil as marcas surgiram mediante o Decreto n. 2.682, de 23 de outubro de 1875, prevendo em seu artigo 1º o seguinte: “[...] é reconhecido a qualquer fabricante e negociante o direito de marcar os produtos de sua manufatura e de seu comércio.” Ato contínuo, o direito marcário foi assegurado pelo § 27 do artigo 72 da Constituição da República de 24 de fevereiro de 1891 (ABRÃO apud SOARES, 2006)

Quanto às formas de apresentação, a especialista Micheli Copetti comenta que as marcas podem ser exteriorizadas na forma nominativa, figurativa, mista ou tridimensional. A nominativa constitui-se por uma ou mais palavras no sentido amplo; já a figurativa é composta de desenho, imagem, figura, símbolo ou forma fantasiosa de letra e número, mas apenas símbolos e/ou figuras. Enquanto que a marca mista é a combinação de elementos nominativos e figurativos ou apenas letras estilizadas. Por fim, a marca tridimensional é constituída pela forma de um produto ou embalagem (COPETTI, 2007).



Outrossim, vale mencionar a ocorrência de um erro comum, lembrado pelo Dr. José Tiacci Kirsteen, na referida palestra ministrada na OAB/SP, qual seja, a confusão entre “nome comercial” e a “marca”. O primeiro é o nome completo da empresa e identifica o negócio, incluindo-se o nome fantasia. Já a marca, para o direito pátrio, só passa a ter proteção e existência, após o registro junto ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial– INPI, assunto que será abordado na sequência do presente ensaio, identificando produtos e/ou serviços como já explanado (ABRÃO, 2006).

### 3. O Procedimento de Registro Marcário

O procedimento de registro marcário é necessário nos países, uma vez que independentemente do efeito concedido pelo simples uso da marca, o usuário anterior terá que pleitear seu registro marcário para fazer valer seu direito. ]

De acordo com os ensinamentos de Denis Borges Barbosa, os efeitos do uso sobre a marca diferem em cada país, de modo que uns adotam o sistema declarativo, outros o atributivo, e ainda há os que seguem o sistema misto. No sistema declarativo, a propriedade da marca nasce com o uso e é homologado pelo registro. Enquanto no atributivo, detêm a titularidade quem registra no órgão competente. Já o sistema misto, é aquele que privilegia o usuário anterior de boa-fé, o qual poderá invocar seu direito de precedência (BARBOSA, 2010).

Assim, Denis Borges Barbosa (2010) colaciona que o Brasil adota o sistema misto, pois assegura ao usuário anterior de boa-fé a possibilidade de pleitear seu direito, sendo este personalíssimo, intransferível e, em verdade, parte do estabelecimento, cabendo ao utente alegar precedência dentro de determinado prazo, sem deixar de requerer a marca no órgão competente. Enquanto isso, destacamos que o Peru adota o sistema atributivo de direito (GUERRERO, 2007), exsurgindo daí a importância do presente estudo, uma vez que, independentemente do sistema adotado, todos terão que se submeter ao procedimento administrativo do seu respectivo país.

#### 3.1 O Procedimento de Registro Marcário no Brasil

O procedimento de registro de marcas brasileiro está previsto na Lei de Propriedade Industrial de nº 9.279 de 14 de maio de 1996 (LPI), encontrando amparo no art. 5º, inciso XXIX da Constituição Federal de 1988, a qual impõe que a propriedade da marca deve ter por escopo o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País (BRASIL, 1996).

Ademais, o Brasil é signatário de tratados internacionais, que regulam a matéria, como a Convenção da União de Paris de 1883 (CUP) e o *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights* (TRIPS), internalizado através do Decreto nº 1.355, em 30.12.1994 (BRASIL, 1994).

Para tanto, vale destacar a proteção conferida à marca, nos termos do art. 6 bis (I) da Convenção da União de Paris (CUP), que dispõe:

Os países da União comprometem-se a recusar ou invalidar o registro, quer administrativamente, se a lei do país o permitir, quer a pedido do interessado, e a proibir o uso de marca de fábrica ou de comércio que constitua reprodução, imitação ou tradução, suscetíveis de estabelecer confusão, de uma marca que a autoridade competente do país do registro ou do uso considere que nele é notoriamente conhecida como sendo já marca de uma pessoa amparada pela presente Convenção, e utilizada para produtos idênticos ou similares. O mesmo sucederá quando a parte essencial da marca constitui reprodução de marca notoriamente conhecida ou imitação suscetível de estabelecer confusão com esta (IDEM 1994).

Dessa forma, o Brasil, na qualidade de signatário da referida Convenção, deve recusar ou invalidar registro de sinal que constitua usurpação de marca regularmente protegida, quando esta for notoriamente conhecida no país, promovendo a proteção das marcas dos demais países signatários, conforme preceitua o artigo 126 da LPI.

Art. 126. A marca notoriamente conhecida em seu ramo de atividade nos termos do art. 6º bis (I), da Convenção da União de Paris para Proteção da Propriedade Industrial, goza de proteção especial, independentemente de estar previamente depositada ou registrada no Brasil.

A responsabilidade pela tramitação dos registros das marcas e demais funções inerentes à matéria no Brasil ocorre sob a supervisão do Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), autarquia federal vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e

Comércio Exterior, criada pela Lei 5.648 de 11 de dezembro de 1970, que também cofere a essa as funções insertas em seu artigo 2º:

O INPI tem por finalidade principal executar, no âmbito nacional, as normas que regulam a propriedade industrial, tendo em vista a sua função social, econômica, jurídica e técnica, bem como pronunciar-se quanto à conveniência de assinatura, ratificação e denúncia de convenções, tratados, convênios e acordos sobre propriedade industrial. (BRASIL, 1970).

No que tange à Lei de Propriedade Industrial, o artigo 122 prevê que “são suscetíveis de registro como marca os sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais”. Assim, restringe o registro como marca ao sinal distintivo visualmente perceptível. Deste modo, pode-se concluir que não há possibilidade de registro junto ao INPI de marcas sensoriais, seja ela sonora ou olfativa (BRASIL, 1996).

### 3.1.1 Condições para o registro de uma marca

Consoante os ensinamentos de Denis Borges Barbosa, os requisitos para o registro de uma marca são a novidade relativa, distinguibilidade, veracidade e licitude. A novidade relativa exige a diferenciação de marcas semelhantes e concorrentes, com outras palavras, não atuar em segmento idêntico, similar ou afim de outro conjunto visual igual ou semelhante. Já a distinguibilidade compreende que a expressão ou exteriorização do sinal deve ser suficiente para identificar um serviço ou produto, diferenciando-se dos demais, de origem diversa (BARBOSA, 2010).

Além disso, o sinal não deve guardar relação direta ou indireta com o produto ou serviço que busca distinguir: ou seja, não deve ser meramente descritivo. Ainda, são condições, a veracidade, pois não será registrada a marca que contenha dizeres ou indicações, inclusive em língua estrangeira, que induzam falsa procedência ou qualidade (IDEM, 2010).

E, por último, licitude, a qual contém a exigência de exercer uma atividade lícita, o que se dá através da observância do pedido marcário de acordo com o objeto social de uma empresa, ou em consonância com a comprovação da profissão do autônomo regularmente cadastrado no órgão competente. Com outras palavras, a licitude exige que o requerente da marca comprove que exercia de forma efetiva e lícita a atividade à época do pedido de registro. Sob outro ângulo, não se pode requerer registro de marca para comercialização ou produção de sorvetes feitos com a semente da planta *cannabis ativa*, pelo simples fato da mesma ser considerada ilegal no Brasil (IBIDEM, 2010).

Não menos importante é a menção sobre as hipóteses de perda do direito marcário sobre determinado signo, destacando-se a caducidade, colacionando-se o artigo 143 da LPI, a qual melhor define tal situação, senão vejamos:

Art. 143 - Caducará o registro, a requerimento de qualquer pessoa com legítimo interesse se, decorridos 5 (cinco) anos da sua concessão, na data do requerimento:

I - o uso da marca não tiver sido iniciado no Brasil; ou

II - o uso da marca tiver sido interrompido por mais de 5 (cinco) anos consecutivos, ou se, no mesmo prazo, a marca tiver sido usada com modificação que implique alteração de seu caráter distintivo original, tal como constante do certificado de registro.

§ 1º Não ocorrerá caducidade se o titular justificar o desuso da marca por razões legítimas.

§ 2º O titular será intimado para se manifestar no prazo de 60 (sessenta) dias, cabendo-lhe o ônus de provar o uso da marca ou justificar seu desuso por razões legítimas (BRASIL, 1996).

Ademais, deve-se destacar que a marca pode caducar parcialmente, em relação aos produtos e/ou serviços não semelhantes aos que foram comprovadamente usados pelo titular da marca ou ainda não ser conhecida a caducidade se o uso da marca tiver sido comprovado ou justificado seu desuso em processo anterior, requerido há menos de 5 (cinco) anos (IDEM, 1996).

### 3.1.2 Procedimento *online* perante o Instituto Nacional de Propriedade Intelectual - INPI

Em relação ao procedimento marcário, este se encontra disponível também na forma *online*. A integralidade dos atos, junto ao INPI, poderá ser feita de qualquer parte do mundo pelo sistema eletrônico e-Marcas, criado pela autarquia federal, de modo que, tanto o depósito, quanto demais atos, como apresentação da oposição, requisição de cópia do conteúdo da oposição, cumprimento de exigências, pagamento de decênis, etc, poderão ser solicitados via Internet (INPI, 2013).

Outrossim, vale ressaltar que no momento do depósito poderá haver a indicação de eventual prioridade marcária. Para tanto, basta anexar ao pedido documento probatório e, no mesmo ato, o pedido de registro recebe um número de identificação do seu processo e a data de apresentação do pedido é considerada sua data de depósito oficial (IDEM, 2013).

Por conseguinte, o pedido formal de análise da marca deverá ser procedido junto ao órgão competente, o INPI, concernente a um único sinal distintivo e a uma única classe, devendo apontar a especificação dos produtos e/ou serviços, de acordo com a classificação imposta pela Classificação Internacional de Produtos e Serviços (INPI, 2013).

Em relação ao exame de mérito do pedido de registro, este ocorre após 60 dias da publicação do presente pedido na Revista de Propriedade Industrial (RPI), havendo ou não oposição. Assim, os profissionais do INPI realizam a pesquisa de anterioridade, que consiste na verificação de pedido de registro igual ou semelhante, depositado ou registrado anteriormente, após, são analisados os documentos apresentados com o pedido de registro, bem assim às eventuais oposições de terceiros interessados (INPI, 2013).

Se houver inércia por parte do solicitante do registro durante o exame, o respectivo pedido será definitivamente arquivado, não cabendo recurso contra essa decisão. Ainda, será verificada pelo examinador a incidência ou não das hipóteses contidas nos artigos 124, 125, 126 e 129, § 1º, da LPI, quais sejam: (i) sinais não registráveis, (ii) marca de alto renome, (iii) marca notoriamente conhecida, e (iv) primeiro uso de boa-fé (BRASIL, 1996).

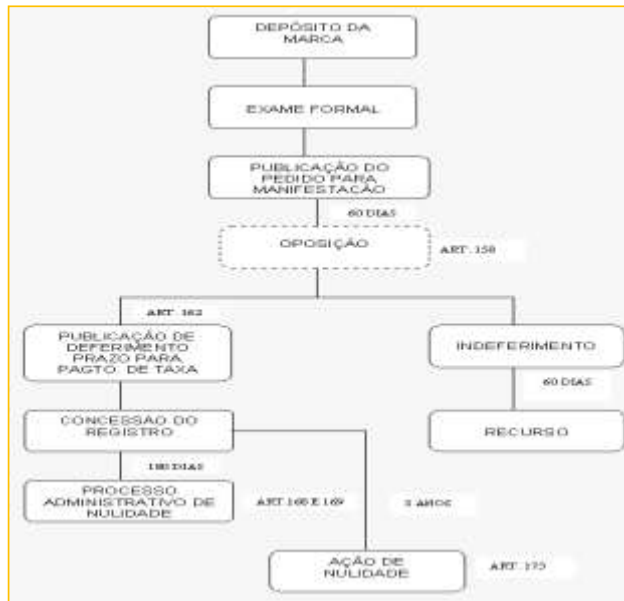
Finda esta análise, o INPI publiciza uma das opções seguintes: (i) o sobrestamento do exame do pedido de registro mais recente até publicação da decisão final do pedido de registro anterior, caso exista marca depositada anteriormente, apontada como impeditiva na busca de anterioridade; ou (ii) o deferimento do pedido de registro, momento em que o requerente deve efetuar o pagamento das taxas finais para expedição do certificado de registro da marca e proteção ao primeiro decênio; ou (iii) o indeferimento do pedido de registro, apontando o dispositivo legal que fundamentou sua decisão.

Com efeito, em publicação recente, a Confederação Nacional de Indústria (CNI), menciona em sua obra o cabimento de recurso no lapso temporal de 60 dias a partir da publicação da decisão de indeferimento do pedido de registro. Sendo recebido nos efeitos suspensivo e devolutivo. As partes interessadas serão intimadas para, querendo, oferecer contrarrazões à impugnação. Publicada a decisão em sede recursal, mantendo o indeferimento ou reformando a decisão, encerra-se a discussão pela via administrativa, surgindo a possibilidade de ajuizamento de ação na via judicial (CNI, 2013).

Ainda, a Lei de Propriedade Industrial (LPI), prevê em seu artigo 168 o processo administrativo de nulidade (PAN), o qual pode ser instaurado por qualquer pessoa interessada, tanto física como jurídica, desde que apresente justa fundamentação. Este pode ocorrer de ofício, ou seja, por iniciativa própria do INPI, objetivando a revisão de seu ato concessório de registro. O prazo para sua interposição é de 180 dias, havendo a possibilidade de impugnação, conforme menção anterior (BRASIL, 1996).

Por fim, cumpre ressaltar a impossibilidade de interposição de qualquer recurso contra a decisão proferida em sede do PAN, a qual tem efeitos retroativos, encerrando-se a via administrativa. Por conseguinte, vislumbra-se a possibilidade de acionar o Poder Judiciário (IDEM, 1996).

Com intuito de sintetizar o procedimento supramencionado, apresenta-se o esquema abaixo:



Fonte: INPI 2013

#### 4. O Procedimento do Registro de Marcas no Peru

Com o intuito de proceder à comparação entre os procedimentos de registros marcários do Brasil e Peru, cumpre, primeiramente, delinear sobre o conceito peruano de marca, apresentado o seu respectivo órgão competente, bem como a pertinente legislação e o procedimento em pauta.

Inicialmente, deve-se apresentar uma definição de marca para o Direito Peruano. Por conseguinte, colaciona-se tal conceito da Decisão 486 do Regime Comum da Comissão da Comunidade Andina, Tratado Internacional firmado entre os países andinos, que entrou em vigência no ano de 2000, que assim dispõe:

Artículo 134.-A efectos de este régimen constituirá marca cualquier signo que sea apto para distinguir productos o servicios en el mercado. Podrán registrarse como marcas los signos susceptibles de representación gráfica. La naturaleza del producto o servicio al cual se ha de aplicar una marca en ningún caso será obstáculo para su registro (PARLAMENTO ANDINO, 2013).

Carlos A. Cornejo Guerrero complementa o tema marcário asseverando que “[...] dichos signos son denominados marcas de producto, lós cuales tienen una conformación y funcione particulares. Lo mismo ocurre respecto de lós servicios prestados por diversas personas naturales o jurídicas, los que también son susceptibles de ser distinguidos com sus respectivas marcas de servicio.” (GUERRERO, 2007).

Ao analisar o referido conceito, depreende-se que para o Direito Peruano a marca é um signo que serve para diferenciar produtos e/ou serviços distintos, prestados por pessoas, tanto jurídicas como físicas.

Ainda, o referido autor ressalta que a marca é considerada um bem incorporal, uma entidade ideal, uma concepção da inteligência, podendo existir mediante o registro, mesmo sem sua utilização. Outrossim, importante frisar, que no Peru, atualmente, o som e o cheiro podem ser objetos de registro marcário.

Com o fito de fundamentar a supramencionada afirmação, extrai-se da já citada Decisão 486, e do seu artigo 134, *in verbis*:

“Artículo 134- [...] Podrán constituir marcas, entre otros, los siguientes signos:  
a) las palabras o combinación de palabras;  
b) las imágenes, figuras, símbolos, gráficos, logotipos, monogramas, retratos, etiquetas, emblemas y escudos;  
c) los sonidos y los olores;  
d) las letras y los números;

- e) un color delimitado por una forma, o una combinación de colores;
- f) la forma de los productos, sus envases o envolturas;
- g) cualquier combinación de los signos o medios indicados en los apartados anteriores. (grifou-se) (PERU, 2000).

Igualmente, cumpre comentar que a normatização mais antiga, a Decisión 85 do Acuerdo de Cartagena, de 26 de maio de 1969, que originou o Parlamento Andino, somente permitia a constituição de marcas, através de signos visíveis. Dessa forma, constata-se um avanço significativo no Direito Marcário do Peru e demais países signatários a partir da Decisión Andina 486 (PARLAMENTO ANDINO, 2013).

Conforme os ensinamentos do professor Carlos A. Carnejo Guerrero, o Peru é regido pelo sistema atributivo de aquisição do direito de marcas, por conseguinte, obtendo o direito do uso exclusivo da mesma, mediante seu registro, o qual outorga a proteção exclusiva pelo prazo concedido em lei de 10 anos (GUERRERO, 2007).

Por oportuno, deve-se destacar o órgão competente no Peru para o procedimento marcário, qual seja, o Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), criado em novembro de 1992, mediante o Decreto Lei n. 25868, é uma pessoa jurídica de direito público interno, com autonomia funcional, econômica e administrativa (INDECOPI, 2013).

Outrossim, o referido órgão objetiva a promoção do mercado peruano e a proteção dos direitos dos consumidores, bem como resguarda todas as formas de propriedade, como marcas, direitos do autor, patentes e biotecnologia (IDEM, 2013).

Para viabilizar a solicitação de registro de uma marca e definir seu âmbito de proteção, é indispensável a utilização da Classificação Internacional de Produtos e Serviços, estabelecida em virtude do Arreglo de Niza de 15 de junho de 1957, modificado pelo pela 8ª edição, vigente desde 2002 (ESTOCOLMO, 1967).

Com efeito, para manter vigente o registro de uma determinada marca, com o passar do lapso temporal de 10 anos, é necessário proceder a sua renovação, que pode iniciar com 6 meses de antecedência ao referido limite de tempo. Ainda, vale mencionar que há um período de graça de 6 meses após a expiração de seu prazo de registro. Esta, uma vez solicitada, ocorre automaticamente, consoante o artigo 153 da Decisión Andina 486 (PERU, 2000).

#### 4.1 Da oposição à solicitação de registro de marcas

Dentro de 30 dias consecutivos à publicação do pedido de registro, a pessoa interessada poderá opor-se, de maneira fundamentada, ao referido pedido. Conseqüentemente, o órgão competente notificará o solicitante do pedido de registro para contestar a oposição e, após esses procedimentos, analisará os respectivos requerimentos, de acordo com os artigos 146 e 148 da legislação supramencionada (IDEM, 2000).

Vale mencionar que, contra a decisão de 1º grau, caberá o pedido de reconsideração ou apelação. Com a análise em segundo grau, esgota-se a via administrativa, surgindo a possibilidade de ajuizamento de ação junto ao Poder Judiciário.

#### 4.2 Da Caducidade, Cancelamento e Anulação do Registro

Como dantes mencionado, o registro de uma marca tem o prazo de 10 anos e, se não for renovado, ocorrerá a caducidade, trazendo como consequência a perda ou a limitação do direito do titular sobre a respectiva marca.

Já o cancelamento de uma marca ocorrerá quando, sem motivo justificado, esta fique sem uso em pelo menos um dos países membros da Comunidade Andina, durante três anos antecedentes à presente ação de cancelamento. Ainda, neste caso, o cancelamento da marca por falta de uso, poderá ocorrer apenas a limitação desta aos produtos e/ou serviços que a utilizava, ou seja, a restrição à marca recairá apenas nos bens que não “marcados” (*OPUS CITATUM*, 2000).

O professor Carlos A. Carnejo Guerrero, alerta para a possibilidade de haver o cancelamento ou limitação de uma marca, de ofício ou mediante solicitação da parte interessada, quando o titular desta provocar ou tolerar a perda da aptidão distintiva de sua marca (GUERRERO, 2007).

Quanto à anulação de uma marca, a autoridade competente decretará de ofício ou através de solicitação de qualquer pessoa e a qualquer momento. As hipóteses de anulação absoluta de um registro de marca são verificadas quando contrariam os dispositivos 134 e 135 da Decisión 486 (IDEM, 2007).



Enquanto que a nulidade relativa ocorre quando o registro efetuado tenha ido de encontro à previsão do artigo 136 ou em casos de constatação de má-fé. Algumas hipóteses que ensejarão a nulidade em comento são:

Artículo 136- No podrán registrarse como marcas aquellos signos cuyo uso en el comercio afectara indebidamente un derecho de tercero, en particular cuando:

a) sean idénticos o se asemejen, a una marca anteriormente solicitada para registro o registrada por un tercero, para los mismos productos o servicios, o para productos o servicios respecto de los cuales el uso de la marca pueda causar un riesgo de confusión o de asociación;

(...)

e) consistan en un signo que afecte la identidad o prestigio de personas jurídicas con o sin fines de lucro, o personas naturales, en especial, tratándose del nombre, apellido, firma, título, hipocorístico, seudónimo, imagen, retrato o caricatura de una persona distinta del solicitante o identificada por el sector pertinente del público como una persona distinta del solicitante, salvo que se acredite el consentimiento de esa persona o, si hubiese fallecido, el de quienes fueran declarados sus herederos;

(...)

h) constituyan una reproducción, imitación, traducción, transliteración o transcripción, total o parcial, de un signo distintivo notoriamente conocido cuyo titular sea un tercero, cualesquiera que sean los productos o servicios a los que se aplique el signo, cuando su uso fuese susceptible de causar un riesgo de confusión o de asociación con ese tercero o con sus productos o servicios; un aprovechamiento injusto del prestigio del signo; o la dilución de su fuerza distintiva o de su valor comercial o publicitario." (IDEM, 2000).

Por fim, deve-se mencionar que se houver a incidência de uma das hipóteses do artigo acima citado, poderá ocorrer a nulidade apenas para alguns produtos e/ou serviços da lista a que se prestava a marca objeto de análise da presente ação, limitando o seu registro (IDEM, 2000).

##### 5. Comparações entre os Procedimentos de Registro de Marcas do Brasil e Peru

No que tange à definição de marca, constata-se que o Brasil considera tão somente sinais visualmente perceptíveis, excluindo as marcas sensoriais (sonoras e olfativas). Em relação ao procedimento marcário brasileiro, verificou-se a possibilidade de fazê-lo de forma integralmente virtual, mediante o programa eletrônico e-Marcas, elaborado pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI).

Quanto ao procedimento de registros de marcas, o Brasil contém exame formal e de mérito, com algumas peculiaridades que distinguem de outros sistemas, ressaltando-se o requisito de comprovação por parte do requerente que, à época do depósito, realizava efetivamente a atividade comercial (produtos e/ ou serviços), de forma lícita.

No que se refere aos sistemas, a legislação pátria adota o misto, em virtude de assegurar ao usuário anterior de boa-fé a possibilidade de requerer seu direito, sendo este considerado personalíssimo, intransferível. De outra banda, o Peru aplica o sistema atributivo de aquisição do direito de marcas, ou seja, detém a titularidade quem registra no órgão competente, tendo proteção marcária pelo prazo de 10 anos.

No âmbito internacional, o Brasil e o Peru são signatários de tratados internacionais, como a Convenção da União de Paris de 1883 (CUP) e *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights* (TRIPS), contudo, o Peru também é membro do Tratado Internacional firmado entre os países andinos, qual seja, a Decisión Andina 486, bem assim da Decisión 85 do Acuerdo de Cartagena, que originou o Parlamento Andino.

Quanto à perda ou limitação do registro marcário pela caducidade, conforme analisado anteriormente, pode decorrer da ausência de utilização da marca pelo prazo de 5 anos, sendo que a utilização com acentuadas diferenças à marca registrada equivale ao desuso. O registro caduca com o requerimento de qualquer pessoa, com legítimo interesse. Enquanto que no Peru, o lapso temporal para tal cabimento é de 3 anos, sendo chamado de cancelamento, uma vez que o termo caducidade é utilizado para referenciar a perda da marca por falta de renovação (GUERRERO, 2007).

Por sua vez, o Direito Marcário Peruano considera a marca como um bem incorporal, uma entidade ideal, como no Brasil. Outrossim, importante frisar, acreditando ser o ponto que mais diferencia os dois países em comento é que, atualmente, o Peru confere a possibilidade de registro de uma marca sensorial (som e o cheiro), conforme o artigo 134 da Decisión Andina



486, colacionado anteriormente. Nesse ponto, deve-se admitir que o Direito Andino avançou significativamente, em comparação ao Brasil, pois confere amplitude na proteção de produtos e/ou serviços.

Entretanto, ao contrapor a sua autarquia (INDECOPI) com a brasileira (INPI), a segunda avançou mais, em virtude do desenvolvimento dos referidos serviços virtuais, mediante o programa e-Marcas, enquanto que o primeiro não possui serviço semelhante, sendo realizado, por tanto, de maneira estritamente física.

## 6. Considerações Finais

De início, cumpre ressaltar que o tema ora esposado demonstrou ser de suma importância, pois como se pôde verificar, o Direito Marcário está presente no cotidiano de qualquer indivíduo, realizando a sua função social, no sentido de ampliar a proteção, tanto do empresário, como do consumidor dos produtos ou serviços disponibilizados no mercado.

O tema foi introduzido mediante uma breve apresentação da origem das marcas, objetivando a contextualização histórica da mesma, bem assim trazendo as principais definições sobre a marca.

Na sequência, foi analisado o procedimento de registro de marcas no Brasil, demonstrando as condições em que se realizam. Para tanto, foi ressaltado o Instituto Nacional de Propriedade Industrial, autarquia federal pátria responsável pelo respectivo processamento. Ainda, tratou-se do procedimento virtual do INPI, o qual promove a ampliação da acessibilidade dos solicitantes de registros ao referido órgão.

Em seguida, analisou-se o procedimento dos registros de marcas do Peru, apresentando o órgão equivalente ao INPI, qual seja, o Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI).

Por conseguinte, delimitou-se o supramencionado procedimento, analisando a questão da possibilidade de oposição à solicitação de registro de marcas, bem como os institutos da caducidade, do cancelamento e da anulação.

Ao final, com um aporte suficiente de informações a respeito do presente tema, realizou-se uma breve comparação entre os dois procedimentos marcários, apontando as principais peculiaridades dos países em pauta.

Por fim, conclui-se que os procedimentos ora analisados são semelhantes, no sentido de conferir, da melhor maneira possível e de acordo com as respectivas legislações concernentes à matéria, segurança jurídica ao empresário diligente e informado de seus direitos, quanto ao registro de sua marca, como também aos consumidores dos produtos detentores de marcas.

De outra banda, extrai-se que tanto um país quanto o outro tem a evoluir e trocar experiências com seus procedimentos, legislações e aplicabilidade. Enquanto o Brasil zela pela salvaguarda do usuário anterior de boa-fé, o Peru é referência quanto à proteção de marcas sonoras e olfativas. Por outro lado, o Brasil permite o trâmite completamente online, de modo a facilitar o acesso de qualquer lugar do mundo para fins procedimentais, já o Peru possui uma corte internacional capaz de julgar casos marcários.

Assim, mediante esse breve ensaio, intentou-se trazer o assunto sobre o registro de marcas para que se discuta e conheça um direito extremamente importante, ainda mais em países com grande vocação inventiva, capacidade de empreendedorismo e criativos, como o Brasil e o Peru.

## 7. Referências

- ABRÃO, Eliane Yachoub (organizadora) et al. Propriedade Imaterial: direitos autorais, propriedade industrial e bens de personalidade, São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2006.
- BARBOSA, Denis Borges, Uma Introdução à Propriedade Intelectual, 2ª Ed., São Paulo: Lumen júris. Disponível em: <<http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/livros/umaintro2.pdf>>. Acesso em: 13.10.2013.
- BRASIL, Confederação Nacional da Indústria. Propriedade Industrial Aplicada: Reflexões para o Magistrado. Brasília : CNI, 2013.
- COPETTI, Michele. Registro de Marcas - propulsor para o desenvolvimento? In: Welber Barral; Luiz Otávio Pimentel. (Org.). Propriedade Intelectual e Desenvolvimento. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.
- GUERRERO, Carlos Alejandro Cornejo, Los Orígenes de La Marca, Lima – Peru: Editorial Cuzco S.A.C., 2008.

GUERRERO, Carlos Alejandro Cornejo; Derecho de Marcas. Lima – Peru: Editorial Cuzco S.A.C., 2007.

Instituto Nacional de Propriedade Intelectual. Manual do usuário e-Marcas. Disponível em: [http://www.inpi.gov.br/images/docs/manual\\_do\\_usuario\\_e-marcas\\_-\\_versao\\_2\\_2\\_final\\_0.pdf](http://www.inpi.gov.br/images/docs/manual_do_usuario_e-marcas_-_versao_2_2_final_0.pdf)  
Acesso em 14.10.2013.

VIEIRA, Marcos Antônio, Propriedade Industrial – Marcas – História – Legislação Comentários – Jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_Lei 5.648 de 11 de dezembro de 1970, Cria o Instituto Nacional da Propriedade Industrial e dá outras providências. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5648.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5648.htm)>  
Acesso em 13.10.2013.

\_\_\_\_Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996, que regula os direitos e as obrigações relativas à propriedade industrial, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9279.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm)>  
Acesso em: 13.10.2013.

\_\_\_\_Arreglo de Niza Relativo a la Clasificación Internacional de Productos y Servicios para el Registro de las Marcas del 15 de junio de 57 revisado en Estocolmo el 14 de julio de 1967. Disponível em: [http://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/es/classification/nice/pdf/trtdocs\\_wo019.pdf](http://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/es/classification/nice/pdf/trtdocs_wo019.pdf).>  
Acesso em 15.10.2013.

\_\_\_\_Decreto n. 1355 de 30 de Dezembro de 1994, Promulgo a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/anexo/and1355-94.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and1355-94.pdf)> Acesso em: 13.10.2013.

\_\_\_\_Decisión 85 do Acuerdo de Cartagena, de 26 de maio de 1969, Disponível em: <<http://www.parlamentoandino.org/index.php/2013-02-21-16-33-17/2013-02-21-16-33-51/acuerdo-de-cartagena>> Acesso em 14.10.2013.

\_\_\_\_Decisión 486, Régimen Común sobre Propriedade Industrial, de 14 de setembro de 2000. Disponível em: <<http://www.sice.oas.org/trade/junac/decisiones/dec486s4.asp>> Acesso em: 14.10.2013.

\_\_\_\_El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPÍ). Disponível em: <[http://www.indecopi.gob.pe/0/modulos/JER/JER\\_Interna.aspx?ARE=0&PFL=0&JER=600](http://www.indecopi.gob.pe/0/modulos/JER/JER_Interna.aspx?ARE=0&PFL=0&JER=600)>  
Acesso em 15. 10.2013.

### 1.1.4 Cooperação internacional no novo Código de Processo Civil<sup>1</sup>

Mônica Michelotti Loureiro<sup>2</sup>  
Orientador: Cristiano Becker Isaia<sup>3</sup>

#### Resumo

Nas últimas décadas, o aumento crescente da globalização impulsionou o fenômeno jurídico da Cooperação interjurisdicional tornando necessária a criação de regulamentações que facilitem uma cooperação segura e efetiva interestados. Este panorama fez com que se tornasse imprescindível a criação de mecanismos legais satisfaçam as demandas atuais regulando a matéria. No entanto, muitos dos procedimentos jurídicos tradicionalmente utilizados não contribuem para a efetividade da Cooperação internacional. Assim, por meio do método dedutivo e do procedimento de pesquisa bibliográfico, este trabalho buscou analisar a previsão legal da Cooperação Jurídica Internacional no projeto do novo Código de Processo Civil, bem como, como vêm sendo utilizado esse instituto até os dias atuais e a matéria já existente para regulá-la. O trabalho concluiu que a incorporação de um capítulo próprio sobre a temática no projeto do novo Código de Processo Civil é louvável, pois, pode, de fato, colaborar para a efetivação de direitos que envolvem produção de provas em territórios estrangeiros, através do auxílio direto.

**Palavras-Chave:** Cooperação Jurídica Internacional. Novo Código de processo Civil. Auxílio Direto.

#### Introdução

Em meados do século XXI com a globalização a todo o vapor os Estados são “obrigados” a manterem relações principalmente devido a grande circulação de pessoas, bens e serviços. Em decorrência desse intenso contato interestados surge cotidianamente a necessidade de cooperação jurídica internacional. Por isso, os Estados se vem obrigados a aderirem a tratados ou participarem de convenções internacionais regulando a matéria, bem como, a criarem suas próprias leis orientadores de como será realizado o procedimento de cooperação dentro do território nacional.

No Brasil as regras atualmente em vigor em matéria civil a respeito da Cooperação jurídica internacional estão em alguns artigos da Constituição Federal, da Lei de introdução ao código Civil (atual LINDIB- Lei de introdução às normas do direito brasileiro), do Código de processo Civil e do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Além disso, o projeto do novo código de processo civil traz como inovação importante a instituição expressa do Princípio da Cooperação. Está previsto no art. 8º do projeto, localizado no Livro I, parte Geral e por isso regerá todo o ordenamento processual civil. Em síntese, esse princípio institui o dever de ambas as partes colaborarem para a rápida solução do litígio, deixando de realizar atos meramente procrastinatórios, agindo sempre com boa-fé e lealdade.

Ao prever a obrigatoriedade de cooperação entre as partes da relação processual o projeto do código também criou o título II em que trata da Cooperação Internacional (art.21 ao art. 41) o que é louvável, pois assim, como as partes no processo devem cooperar da forma mais eficiente possível, também os órgãos judiciais terão a sua disposição uma série de mecanismos mais ágeis, a fim de que, a cooperação no âmbito internacional seja eficaz ao processo civil, e também a outros ramos do direito subsidiariamente.

Os mecanismos para a Cooperação serão definidos pela lei processual interna de cada país. No Brasil, os mecanismos de Cooperação Jurídica Internacional são a carta rogatória, a ação de homologação de sentença estrangeira e o auxílio direto. Nesse artigo almeja-se tratar a temática da Cooperação Jurídica internacional de forma ampla, apresentando cada um dos mecanismos utilizados pelo Brasil, além de, discutir acerca da inserção de um capítulo próprio a respeito desse tema no projeto do novo Código de Processo Civil.

<sup>1</sup> Artigo originário da pesquisa desenvolvida no grupo de pesquisa do curso de direito da Universidade Federal de Santa Maria - NEAPRO (Núcleo de estudos avançados em Processo Civil).

<sup>2</sup> Graduanda em Direito na Universidade Federal de Santa Maria. Pesquisadora do Núcleo de estudos avançados em Processo Civil – NEAPRO/UFSM. monicaml24@gmail.com.

<sup>3</sup> Doutor em Direito Público pela Unisinos/RS. Professor dos cursos de graduação em Direito da Unisinos/RS e Unifra/RS. Advogado. E-mail do autor: cbisaia@terra.com.br.

Esse trabalho se insere na área de concentração de Novos Direitos, Internacionalização e Multiculturalismo, principalmente por fazer parte dos dois primeiros temas, primeiramente porque a temática do artigo envolve a criação de novos direitos em nossa legislação, os quais sejam capazes de acompanhar o crescimento de outras áreas de desenvolvimento, e isso é o que ocorre especificamente com o tema da cooperação jurídica internacional, um cotidiano que a muitos tempo faz parte das relações entre países, mas nunca com a intensidade dos dias atuais, por isso, a criação de novos direitos regulamentados quanto essa matéria em nossa legislação é imprescindível. Além disso, inegável a simbiose da cooperação interestados com a internacionalização, haja vista, que quanto mais trocas ocorrerem entre os Estados Nacionais, sejam elas econômicas, políticas ou culturais, delas resultar-se-á relações jurídicas e conflitos, os quais necessitam na maioria dos casos, de cooperação entre os países de pessoas ou empresas envolvidos.

1- O que já existe no direito brasileiro a respeito da cooperação jurídica internacional em matéria civil

A cartilha do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional descreve a Cooperação Jurídica Internacional como:

A Cooperação Jurídica Internacional é o instrumento por meio do qual um Estado pede a outro que execute a decisão sua ou profira decisão própria sobre litígio que tem lugar em seu território. Solicitar cooperação é um modo formal de “bater à porta” de outro Estado e requerer sua ajuda para afirmar a justiça no caso concreto. (BRASIL, 2012).

A cooperação jurídica internacional é necessária quando um processo, seja administrativo ou judicial, depende de providências que estão fora do alcance do território nacional em que ele é conduzido. Enfim, nesse caso específico, as regras e princípios que regulam a matérias serão de extrema importância, pois se estará lidando com direitos e garantias individuais, bem como, com a soberania nacional. Existem duas formas de Cooperação Jurídica interestados: A cooperação ativa quando o Estado Brasileiro requer a cooperação de um país estrangeiro e a cooperação passiva quando um Estado estrangeiro reclama a cooperação do Brasil.

A Convenção de Haia de 1970 já tratava do procedimento das cartas rogatórias (um dos mecanismos de cooperação jurídica internacional) relativa à obtenção de provas no exterior. O capítulo I da Convenção de Haia disciplina o procedimento das cartas rogatórias entre os Estados contratantes. O artigo 1º delimita o objeto do capítulo, prescrevendo que qualquer autoridade judicial de um Estado requerente, em matéria civil ou comercial, pode requerer à autoridade judicial competente de outro Estado requerido, por meio de carta rogatória, a obtenção de prova ou de qualquer outro ato judicial, de acordo com o ordenamento do Estado requerido.

Além, disso, a Convenção de Haia prevê a flexibilização do meio de envio da carta rogatória, já possivelmente para evitar a ineficiência do mecanismo, entretanto, na prática até os dias atuais a demora em seu procedimento se mostra um empecilho à efetivação da justiça.

Para desempenhar a coordenação da execução da Cooperação tem-se a figura da Autoridade Central, que é o órgão responsável pela boa condução da cooperação jurídica que cada Estado realiza com os demais países. Atualmente o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), da Secretaria Nacional de Justiça, do Ministério da Justiça, exerce o papel de autoridade central brasileira para a cooperação jurídica internacional. (BRASIL, 2012).

A Autoridade Central tem como função receber, analisar, adequar, transmitir e acompanhar o cumprimento de pedidos de cooperação internacional, dentro dessa análise fará o controle do cumprimento aos requisitos da lei do Estado requerido, bem como do tratado que fundamenta o pedido, se for o caso.

A base jurídica da Cooperação Internacional pode partir de vários instrumentos, entre eles: acordos bilaterais, tratados regionais e multilaterais, e para alguns países, com base na promessa de reciprocidade, como é o caso do Brasil. Assim, como esses instrumentos internacionais os Estados se comprometem a dar cumprimento aos pedidos provenientes de outros Estados- parte.

Várias medidas podem ser solicitadas por meio da Cooperação Internacional como a troca de informações sobre a legislação, citações, intimações, obtenção de provas, concessão de benefício da assistência jurídica gratuita, pagamento da prestação de alimentos, entre outras hipóteses.

Portanto, o instituto da Cooperação Jurídica Internacional é de grande relevância para os Estados, pois regula situações jurídicas de mútua cooperação em que está em jogo a soberania dos Estados.

## **2 - Cooperação Passiva e a execução dos pedidos de recuperação recebidos no Brasil.**

No Brasil, atualmente, os mecanismos internos definidos em lei para dar cumprimento aos pedidos passivos de cooperação são a carta rogatória e o auxílio direto. A carta rogatória tem como objeto atos não-decisórios e atos decisórios não definitivos, ou seja, por meio dela solicita-se que seja executado no Brasil ato que foi proferido por autoridade judiciária estrangeira. Assim, por meio da Carta rogatória não cabe às autoridades brasileiras exercer cognição de mérito sobre o que é solicitado.

Chegando uma carta rogatória no Brasil o Superior Tribunal de Justiça será o órgão competente para conceder ou não o *exequatur* (do latim significa “executar”, “execute-se”), de acordo com o art. 105, I, inc. i da Constituição Federal. Se o *exequatur* for concedido à carta rogatória será remetida ao juiz federal do Estado para ser cumprida, e depois disso devolvida ao Superior Tribunal Federal (STF) para que seja remetida ao país de origem.

Ao fazer essa análise para concessão do *exequatur* o Superior Tribunal de Justiça (STJ) não fará a análise do mérito das razões que levaram a autoridade estrangeira a decidir pela solicitação dessa diligência, no entanto, apreciará quatro questões: 1) a competência internacional da autoridade que lavrou a decisão; 2) possibilidade de contraditório prévio; 3) ausência de coisa julgada; 4) não ofensa a ordem pública. (BRASIL, 2012).

O Código de Processo Civil em seu art. 210 determina que na ausência de tratado que disponha de modo diverso as cartas rogatórias devem tramitar por via diplomática. Ou seja, a cooperação passiva será baseada em tratado e na sua ausência na via diplomática.

Outro mecanismo de Cooperação jurídica internacional que possibilidade maior celeridade e segurança é o auxílio direto. Nele as autoridades brasileiras não proferem o *exequatur*, nem homologam ato jurisdicional estrangeiro, mas por meio dele a autoridade brasileira conhece dos fatos trazidos pela autoridade requerente para então proferir uma decisão nacional. (BRASIL, 2012). O procedimento do auxílio direto será que a autoridade central brasileira faz o encaminhamento da documentação e do pedido do Estado estrangeiro a Advocacia-Geral da União (AGU), a qual exercerá a representação judicial do caso e buscará a obtenção necessária junto ao juízo Federal competente. Por fim, quando obtida a informação a Autoridade Central brasileira a encaminhará à autoridade central do Estado requerente.

Quando o pedido é recebido, ele é encaminhado à autoridade competente, a qual realizará a diligência solicitada, ou se for o caso, pleiteará medida junto ao juízo federal de primeira instância. No auxílio direto o procedimento será idêntico ao que ensejaria um caso nacional, aplicando-se as regras processuais brasileiras, e suas garantias. Ele pode ter sua previsão por tratado ou por reciprocidade.

A ação de homologação de sentença estrangeira é outro mecanismo de cooperação, é ato jurisdicional não sujeito a recurso.

## **3-Mecanismos para a cooperação jurídica internacional Ativa**

A cooperação é ativa quando quem a requer é o Estado Brasileiro a um país estrangeiro. Novamente a autoridade requerente deverá formular o pedido e encaminhá-lo para a Autoridade Central, a qual o transmitirá para o país estrangeiro.

O que deve constar no pedido vai variar de acordo com as leis do Estado requerido, o tratado que o fundamenta e a medida requerida. Em regra, somente os juízes possuem legitimidade ativa para requererem a cooperação jurídica internacional civil. Entretanto, se o requerimento versar sobre temas específicos disciplinados por tratados, nesses casos os particulares poderão procurar diretamente a Autoridade Central de seu país. (BRASIL, 2012).

O Brasil poderá solicitar a países estrangeiros através da cooperação ativa: troca de informações sobre a legislação dos países, citações e intimações, obtenção de provas (inclusive por meio de teleconferência ou videoconferência), concessão do benefício da assistência jurídica gratuita, até o pagamento da prestação de alimentos e a restituição de crianças ao seu país de residência habitual. (BRASIL, 2012).

O Brasil é um país predominantemente requerente, o que significa que participamos bem mais da Cooperação internacional ativa que da passiva. Os principais países destinatários dos pedidos de cooperação jurídica internacional são: Estados Unidos, Portugal, Argentina e Japão. (BRASIL, 2012). Juntaram-se gráficos em anexos que mostram a porcentagem dos



Pedidos de Cooperação considerando o país estrangeiro entre os anos de 2004 e 2011 e a porcentagem dos pedidos de Cooperação em que o Brasil é demandante (ativo) e demandado (passivo) entre os anos de 2004 e 2011.

Portanto, sendo o Brasil um país mais requerente do que requerido em matéria de Cooperação Internacional, se torna imprescindível que utilize mecanismos eficientes e céleres e que simultaneamente protejam a soberania nacional, a fim de que, os países requerentes quando forem requeridos pelos Brasil nos tratem com a devida reciprocidade.

#### **4- A cooperação Jurídica Internacional no projeto do Novo Código de Processo Civil.**

A globalização acentuada trouxe como consequência a crescente movimentação de pessoas, bens, serviços, informações e capitais entre os Estados, sendo imprescindível, cada vez mais mecanismos que possibilitassem aos países desenvolver o auxílio mútuo para lograrem exercer com plenitude a atividade jurisdicional.

O Presidente da Comissão do projeto da reforma da legislação processual brasileira, Ministro Luiz Fux, manifestou-se na CR 438:

Esta Corte, com a nova competência que lhe foi atribuída pela EC 45/2004, deve se atentar às necessidades da cooperação internacional, em especial no tocante ao combate ao crime organizado transnacional, e possibilitar aos demais Estados estrangeiros a investigação de ditas organizações criminosas, através da concessão do exequatur de cartas rogatórias com esse fim. (GRUPO DE PROFESSORES DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. SUGESTÕES SOBRE ALGUNS ITENS DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL INTERNACIONAL PARA O PROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, pag. 1).

Nesse momento o Ministro se referia a Cooperação jurídica internacional na esfera penal, entretanto, as regras de cooperação jurídica internacional em matéria civil são muitas vezes utilizadas em casos penais, e representam uma obrigação aos Estados Nacionais na medida em que há um estreitamento das relações jurídicas que envolvem cidadãos e empresas provenientes de distintos países.

O projeto do novo código de processo Civil representa um grande avanço a respeito da cooperação jurídica internacional para o Brasil. Apesar de já existirem artigos esparsos na legislação a respeito do tema é a primeira vez que um Código traz um capítulo específico sobre a matéria, reunindo matérias já consolidadas com suas respectivas alterações e trazendo novidades.

Para a obtenção de provas no Brasil através da Cooperação pode ser usada a tradicional Carta rogatória ou o auxílio direto em solicitações que o juiz nacional exercerá cognição do pedido através de uma ação autônoma no Brasil. Diante da insuficiência dos métodos clássicos os Estados pensaram em outros meios mais eficientes para propiciar a colaboração interestatal e criaram o auxílio direto. O art. 7, parágrafo único, da Resolução 09 de 2005 do STJ, dispôs pela primeira vez no Brasil sobre o cabimento do auxílio direto, a redação dele dispõe:

Parágrafo único. Os pedidos de cooperação jurídica internacional que tiverem por objeto atos que não ensejem juízo de delibação pelo Superior Tribunal de Justiça, ainda que denominados como carta rogatória, serão encaminhados ou devolvidos ao Ministério da Justiça para as providências necessárias ao cumprimento por auxílio direto. (Supremo Tribunal de Justiça- STJ. Resolução 09 de 04 de maio de 2005).

Portanto, a Resolução 09 do STJ já criava a figura do auxílio direto, apesar da pouca descrição a respeito de como seria utilizado o auxílio direto, apenas previa que os pedidos que tivessem por objeto atos que não ensejassem juízo de delibação pelo STJ seriam encaminhadas ou devolvidas ao Ministério da Justiça para providências, ainda que tivessem denominados como carta rogatória. Assim, o projeto do novo Código de processo Civil desenvolverá essa temática em seus artigos, esclarecendo o uso desse instituto.

Assim, o projeto do novo CPC consagrou essa nova modalidade de cooperação interjurisdicional estabelecendo em seu art. 28 que quando a medida não decorrer diretamente de autoridade jurisdicional estrangeira e puder ser integralmente submetida à autoridade judiciária brasileira, o pedido seguirá o procedimento de auxílio direto. Percebe-se que esse primeiro artigo, da sessão II- Do auxílio Direto, praticamente repetiu a redação do parágrafo único do art. 7º da Resolução 09 do STJ.

O auxílio direto dentro da temática cooperação do novo Código assume um papel central, pois facilita e integra a cooperação entre os Estados. Portanto, para os casos que não



emanam de cumprimento de decisão estrangeira (nesses casos será cabível a homologação de sentença estrangeira ou a carta rogatória) o auxílio direto propiciará a concretização da obtenção transnacional dessas medidas de maneira mais célere e eficiente.

O artigo 26 do projeto do código é o primeiro do capítulo e preceitua:

Art. 26. A cooperação jurídica internacional será regida por tratado do qual o Brasil seja parte e observará:

- I – o respeito às garantias do devido processo legal no Estado requerente;
- II – a igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros, residentes ou não no Brasil, em relação ao acesso à justiça e à tramitação dos processos, assegurando-se assistência judiciária aos necessitados;
- III – a publicidade processual, exceto nas hipóteses de sigilo previstas na legislação brasileira ou na do Estado requerente;
- IV – a existência de autoridade central para a recepção e transmissão dos pedidos de cooperação;
- V – a espontaneidade na transmissão de informações a autoridades estrangeiras.

§ 1º Na ausência de tratado, a cooperação jurídica internacional poderá realizar-se com base em reciprocidade, manifestada por via diplomática.

§ 2º Não se exigirá a reciprocidade referida no § 1º para a homologação de sentença estrangeira.

§ 3º Na cooperação jurídica internacional não será admitida a prática de atos que contrariem ou que produzam resultados incompatíveis com as normas fundamentais que regem o Estado brasileiro.

§ 4º O Ministério da Justiça exercerá as funções de autoridade central na ausência de designação específica. (SENADO FEDERAL. PROJETO DE LEI NO 6.025, DE 2005, AO PROJETO DE LEI NO 8.046, DE 2010, AMBOS DO SENADO FEDERAL, E OUTROS, QUE TRATAM DO “CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL”).

Ou seja, nesse artigo fixam-se os princípios que regem a cooperação jurídica internacional em que o Brasil for parte. Além disso, em seus parágrafos estabelece que a cooperação realizar-se-á com base na reciprocidade se houver ausência de tratado entre os países envolvidos, ressalvado o caso de homologação da sentença estrangeira que não se baseará na reciprocidade, ainda, o § 3º prevê que não se admitiram atos que produzam resultados incompatíveis com as normas fundamentais que regem nosso Estado e o § 4º que o Ministério da Justiça é que exerce a função de autoridade central, se não existir outros designação específica.

Já o art. 27 do projeto traz as situações que poderão ser objeto de cooperação. Veja-se:

Art. 27. A cooperação jurídica internacional terá por objeto:

- I – citação, intimação e notificação judicial e extrajudicial;
- II – colheita de provas e obtenção de informações;
- III – homologação e cumprimento de decisão;
- IV – concessão de medida judicial de urgência;
- V – assistência jurídica internacional;
- VI – qualquer outra medida judicial ou extrajudicial não proibida pela lei brasileira.

Esse artigo não faz distinção nessas hipóteses dos incisos quanto ser a cooperação passiva ou ativa, portanto, em um primeiro momento aplica-se para as duas.

Posteriormente, do artigo 28 ao artigo 34 tem-se a sessão do Auxílio Direto, prevendo o art. 29 que a solicitação do auxílio direto será encaminhada à autoridade central do país requerido, conforme estabelecido em tratado.

Na sequência o art. 30 prevê que além dos casos previstos em tratados que o Brasil seja parte, outras hipóteses que serão objeto de auxílio direto, vejam-se:

Art. 30. Além dos casos previstos em tratados de que o Brasil seja parte, o auxílio direto terá os seguintes objetos:

- I – citação, intimação e notificação judicial e extrajudicial, quando não for possível ou recomendável a utilização do correio ou meio eletrônico;
- II – obtenção e prestação de informações sobre o ordenamento jurídico e sobre processos administrativos ou jurisdicionais findos ou em curso;
- III – colheita de provas, salvo se a medida for adotada em processo, em curso no estrangeiro, de competência exclusiva da autoridade judiciária brasileira;
- IV - qualquer outra medida judicial ou extrajudicial não proibida pela lei brasileira.

O artigo 31 prevê que a autoridade central brasileira (que atualmente é o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), da Secretaria Nacional de Justiça, do Ministério da Justiça) irá se comunicar diretamente com as autoridades centrais de outros países e se for o caso com órgãos estrangeiros responsáveis pela tramitação e execução de pedidos de cooperação em que o Brasil seja requerente ou requerido.

Já o artigo 32 prevê que na hipótese que o auxílio versão sobre atos que segundo a lei brasileira não necessitem de prestação jurisdicional, a autoridade central adotará medidas para que seja cumprida. Posteriormente, o art. 33 do projeto preceitua que recebido o pedido de auxílio direto passivo a autoridade central irá encaminhá-lo a Advocacia Geral da União que requererá em juízo a medida. Para por fim a essa sessão o art. 34 determina que a competência para apreciar o pedido de auxílio direto passivo que demande prestação de atividade jurisdicional será do juiz federal do lugar em que deva ser executada a medida.

Posteriormente, a sessão III desse capítulo em dois artigos (art. 35 e art. 36) tratará especificamente da Carta rogatória. Por meio da carta rogatória a autoridade judicial estrangeira solicita a prática de qualquer ato judicial, desde que respeitando as convenções internacionais que o Estado seja parte. Transcrevem-se os art. 35 e 36 que falam da matéria no projeto do novo Código de Processo Civil:

Art. 35. Dar-se-á por meio de carta rogatória o pedido de cooperação entre órgão jurisdicional brasileiro e estrangeiro para prática de ato de citação, intimação, notificação judicial, colheita de provas, obtenção de informações e de cumprimento de decisão interlocutória.

Ou seja, se um estado estrangeiro necessitar de auxílio para a prática de ato de citação, intimação, notificação judicial, colheita de provas, obtenção de informações ou cumprimento de decisão interlocutória poderá pedir a cooperação à autoridade central brasileira através de carta rogatória.

Art. 36. O procedimento da carta rogatória perante o Superior Tribunal de Justiça é de jurisdição contenciosa e deve assegurar às partes as garantias do devido processo legal.

§ 1º A defesa restringir-se-á à discussão quanto ao atendimento dos requisitos para que o pronunciamento judicial estrangeiro produza efeitos no Brasil.

§ 2º Em qualquer hipótese, é vedada a revisão do mérito do pronunciamento judicial estrangeiro pela autoridade judiciária brasileira.

Assim, o procedimento da carta rogatória começara quando à autoridade central do país estrangeiro a entrega à autoridade central brasileira, ou vice versa, essas a repassarão ao Supremo Tribunal de Justiça – STJ no caso da carta rogatória passiva (solicitadas por autoridades estrangeiras) que examinará se é cabível a concessão do *exequatur*. Como destacado no art. 36 do projeto, nesse momento, o STJ assegurará às partes as garantias do devido processo legal e a defesa deve restringir-se a discussão quando atendimento para que o pronunciamento judicial estrangeiro produza efeitos no Brasil, não apenas questões de mérito do caso, pois é vedada a revisão do mérito do pronunciamento judicial estrangeiro pela autoridade brasileira.

Com a entrada em vigor no novo código de processo Civil provavelmente a resolução 09 do STJ continuará em vigendo, por isso, como estabelece seu artigo 14, após cumprida a carta rogatória ela será devolvida ao Presidente do STJ, e será remetida por ele à autoridade judiciária de origem por meio do Ministério da Justiça ou do Ministério da relações exteriores.

Por fim, o Capítulo II termina com a sessão IV, referente Das disposições comuns às sessões que vai do artigo 37 do projeto ao artigo 41.

Art. 37. O pedido de cooperação jurídica internacional oriundo de autoridade brasileira competente será encaminhado à autoridade central para posterior envio ao Estado requerido para lhe dar andamento.

Art. 38. O pedido de cooperação oriundo de autoridade brasileira competente e os documentos anexos que o instruem serão encaminhados à autoridade central, traduzidos para a língua oficial do Estado requerido.

Os artigos 37 e 38 se referem à cooperação jurídica internacional ativa, pois é a autoridade nacional quem solicita a realização de atos que deverão ser realizados no exterior. O primeiro regulamenta que o pedido de cooperação será encaminhado da autoridade brasileira competente (a que necessita a realização do ato) para à autoridade central brasileira

e está a encaminhará para o Estado requerido a fim de que ele lhe de andamento. O segundo artigo traz a exigência de que o pedido e a documentação que o instrui serão encaminhados traduzidos para a língua oficial do Estado requerido à autoridade central brasileira, ou seja, a tradução será um ônus para o juízo local que requer o ato.

Art. 39. O pedido passivo de cooperação jurídica internacional será recusado se configurar manifesta ofensa à ordem pública.

Art. 40. A cooperação jurídica internacional para execução de decisão estrangeira dar-se-á por meio de carta rogatória ou de ação de homologação de sentença estrangeira, de acordo com o art. 972.

Art. 41. Considera-se autêntico o documento que instruir pedido de cooperação jurídica internacional, inclusive tradução para a língua portuguesa, quando encaminhado ao Estado brasileiro por meio de autoridade central ou por via diplomática, dispensando-se ajuramentação, autenticação ou qualquer procedimento de legalização.

Parágrafo único. O disposto no caput não impede, quando necessária, a aplicação pelo Estado brasileiro do princípio da reciprocidade de tratamento.

Já últimos artigos do capítulo referentes a cooperação jurídica internacional tratam da cooperação passiva, exigindo adaptações por parte dos Estados estrangeiros para que tenham suas solicitações realizadas. Assim, o artigo 39 prevê que a cooperação será recusada se configurar manifesta ofensa à ordem pública, um conceito amplo que precisará ser interpretado em casos concretos. Na sequência o art. 40 diz que a execução estrangeira dar-se-á por carta rogatória ou ação de homologação de sentença, de acordo com o art. 972 do projeto, isso se depreende porque o auxílio direto não versa sobre fatos já praticados no estrangeiro, como já foi comentado.

Por fim, o art. 41 do projeto destaca a não possibilidade de exigências de ajuramentações, autenticações ou qualquer outro procedimento legal para reconhecimento de autenticidade de instrumento que instruir o pedido quando encaminhado por meio de autoridade central ou por via diplomática, destacando em seu parágrafo único que poderá ser usado o princípio da reciprocidade caso Estados estrangeiros façam esse tipo de exigência.

### Considerações Finais

Este trabalho procurou abordar a importância da criação da legislação a respeito dos novos mecanismos na Cooperação Jurídica Internacional, haja vista a insuficiência de procedimentos tradicionais, como a carta rogatória, os quais muitas vezes não dão conta da grande demanda existente atualmente de pedidos de cooperação. Buscou-se dar enfoque principalmente as alterações propostas no projeto do novo código de Processo Civil quanto à matéria disciplinada em seu capítulo II.

Primeiramente objetivou-se trabalhar com uma visão geral de como se desenvolve a cooperação internacional, ativa ou passiva, bem como, os mecanismos previstos para cada uma delas, dividiu-se a cooperação passiva em seus quatro mecanismos que são cartas rogatórias, homologação de sentenças estrangeiras e auxílio direto. O último capítulo foi específico sobre as novidades trazidas sobre a matéria no projeto do novo Código de Processo Civil.

Destaca-se que a matéria 'e muito rica 'e ampla não se almejando esgotar todas as inquietudes a respeito da temática de cooperação jurídica internacional, entretanto, o foco principal desse trabalho foi alertar para a importância da inserção da matéria em nosso "novo" código de processo Civil. Em um capítulo próprio, não mais tratando a carta rogatória como se fosse o único mecanismo existente nas tratativas de processos interjurisdicionais, trazendo o auxílio direto em uma sessão própria.

Claro que a simples inserção da matéria no Código de Processo Civil não resolve todas as dificuldades enfrentadas na teoria e na prática a respeito do tema cooperação jurídica internacional. No entanto, tendo em vista, que até o momento, apesar de o Brasil haver ratificado vários tratados e convenções internacionais a respeito do tema, ainda não existe no ordenamento jurídico brasileiro um conjunto de normas voltadas especificamente ao tratamento dos mecanismos de cooperação jurídica internacional daí o grande importância dessa inovação em nosso código.

Ainda, a relevância de trazer um capítulo Da cooperação jurídica internacional para o interior do Código Processual estará no contato que terão com ele os profissionais e acadêmicos do curso de Direito, haja vista, que a matéria não será apenas mais um item dentro do direito internacional privado, mas fará parte da estrutura do processo Civil, bastando

que surja um procedimento a ser cumprido no exterior para que se faça uso de um dos mecanismos da Cooperação jurídica internacional.

Nesse contexto, tendo em vista a crescente globalização, a inserção desse instituto dentro do processo civil é imprescindível devido a grande demanda por assistência mútua entre os Estados. Assim, considerar a Cooperação jurídica internacional parte do direito processual brasileiro será uma avanço com vistas a garantir segurança e estabilidade para as relações internacionais.

#### Referências

Advocacia Geral da União. **Cooperação Jurídica Internacional- Acordos multilaterais e bilaterais de cooperação jurídica internacional**. 2009. Disponível em: [http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTextoThumb.aspx?idConteudo=113478&ordenacao=1&id\\_site=4922](http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTextoThumb.aspx?idConteudo=113478&ordenacao=1&id_site=4922). Acesso em: 12 out 2013.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei No 6.025, De 2005, ao Projeto de Lei No 8.046, De 2010, ambos do Senado Federal, e outros, que tratam do “Código De Processo Civil”**. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/dellore/files/2013/07/ncpc-aprovado-comissao-camara-jul13.pdf>. Acesso em: 14 out 2013.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Justiça. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional. **CARTILHA COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL EM MATÉRIA CIVIL**. Brasília, DF, 2012.

Grupo de professores de direito internacional Privado. **SUGESTÕES SOBRE ALGUNS ITENS DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL INTERNACIONAL PARA O PROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**. Disponível em: <http://www.bfbm.com.br/shared/download/artigo-grupo-professores-direito-internacional-privado-encaminha-sugestoes-comissao-reforma-CPC.pdf>. Acesso em 13 out 2013.

JUNIOR, Márcio Mateus Barbosa. **O novo Código de Processo Civil e o Auxílio Direto: Contexto do Direito Brasileiro Contemporâneo**. Âmbito Jurídico.com.br. Disponível em:

[http://ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9943&revista\\_caderno=21#\\_ftn3](http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9943&revista_caderno=21#_ftn3). Acesso em: 15 out. 2013.

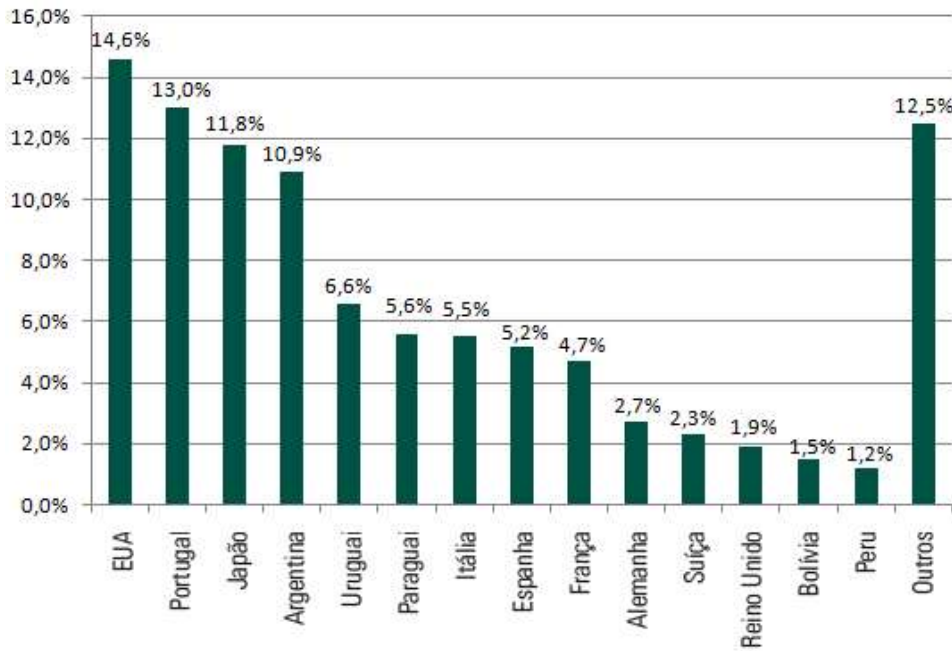
Ministério da Justiça. **Cooperação internacional**. Portal do Ministério da Justiça. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/cooperacao/data/Pages/MJDFBD6D24PTBRNN.htm>. Acesso em: 11 out. 2013.

Ministério da Justiça. **Mecanismos de Cooperação**. Portal do Ministério da Justiça. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BE1AEA228-4A3C-41B5-973D-C4DF03D90402%7D&Team=&params=itemID=%7BB07566BF-EED6-4A01-8FE9-08345CB79EC0%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>. Acesso em: 11 out. 2013.

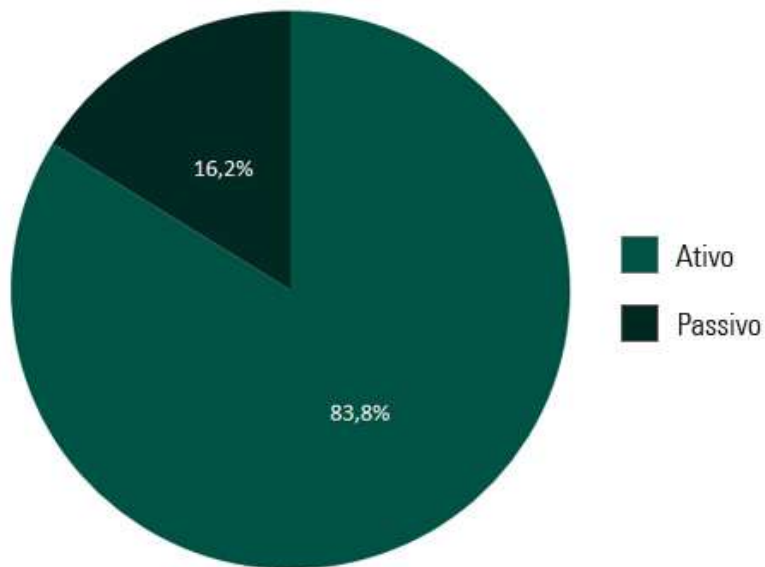
Supremo Tribunal de Justiça- STJ. **Resolução 09 de 04 de maio de 2005**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/legislacao/doc.jsp?livre=cartas+rogat%F3rias&&b=LEGI&p=true&t=&l=20&i=1>. Acesso em 12 out. 2013.

#### Anexos

Porcentagem dos Pedidos de Cooperação considerando o país estrangeiro (destinatário ou remetente) - Período de 2004 a julho de 2011:



Porcentagem dos Pedidos de Cooperação em que o Brasil é demandante (ativo) e demandado (passivo) - Período de 2004 a julho de 2011:





### 1.1.5 Propriedade intelectual: o direito das marcas e a proteção ao consumidor<sup>1</sup>

Luciana de Almeida Stamm Melo<sup>2</sup>

Luciane Maria Padoin Dias<sup>3</sup>

Luciana Manica Gossling<sup>4</sup>

**Resumo:** O artigo em pauta visa explicar de maneira elementar a propriedade intelectual, na relação entre o Direito das Marcas e a relação com os consumidores. Destarte, a pretensão é verificar através de uma reflexão teórica uma melhor compreensão sobre a temática no intuito de perquirir as bases conceituais que sustentam esse sistema. Com isso, o assunto a ser abordado se expõe a partir dos institutos – consumidor e marca – os quais fazem parte do amplo mercado de consumo e andam juntos e conectados no dia-a-dia das pessoas o que de pronto o insere na área de concentração de Direito, Sociedades Globalizadas e Diálogo entre Culturas, e igualmente, na linha de pesquisa Constitucionalismo, Concretização de Direitos e Cidadania, posto que, existe a necessidade de demonstração de proteção aos direitos dos consumidores frente ao Direito das Marcas.

**Palavras- Chave:** Propriedade intelectual. Marcas. Consumidor.

#### Considerações Iniciais

Inicialmente busca-se entender o que é propriedade intelectual, pois é preciso conhecer rapidamente a mesma para que se possa discuti-la frente ao Direito das Marcas e a relação com o consumidor.

Os direitos de propriedade intelectual vêm provocando diversos questionamentos a respeito de sua expansão e limites, de modo que conjeturar sobre a essência e objetivos de tais direitos se mostra uma tarefa de extrema proeminência acadêmica e social.

Segundo, procura-se compreender a marca, uma vez que, é um dos institutos mais presentes na vida dos consumidores. Tal instituto perfaz-se por uma representação gráfica, a qual possui como finalidade informar os consumidores sobre sua identidade, qualidade, origem e demais informações necessárias.

Terceiro, cabe ressaltar, a importância de ilustrar a relação consumerista, por óbvio o intuito não é aprofundar o assunto, mas tão somente examinar em linhas gerais a relação entre o fornecedor e consumidor intensificando a necessidade de proteção deste através dos princípios norteadores da lei 8.078/90 não adentrando no resguardo sistematizado de proteção ao fornecedor.

Dessa maneira, há de se considerar o principal objetivo que é a relação entre o Direito das Marcas e a relação com o consumidor, posto que, a marca visa assegurar a proteção em relação ao seu titular perante os demais produtos e/ou serviços colocados no mercado, mas também, deve ser observada a relação da marca com os interesses do consumidor e sua proteção. Visto que a função das marcas possui força vinculante na garantia de produtos/serviços para o consumidor conforme definido na lei nº 8.078/90.

Por fim, dentro dos critérios estabelecidos pela Carta Magna de 1988 em seu artigo 5º, XXIX que assegura proteção a propriedade das marcas cabe ressaltar a capacidade de contribuição para o consumidor, e ainda, a sua fidelidade na relação consumerista.

Com isso, a importância da temática abordada se apresenta a partir do momento que os institutos – consumidor e marca – fazem parte do amplo mercado de consumo e andam juntos e conectados no dia-a-dia das pessoas o que de pronto o insere na área de concentração de Direito, Sociedades Globalizadas e Diálogo entre Culturas.

Ainda, fortalecendo a justificativa para este trabalho cabe confirmar a sua linha de pesquisa Constitucionalismo, Concretização de Direitos e Cidadania, posto que, existe a necessidade de demonstração dos direitos dos consumidores frente ao Direito das Marcas tendo por intenção a comprovação da responsabilidade do fornecedor que se utiliza da marca

<sup>1</sup> Artigo desenvolvido na disciplina de Propriedade Intelectual na Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA)- RS. Ano: 2013/1 e 2013/2.

<sup>2</sup> Acadêmica de Direito da Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA)- RS. 9º semestre. Ano: 2013/2. E-mail: lucianastamm@ymail.com

<sup>3</sup> Orientadora Prof.ª Ms. na área de Direito Civil. Professora de Direito do Consumidor na Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA)- RS. Advogada. E-mail: luciane@fadisma.com.br

<sup>4</sup> Orientadora Prof.ª Esp. em Direito Processual Civil, Direito Público e Direito da Propriedade Intelectual. Professora de Direito Internacional e Propriedade Intelectual na Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA)- RS. Advogada. E-mail- luciana@manicaermanica.com.br

em garantir uma relação de consumo baseada na boa-fé, confiança e qualidade do produto/serviço oferecido.

### 1. Propriedade Intelectual na Tutela do Direito das Marcas

Inicialmente a propriedade intelectual era definida de forma mais restrita, o que abarcava tão somente os direitos autorais, segundo Barbosa (2003, p.01).

Mas, posteriormente, a Convenção da OMPI (Organização Mundial da Propriedade Intelectual), definiu-a como direitos relativos às obras literárias, artísticas, científicas, radiodifusão, as invenções em todos os domínios da atividade humana, às invenções, as marcas, ou seja, direitos inerentes que englobam a atividade intelectual nos domínios industrial, científico, literário e artístico.

Ainda, instrui Barbosa:

Tem-se, assim, correntemente, a noção de Propriedade intelectual como a de um capítulo do Direito, altissimamente internacionalizado, compreendendo o campo da Propriedade industrial, os direitos autorais e outros direitos sobre bens imateriais de vários gêneros. (BARBOSA, 2003, p. 01).

A propriedade intelectual compreende atualmente um conjunto de normas, ou seja, um conjunto jurídico disperso de princípios e regras que abrangem as espécies de criações intelectuais, as quais podem resultar na exploração comercial e/ou vantagem econômica para o titular na satisfação de seus interesses.

Ademais, pode-se entender que o termo “propriedade” confere direitos sobre um determinado bem a uma determinada pessoa, logo, ao conjunto desses direitos, confere o valor de proteção e exclusividade a todas as inspirações e/ou criações que resultam da capacidade humana, isto é, intelectual.

Dessa maneira, acresce-se o seguinte entendimento:

[...] a palavra Propriedade nos fornece a ideia de uso, desde que não contrário à lei, bem como o poder de impedir terceiro de utilizá-la sem a devida autorização do proprietário.

A Propriedade Intelectual inicialmente é uma forma de proteger a criação humana, através da implementação de direito de apropriação ao homem sobre suas criações, obras e produções do intelecto, talento e engenho. (WANGHON, 2013, p. 01).

Desse modo, a doutrina compreende a propriedade intelectual dividida em dois grupos, quais são os direitos autorais e a propriedade industrial, sendo que este último positivado na Convenção de Paris de 1883, em seu artigo 1º, parágrafo segundo. Nesse sentido, a doutrina indica a esses dois grupos elementos comuns, “a imaterialidade do seu objeto (incorpóreo e intangível)”, segundo Pimentel (2005, p.19).

Por fim, ao que importa é que a propriedade industrial tem como finalidade proteger os direitos relativos às marcas cabendo de acordo com a lei ao INPI (Instituto Nacional de Propriedade Industrial) a repressão quando incidência de violação de direitos (art. 2º da lei 9.279/96). Pois, conforme ressalta Pimentel (2005, p.95), “o regime jurídico de proteção à propriedade intelectual de marcas é o mesmo conferido à propriedade industrial pela legislação brasileira”.

A marca é um dos institutos mais importantes da propriedade industrial, visto que, é uma das entidades mais presentes na vida dos consumidores, a qual possui previsão legal na Lei nº 9.279/96, na Convenção da União de Paris de 1883, no TRIPS (Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights), ao qual o Brasil anuiu através do Decreto nº 1355 no ano de 1994.

Segundo Barbosa (2003, p.797), a marca é apreciada por todas as empresas como sendo a modalidade da propriedade intelectual de maior relevância devido ao nome que adere, conseqüentemente, realiza no mercado consumerista a incidência de uma relação de causa-efeito, ou seja, utiliza-se do seu maior ou menor potencial do seu produto ou serviço na conquista do consumidor através da força do seu signo distintivo.

Leciona o autor:

Os direitos sobre os signos distintivos são direitos de clientela em sua forma mais flagrante. A situação perante o mercado conseguida pela empresa depende da produção de coisas e serviços capazes de satisfazer as necessidades econômicas, como também depende de que o público seja capaz de identificar a coisa e o serviço como tendo as qualidades necessárias. (BARBOSA, 2003, p.798-799).

Pode-se perceber que o nome do produto ou serviço determina o mercado de concorrência, a qualidade, a confiança do consumidor, enfim, o seu mundo é estabelecido pela força de sua marca.

No entanto, tendo maior abrangência no mercado de concorrência, isto é, sistema de oferta/procura, ou ainda, entendê-lo como um sistema de qualidade/procura/confiança torna-se indispensável à proporcionalidade direta de sua responsabilidade ao produto ou serviço oferecido.

Nessa sequência, pode-se compreender a marca como um “sinal gráfico distintivo cujo objetivo é informar os consumidores do produto ou serviço por ela qualificado sobre sua identidade e procedência”, conforme entende Albuquerque (2010, p.01).

Com isso, dentro de percepções finalísticas a marca possui ainda a proteção constitucional:

Art. 5º...

XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;

Ainda, segundo Pedro Paranaguá:

[...], atualmente, as marcas constituem sinais distintivos usados para assinalar, identificar e distinguir, de forma única, determinados produtos e serviços de outros afins, semelhantes ou idênticos, de origem diversa.

[...], uma marca representa o núcleo de um negócio, simbolizando a origem de um produto ou serviço, bem como as qualidades adquiridas durante sua existência. (PARANAGUÁ, 2009, s.p).

Além disso, cabe ressaltar que, no Brasil, as marcas são “sinais distintivos visualmente perceptíveis”, ou seja, qualquer outro sinal, ainda que distintivo, se não for perceptível aos olhos humanos, não é passível de proteção pelo ordenamento jurídico brasileiro, assim determina o artigo 122 da LPI.

Leciona Albuquerque (2010, p.01), “a marca é um mecanismo que providencia uma diferenciação entre os produtos existentes no mercado, a qual ocorre pela qualidade do produto”, por ora ofertado, e ainda, pode ser composta por palavras, símbolos ou signos que a diferenciem dos demais produtos ou serviços existentes no mercado, já que, possuem as mais variadas funções quais são identificadora, distintiva, atrativa, social, etc.

Assim determina a Lei da Propriedade Industrial:

Art. 123. Para os efeitos desta Lei, considera-se:

I - marca de produto ou serviço: aquela usada para distinguir produto ou serviço de outro idêntico, semelhante ou afim, de origem diversa;

Nesse sentido, leciona Fontes (2006, p.19), “a proteção que o direito brasileiro confere à marca é restrita à classe que o produto ou serviço pertence, de acordo com a classificação elaborada pelo INPI”.

Portanto, a marca é um sinal com intuito de distinguir a origem dos produtos e serviços com a finalidade única de simbolizar e indicar a origem do produto ou serviço.

Nas palavras de Barbosa (2003, p.803), a marca é um sinal visualmente representado que necessita de dois requisitos a capacidade de simbolizar bem como a capacidade de indicar a origem específica do produto ou serviço sem que haja confusão ao destinatário final por ora entendido como consumidor dentro desse processo de comunicação/informação.

Igualmente, pode-se afirmar nesse contexto que a marca possui uma função que objetiva uma imagem reconhecível seja do produto/serviço o que se torna proeminente no processo da atividade empresarial desenvolvida, posto que, através da publicidade expande-se o território do produto/serviço expressando não só o universo do Direito das Marcas como também, assume-se no mercado de concorrência o investimento do produto/serviço para que alcance o resultado primordial que é a qualidade do produto, e consequentemente a confiança do destinatário final (consumidor).

Doutrina Barbosa:

O vínculo substantivo entre marca e qualidade encontra eco no disposto no Código da Propriedade Industrial (art. 139), pelo qual o licenciador de uma marca tem o dever de manter o controle de qualidade [...].

Tal vínculo entre a marca e o produto (a 'veracidade') parece estar ainda mais clara com o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078 de 12/09/1990), em que a marca aparece como compromisso substantivo de qualidade que pode ser resgatado pelo usuário final dos serviços ou pelo adquirente das mercadorias ou produtos designados pela marca. (BARBOSA, 2003, p.820).

Em linhas gerais, a marca constitui uma criação intelectual, a qual serve de mecanismo para a diferenciação no campo da concorrência mercadológica que deve ter como objetivo a proteção do consumidor através do cumprimento da função do seu signo distintivo, já que muitas vezes torna-se o ativo mais prezado do seu titular devido ao seu valor essencial em tempos hodiernos devido à pluralidade de produtos/serviços oferecidos no mercado.

## 2. Breve Análise da Relação Jurídica de Consumo e os Princípios Norteadores

A relação consumerista é o acoplamento jurídico entre o consumidor e o fornecedor, a qual é regulada pela lei 8.078/90 que dispõe sobre a proteção do consumidor. Tal relação jurídica é guiada por princípios que ajuízam valores tutelados e resguardados. Assim, pode-se compreender o consumidor como elemento essencial na formação do Direito das Marcas, porquanto, proteger à marca é garantir ao mesmo tempo ao consumidor a habilidade de descobrir o bom e o mau produto/serviço no que se alude à vinculação da marca a estes quando adquirida em uma relação de boa-fé e confiança.

Desse modo, a Política Nacional de Relações de Consumo no entendimento de Manucci (2000, p.01), buscam o equilíbrio entre o consumidor e fornecedor tendo como finalidade assegurar a proteção e defesa do adquirente.

Determina o Código de Defesa do Consumidor:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

- I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;
- II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:
  - a) por iniciativa direta;
  - b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;
  - c) pela presença do Estado no mercado de consumo;
  - d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.

Doutrina Barletta (2002, p.110), que "toda a legislação consumerista parte do intuito tutelar o consumidor". Entende a autora que a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 3º, III busca garantir uma isonomia não apenas formal entre as pessoas, mas sim substancial na tentativa de uniformizar uma situação real de desigualdade entre consumidores e fornecedores.

Corroborando a esse entendimento, Manucci (2000, p.01) refere que "geralmente as relações de consumo surgem através de um negócio jurídico compreendido entre duas ou mais pessoas geradas através de princípios contratuais básicos". Alegando que devido à propagação no âmbito comercial as relações consumeristas conhecem um desenvolvimento "*pari passu*", ou seja, em igualdade de condições, amparadas pela lei 8.078/90 a fim de abrigar os interesses do consumidor na realização das práticas comerciais.

Apoia Corrêa:

[...] o mau uso das marcas gera danos aos consumidores, tornando este objeto de tutela específica. Para tanto, é importante se observar que o consumidor, tutelado de forma geral pelo CDC, estabelece algumas situações específicas que devem ser consideradas para que se possa obter uma premissa adequada que norteará a compreensão sobre a situação jurídica do consumidor. (CORRÊA, 2009, p. 10)

Diante do que foi explanado torna-se imprescindível à análise dos princípios norteadores da relação de consumo quais são vulnerabilidade do consumidor, boa-fé, confiança e equilíbrio das relações entre consumidores e fornecedores.

O princípio da vulnerabilidade do consumidor é o fundamental nas relações de consumo porque assegura que o consumidor, parte mais frágil, terá garantido a proteção face ao fornecedor. Com ele, busca-se equiparar uma relação que é, por natureza, desigual.

Instrui Fabiana Barletta:

Diante do constatado desequilíbrio entre consumidores e fornecedores no mercado de consumo, a Lei 8078/90 consagrou a intervenção legislativa e interpretativa nessa seara e alçou a vulnerabilidade do consumidor à categoria do princípio do estatuto consumerista, na forma do artigo 4º da lei. Observe-se que a vulnerabilidade do consumidor pode ser técnica, capaz de gerar enganos sobre a utilidade do bem ou de seus caracteres pelo fato de o consumidor não dispor de conhecimentos específicos sobre o objeto ou o serviço a ser adquirido. (BARLETTA, 2002, p.113-114).

Com isso pode-se entender que a relação de consumo deve reconhecer a vulnerabilidade do consumidor devido ao mesmo não entender muitas vezes o produto ou serviço que adquire ou que lhe é ofertado.

Ainda confirma esse entendimento Corrêa:

A vulnerabilidade técnica é própria dos casos em que o consumidor desconhece as especificidades do produto ou serviço que está adquirindo, enquanto que o fornecedor – titular da marca – possui todo o conhecimento sobre o produto ou serviço que está ofertando. (CORRÊA, 2009, p.11).

Na concepção de Claudia Lima Marques (2006, p.320), “existem quatro tipos de vulnerabilidade: a técnica, a jurídica, a fática e a informacional”, a qual não suspende a vulnerabilidade técnica trazida pelos demais doutrinadores, mas visivelmente enfatiza a vulnerabilidade informacional afirmando que “esta vulnerabilidade é essencial à dignidade do consumidor, principalmente como pessoa física”, (MARQUES, 2006, p.331). Pois, a vulnerabilidade informacional revela a atonia do consumidor em conseguir as informações indispensáveis para a compreensão do produto e/ ou serviço que está sendo oferecido ou até mesmo adquirido.

Finalizando, Corrêa (2009, p.13) informa que a vulnerabilidade deve ser graduada ao que pese os limites ao exercício do Direito das Marcas, ou seja, nos eventos em que o titular da marca ou um terceiro desautorizado faz uso desta no mercado de consumo causando prejuízos ao consumidor.

Igualmente, ainda sobre a égide da análise princípios pertinentes aplicáveis têm-se a boa-fé e confiança. O primeiro revela-se segundo Barletta (2002, p.117) como “uma regra de conduta imposta às partes que se relacionam, proporcionando um dever de cooperação”.

Contudo Claudia Lima Marques (2006, p.799), considera o princípio da boa-fé como aquele que busca a harmonia das relações de consumo, no entanto, acresce o princípio da transparência por considerá-lo como reflexo da boa-fé, isto é, a postura contratual entre as partes devem estar interligadas pela lealdade, solidariedade e cooperação. Ademais, o princípio da transparência permite a clareza das informações do produto/serviço, logo, não ocorrendo à mesma recai-se para a vulnerabilidade informacional da relação consumerista o que de pronto afasta a boa-fé.

Além do mais, Corrêa realiza a conexão entre a marca e os princípios norteadores do Código de Defesa do Consumidor:

Desta forma, a identificação da origem e a valorização da atividade do titular, nada mais são do que a informação e os cuidados inerentes e pretendidos pelo titular da marca ao divulgar seu produto ou serviço. Tais fatores são objetivos de todos os produtores e prestadores de serviço que atuam com base na boa-fé, já que buscam prosperar com base no reconhecimento do público de sua atividade e excelência dos produtos produzidos e/ou serviços prestados. (CORRÊA, 2009, p. 14).

Além disso, a confiança é primordial em qualquer relação estabelecida. Claudia Lima Marques assim define:

Instituído pelo CDC para garantir ao consumidor a adequação do produto ou serviço para evitar riscos e prejuízos oriundos dos produtos ou serviços, para assegurar o ressarcimento do consumidor, em caso de insolvência, de abuso, desvio da pessoa jurídica fornecedora, para regular também alguns aspectos da inexecução contratual do próprio consumidor. (MARQUES, 2006, P.1145).

Portanto, a autora entende que o princípio da confiança reflete em várias questões da relação contratual, por assim entender que a função social do contrato, transforma o contrato de consumo propriamente dito não só em um instrumento jurídico que fomenta a movimentação das riquezas do mercado, mas também se torna um mecanismo que exige o cuidado para a realização dos interesses do consumidor, (MARQUES, 2006, p. 1142).



Ainda, é salutar discorrer sobre o princípio do equilíbrio das relações de consumo, pois no que concerne a relação firmada entre o fornecedor e consumidor imprescindível que seja constituída tal relação observando a necessidade de uma forma justa e equilibrada atendendo os interesses das partes.

Nesse sentido, Fabiana Barletta compreende:

Ainda que se sustente que as partes são livres para manifestar suas vontades, sabe-se que a desigualdade material entre elas faz com que essa pressuposta liberdade torne-se cada dia mais falaciosa, reclamando, pois, intervencionismo estatal a fim de preservar o equilíbrio da relação contratual entre pessoas possuidoras de condições substancialmente diversas. (BARLETTA, 2002, p.123).

É importantíssimo constatar que o equilíbrio das relações de consumo possui observância nos princípios constitucionais que permitem a proteção do consumidor na relação de consumo objetivando para que não haja o induzimento de erro, dúvida ou confusão ao produto/serviço oferecido ou adquirido. Por isso, notável é a acuidade do estudo dos princípios aplicáveis na relação consumerista para “alcançar a justiça contratual”, conforme Marques (2006, p. 873).

Ao fim, a breve análise dos princípios aplicáveis à relação de consumo permitirá uma melhor compreensão na relação entre o Direito das Marcas e o consumidor.

Nas palavras de Bonatto e Moraes:

Fica demonstrado, igualmente, que a Lei Consumerista é, acima de tudo, uma lei de ordem pública e de interesse social (art.1º do CDC), profundamente baseada na Constituição de 1988, não podendo ser um diploma legal tendencioso, conforme alguns mal informados tentam fazer crer, mas, sim, uma Consolidação de princípios, de regras e de valores da mais alta relevância, [...]. (BONATTO; MORAES, 2001, 57-58).

É evidenciada a significativa importância dos princípios não somente para uma pura e simples interpretação normativa, mas para uma função social, ou seja, organizar a relação entre fornecedor e consumidor.

### 3. Direito das Marcas e a Relação Consumerista

Presentemente, a Lei nº 9.279/96 exerce o papel para disciplinar a matéria do Direito das Marcas em seus artigos 122 a 175. De tal modo, tal instituto possui a finalidade de realizar a distinção dos produtos e/ou serviços oferecidos com o designio de não confundir o destinatário final, ou seja, o consumidor, uma vez que a Carta Magna, em seu artigo 5º, XXXII, determina que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

Nesse sentido confere Corrêa:

O consumidor, visto como elemento estrutural do direito de marcas, na medida em que uma das justificativas à proteção das marcas é justamente garantir ao consumidor a capacidade de discernir o bom e o mau produto, tem vinculação direta aos fornecedores nos casos de responsabilidade pelo fato ou vício do produto e do serviço, principalmente no que se refere à marca agregada ao produto ou serviço se adquirida a partir de uma relação baseada na boa-fé e confiança. (CORRÊA, 2009, p.08).

Destarte, cabe observar que a tendência atual indica que as marcas, inicialmente desenvolvidas com a função de dar uma identidade a produtos e/ou serviços, para distingui-los de outros semelhantes ou até mesmo idênticos, porém de procedência diversa, cada vez mais possuem o poder de entusiasmar a demanda do consumidor.

Desse modo, entende Albuquerque (2010, p.01) que os “empresários buscam associar a seus produtos e serviços um valor intangível, valor este que poderia e deveria segundo seus esforços publicitários ser rapidamente deduzido pelos consumidores”, isto é, pela presença de uma determinada marca.

Em regra o destinatário final, quando adquire um produto e/ou serviço, atualmente, é determinado pelas mais variadas motivações para pactuar a relação consumerista devido à expansão mercadológica existente, principalmente quando ele é fascinado pela força da marca. Assim, há de se observar se a necessidade que leva este destinatário final a consumir é legítima ou aparente, o que muitas vezes o leva ao engano em relação à qualidade do produto.

Dessa maneira, corrobora Corrêa:

Diante deste quadro, no qual o consumidor passa a consumir marcas e não necessariamente produtos ou serviços, na medida em que é atraído pela força

promocional e o valor agregado à marca, e também nos casos de produtos ou serviços necessários, no qual o consumidor os adquire baseados na confiança pré-existente com a origem (marca) dos produtos/serviços contratados, é que se deve proteger o consumidor. (CORRÊA, 2009, p.09).

Ainda para elucidar a relação entre consumidor e o Direito das Marcas segue a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO DO CONSUMIDOR. FILMADORA ADQUIRIDA NO EXTERIOR. DEFEITO DA MERCADORIA. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA NACIONAL DA MESMA MARCA ("PANASONIC"). ECONOMIA GLOBALIZADA. PROPAGANDA. PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR. PECULIARIDADES DA ESPÉCIE. SITUAÇÕES A PONDERAR NOS CASOS CONCRETOS. NULIDADE DO ACÓRDÃO ESTADUAL REJEITADA, PORQUE SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO NO MÉRITO, POR MAIORIA.

I - Se a economia globalizada não mais tem fronteiras rígidas e estimula e favorece a livre concorrência, imprescindível que as leis de proteção ao consumidor ganhem maior expressão em sua exegese, na busca do equilíbrio que deve reger as relações jurídicas, dimensionando-se, inclusive, o fator risco, inerente à competitividade do comércio e dos negócios mercantis, sobretudo quando em escala internacional, em que presentes empresas poderosas, multinacionais, com filiais em vários países, sem falar nas vendas hoje efetuadas pelo processo tecnológico da informática e no forte mercado consumidor que representa o nosso País.

II - O mercado consumidor, não há como negar, vê-se hoje "bombardeado" diuturnamente por intensa e hábil propaganda, a induzir a aquisição de produtos, notadamente os sofisticados de procedência estrangeira, levando em linha de conta diversos fatores, dentre os quais, e com relevo, a respeitabilidade da marca.

III - Se empresas nacionais se beneficiam de marcas mundialmente conhecidas, incumbe-lhes responder também pelas deficiências dos produtos que anunciam e comercializam, não sendo razoável destinarem-se ao consumidor as consequências negativas dos negócios envolvendo objetos defeituosos.

IV - Impõe-se, no entanto, nos casos concretos, ponderar as situações existentes.

V - Rejeita-se a nulidade arguida quando sem lastro na lei ou nos autos.

(Processo nº Resp. 63981/SP. Recurso Especial 1995/0018349-8. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. 4ª Turma. Julgamento: 11/04/2000).

O caso acima citado refere-se a uma filmadora da marca Panasonic adquirida no exterior, especificamente, nos Estados Unidos da América, por um brasileiro, o qual suscitou no Brasil a reparação do produto adquirido devido o mesmo apresentar defeitos. Segundo o relator do Supremo Tribunal de Justiça, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento ao recurso interposto, afastando a responsabilidade da Panasonic do Brasil LTDA a dar garantia ao produto que fosse tanto produzido como comercializado em empresas do exterior.

O caso em questão fez com que os ministros dissentissem, posto que, o ministro relator seguido de outros entenderam que a mercadoria discutida não foi comprada no Brasil nem produzida, comercializada o que afastaria a obrigação da empresa Panasonic do Brasil LTDA de reparar o produto, ou seja, de oferecer a garantia do mesmo. Ainda, afirmam que o fato ocorrido não permite a extensão da garantia para outro país, a qual foi dada pela Panasonic Company o que implicaria no afastamento da aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Porém, alguns ministros compreenderam que a mercadoria adquirida no exterior apresentando defeito deve ser reparada pela empresa nacional que possui a mesma marca. Ainda, aludem que devido à realidade contemporânea e uma economia globalizada as empresas de âmbito nacional perdem sua marca para agregar uma marca de nível mundial buscando o universalismo mercadológico.

De tal modo, consideram que a Panasonic Brasil LTDA responde pela mercadoria com defeito, mesmo que adquirida no exterior, uma vez que entenderam que a empresa nacional aproveita-se do conceito mundial da marca Panasonic sendo responsabilidade mínima reparar o produto defeituoso obtido pelo consumidor que confiou na marca. Portanto, a legislação consumerista deve ser observada para promover efetivamente a satisfação dos interesses do consumidor.

Ao fim, depois de toda a análise e considerações do caso a Panasonic Brasil LTDA foi responsabilizada a garantir o reparo do produto baseado não somente na relação de consumo propriamente dita, mas, igualmente, amparada pela nova sociedade de consumo interligada ao mundo globalizado arraigada no desenvolvimento industrial e capitalista que

incita o consumo de produtos/serviços pela qualidade, variedade e imprescindivelmente pela marca que disponibiliza ao consumidor.

Com isso, compreende-se segundo leciona Marques (2006, p. 1050), que “a relação jurídica de consumo, é um verdadeiro processo que se desenvolve no tempo, um processo social, um processo jurídico”, o qual irradia uma série de efeitos jurídicos, durante e após a sua relação fazendo surgir direitos e deveres resultantes da obrigação contratual, ao que pese a incidência da Lei nº 8.078/90.

Nesse sentido, concebe Corrêa:

[...], eventuais danos ao consumidor decorrentes do uso indevido da marca, tanto por seu titular quanto por terceiros desautorizados, centra-se na possibilidade de produtos/serviços identificados com marcas idênticas ou similares que identificam os mesmos produtos e serviços, ou produtos e serviços afins, com claro intuito de causar erro, dúvida ou confusão no público-consumidor; marcas requeridas ou registradas com baixa distintividade e que inviabilizam que o consumidor identifique o real titular da marca (fornecedor do produto ou serviço); ou ainda, marcas que remetem a qualidades inexistentes do produto ou serviço, causando gravames, se não físicos, psíquicos ao consumidor. (CORRÊA, 2009, p.11).

Por conseguinte, é necessária a proteção direta do consumidor baseado na boa-fé e na confiança gerada pela marca (produto/serviço em si) posta no mercado, porquanto, deve ser observada vulnerabilidade técnica, fática e informacional do consumidor.

Ademais, restou de forma clara conforme instrui Bonatto e Moraes (2001; p.93), que “toda relação necessariamente possui um objeto, que é motivo pelo qual a reciprocidade de ações acontece”. Pois, o que os autores buscam mencionar é que a relação de consumo tem como objeto um produto ou serviço, o qual é elaborado com o intuito de colocá-lo no mercado para um fim econômico, mas igualmente para satisfazer o consumidor.

Ainda, tornando concisa a relação entre a marca e consumidor pode-se acrescer o entendimento de Corrêa quando relaciona o consumidor como elemento direto e indireto na relação com o Direito das Marcas:

O consumidor, visto como elemento estrutural do direito de marcas, na medida em que uma das justificativas à proteção das marcas é justamente “garantir a o consumidor a capacidade de discernir o bom e o mau produto”, tem vinculação direta aos fornecedores nos casos de responsabilidade pelo fato ou vício do produto e do serviço, principalmente no que se refere à marca agregada ao produto ou serviço se adquirida a partir de uma relação baseada na boa-fé e confiança. (CORRÊA, 2009, p. 09).

No entendimento do autor a relação direta do consumidor na relação com o Direito das Marcas deve estar envolto sobre a boa-fé e confiança, institutos primordiais para assegurar o produto/serviço adquirido pelo consumidor.

Ao que pese o consumidor como elemento indireto explana Corrêa:

A outra face de proteção do consumidor na relação com o direito de marcas prevê uma harmonia concorrencial no uso de marcas para que o consumidor não seja induzido em erro, dúvida ou confusão quando se deparar com marcas de diferentes fornecedores. (CORRÊA, 2009, p.24).

Nesse ponto, o autor suscita a importância da harmonia de mercado, ou seja, impedir a confusão mercadológica entre marcas iguais ou semelhantes, ao que pese proteger o consumidor, sendo ele fundamental para harmonizar o uso das marcas provocando a função principal da empresa que é a do signo distintivo, o qual tem o dever de constituir sua peculiaridade em seu símbolo para uma melhor escolha do consumidor em adquirir o produto/serviço disponibilizado.

Diante do exposto, cabe adicionar as palavras de Trigueiros (s.d, s.p.), que anuncia “a marca agrega o valor decisivo a um produto, tornando-o vencedor, conhecido, confiável, durável no mercado e capaz de alavancar as vendas do outros produtos do mesmo fornecedor/prestador de serviços”. Com isso, o autor determina que a marca faça com que haja uma relação entre consumidor e produto, que no entendimento de Trigueiros (s.d, s.p) perfaz-se da seguinte maneira “ele confia na marca e a medida desta confiança é a justa medida da valia e da razão de existir da marca”.

Corroborando a esse entendimento Corrêa alertando sobre a necessidade de proteção ao consumidor:

Diante desse quadro, no qual o consumidor passa a consumir marcas e não necessariamente produtos ou serviços, na medida em que é atraído pela força promocional e o valor agregado à marca, e também nos casos de produtos ou serviços necessários, no qual o consumidor os adquire baseados na confiança preexistente com a origem (marca) dos produtos/serviços contratados, é que se deve proteger o consumidor. (CORRÊA, 2009, p. 09).

Destarte, a má utilização das marcas gera danos ao consumidor. Por isso, é de suma importância notar que o consumidor, protegido pela legislação consumerista, estabelece situações que carecem de ponderação para que se possa compreender sobre a situação do consumidor diante do Direito das Marcas.

Ainda, Trigueiros esclarece:

Para o consumidor, a marca traduz as qualidades de um produto, tais como a sua origem, a solidez do fabricante, sua seriedade, seu compromisso com a qualidade, seu tempo de mercado, sua tradição, seu caráter inovador, sua responsabilidade social e ambiental, enfim, toda história do fabricante vem a lume quando o consumidor, num átimo de segundo, visualiza o produto, reconhece a marca e decide adquiri-lo. (TRIGUEIROS, s.d, s.p).

Assim sendo, o Código de Defesa do Consumidor deve ser aplicado a estes casos para assegurar a proteção e evolução do mercado consumerista, principalmente, aos produtos contraídos pela sua marca, isto é, requerer a responsabilidade das empresas quando ao dispuser no mercado seus produtos/serviços implicados em suas marcas respondam aos resultados esperados pelo consumidor.

#### Considerações Finais

Assim, no presente artigo buscou compreender a relação entre o consumidor e o Direito das Marcas, demonstrando as formas que o destinatário final se insere no mesmo e sua necessária proteção.

Ademais, procurou-se através da própria Constituição Federal entender que a propriedade garantida às marcas está sujeita à cláusula finalística da observância ao interesse social e, igualmente, ao desenvolvimento tecnológico e econômico conforme o art. 5º, XXIX.

Visto que, tal cláusula é imprescindível para a devida relação entre o Direito das Marcas e direito do consumidor, pois que, o primeiro não pode ser exercido em sua plenitude sem que seja dada a devida atenção aos consumidores de modo a observar o interesse social por ora envolvido.

Com isso, elucidou-se sobre o imperativo de proteger o consumidor, o qual está vinculado pela marca, suscitando a necessidade de criar um vínculo entre consumidor e fornecedor baseado na confiança gerada pela marca que identifica o produto ou serviço de forma distintiva e conseqüente qualidade.

Por fim, o artigo procurou compreender de forma elementar o consumidor e o direito de propriedade industrial, através das marcas, tentando estabelecer o diálogo entre esses ramos do Direito, como forma de interpretá-los de maneira lógica e dinâmica.

#### Referências

- ALBUQUERQUE, Victor V. Carneiro de. **Propriedade intelectual e Direito Sanitário**. Limites ao uso de marcas como denominações de medicamentos no Brasil. In: **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2631, 14 set. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17402>>. Acesso em: 21 jun. 2013.
- BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução a Propriedade Intelectual**. 2ª ed. rev. e atual. Editora: Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2003.
- BARLETTA, Fabiana Rodrigues. **A Revisão Contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**. Editora: Saraiva. São Paulo. 2002.
- BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Questões Controvertidas no Código de Defesa do Consumidor**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001.
- CORRÊA, Gustavo Bahuschewskyj. **As Faces da Proteção do Consumidor no Direito de Marcas**. Porto Alegre- 2009. Disponível em: <[http://www.leao.adv.br/publicacoes/Gustavo\\_Especializacao.pdf](http://www.leao.adv.br/publicacoes/Gustavo_Especializacao.pdf)> Acesso em: 23 jun. 2013.

- FONTES, Márcio Schiefler. **Marcas no Direito Brasileiro: Aspectos destacados.** Disponível em: <<http://www.esmesc.com.br/upload/arquivos/2-1247228555.PDF>> Acesso em: 24 jun.2013.
- JURISPRUDÊNCIA do caso Panasonic. **In: STJ.** Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=199500183498&dt\\_publicacao=20/11/2000](https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=199500183498&dt_publicacao=20/11/2000)> Acesso em: 12 out. 2013.
- MANUCCI, Daniel Diniz. Como identificar uma relação de consumo. **In: Jus Navigandi,** Teresina, ano 5, n. 42, 1 jun. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/688>>. Acesso em: 03 out. 2013.
- MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais.** 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT. 2006.
- PARANAGUÁ, Pedro. **Marcas.** Ano 2009. Disponível em: <<http://academico.direito-rio.fgv.br/wiki/Marcas>> Acesso em: 22 jun. 2013.
- PIMENTEL, Luiz Otávio. **Propriedade Intelectual e universidade: aspectos legais.** Florianópolis: Fundação Boiteux. 2005.
- TRIGUEIROS. Eduardo Dietrich. A Marca e o Código de Defesa do Consumidor. **In: LEXNET** Disponível em: <<http://www.lex-net.com/comunidade/descricaoartigo.cfm?artigo=39>> Acesso em: 13 out. 2013.
- WANGHON, Moises. **Noções Introdutórias sobre a Propriedade Intelectual.** Disponível em: <<http://www.cesupa.br/saibamais/nupi/doc/Moisés.doc>> Acesso em: 21 jun. 2013.



## 1.2 Constitucionalismo, Concretização de Direitos e Cidadania

### 1.2.1 A evolução da proteção dos direitos humanos no direito constitucional brasileiro<sup>1</sup>

Caroline König<sup>2</sup>

*"The rights of every man are diminished when the rights of one man are threatened." (John F. Kennedy)*

*"Laws are silent in times of war." (Marcus Tullius Cicero)*

#### RESUMO

O presente artigo tem por objetivo mostrar a evolução da proteção dos direitos humanos, notadamente quanto aos efeitos e forma de contemplação no Direito Constitucional brasileiro, destacando os progressos (e eventuais retrocessos) desse processo. Analisando as Constituições do Brasil desde 1824 até a atual Constituição Federal de 1988, procura-se revelar as peculiaridades de cada Carta Magna em relação aos direitos humanos, finalizando com os avanços da última no Direito Internacional, pelo que se enquadra na linha de pesquisa "Constitucionalismo, Concretização de Direitos e Cidadania", tendo em vista que examina a incorporação dos direitos humanos ao Direito Constitucional brasileiro ao longo de suas Cartas Políticas.

**Palavras-chave:** Direitos Humanos. Direito Constitucional. Constituições Brasileiras.

#### 1. INTRODUÇÃO

Direitos humanos são direitos inerentes a todos os seres humanos, independente de nacionalidade, local de residência, sexo, origem étnica ou nacional, cor, religião, idioma, ou qualquer outra característica. Tais direitos são considerados indivisíveis, universais, inalienáveis e interdependentes. (UNITED NATIONS, 2013)

Apesar de maior atenção e importância dada aos Direitos Humanos nos dias de hoje, em um movimento histórico que se acentua visivelmente após os horrores da Segunda Guerra Mundial, eles vêm sendo incorporados ao Direito brasileiro há considerável tempo. Ao longo do artigo, são descritos os progressos e eventuais retrocessos da proteção do Direitos Humanos no Direito Constitucional brasileiro, desde a Constituição imperial de 1824 até a atual Constituição promulgada em 1988, passando pelas Constituições de 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967.

O presente artigo se encaixa na linha de pesquisa "Constitucionalismo, Concretização de Direitos e Cidadania", pois analisa a incorporação dos direitos humanos ao Direito Constitucional brasileiro ao longo de suas Constituições.

#### 2. A proteção dos Direitos Humanos ao longo das Constituições brasileiras

Muitas das ideias originárias do movimento dos direitos humanos se desenvolveram logo após a Segunda Guerra Mundial e as atrocidades do Holocausto, culminando na criação da Declaração Universal dos Direitos Humanos em Paris, durante a Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948 e reiterada pela Declaração dos Direitos Humanos de Viena de 1993.

É neste cenário que se manifesta a grande crítica e repúdio à concepção positivista de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos, confinado à ótica meramente formal – tendo em vista que o nazismo e o fascismo ascenderam ao poder dentro do quadro da legalidade e promoveram a barbárie em nome da lei. (PIOVESAN, 2006, p. 6).

<sup>1</sup> O presente artigo foi elaborado como instrumento de avaliação da disciplina de Seminários de Relações Internacionais I no curso de Relações Internacionais da Universidade Federal de Santa Maria – UFSM.

<sup>2</sup> Estudante do 6º semestre do curso de Relações Internacionais da Universidade Federal de Santa Maria – UFSM e do 4º semestre do curso de Direito da Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA. Endereço eletrônico: [caroline\\_konig@hotmail.com](mailto:caroline_konig@hotmail.com).

Começa a ser delineado, na esfera do Direito Internacional, o sistema internacional normativo de proteção aos direitos humanos. Como os Estados haviam se mostrado os grandes violadores dos direitos humanos, projetou-se uma espécie de constitucionalismo mundial, visando a proteção dos direitos fundamentais e limitação do poder do Estado, através de um aparato internacional de proteção de direitos. (PIOVESAN, 2006, p. 7)

A Constituição de um país tem importância principal em sua estruturação político-administrativa, na organização do Poder do Estado, como também no reconhecimento dos direitos fundamentais do homem. Em decorrência da grande relevância dos direitos humanos, este assunto não poderia deixar de estar presente nas muitas Constituições brasileiras.

### 2.1 1824: Os Direitos Humanos e a Constituição Imperial

As primeiras Constituições brasileiras versaram, basicamente, sobre os direitos considerados de 1ª geração (direitos civis e políticos), que são os que demandam uma atuação negativa do Estado<sup>1</sup>.

É possível dizer que a Constituição de 1824 consagrou os principais Direitos Humanos, da maneira que eram então conhecidos. Foi uma Constituição liberal, por um lado, no reconhecimento de direitos; por outro, porém, foi demasiado autoritária, por causa da concentração de poderes nas mãos do Imperador, devido ao Poder Moderador<sup>2</sup>.

Seguindo os passos da Declaração dos direitos do Homem e do Cidadão, decretada pela Assembleia Nacional Francesa em 1789, a Constituição imperial brasileira afirmou que a inviolabilidade dos direitos civis e políticos tinha por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade (Art. 179)<sup>3</sup>. Omitiu, contudo o quarto direito natural e imprescritível, proclamado, ao lado desses três, pelo artigo segundo da Declaração francesa: o direito de resistência à opressão. (RÊGO, 2013)

Do Constitucionalismo inglês, recebeu a proibição da destituição de magistrados pelo rei (*Act of Settlement*, 1701), o direito de petição, as imunidades parlamentares, a vedação de penas cruéis (*Bill of Rights*, 1689) e o direito do homem a julgamento legal (*Magna Carta*, 1215). (SILVA, 1992, p. 70)

Diferente dos documentos norte-americanos, adaptada a opção da forma monárquica de Governo, a Constituição de 1824 procurou evitar citar a ideia de estrita vinculação de todo governo ao consentimento dos governados. Baseando-se na ideologia de Locke<sup>4</sup>, a propriedade e a renda demonstram-se como condições básicas para o exercício do poder político, nesta Constituição. (DALLARI, 1994, p. 113)

As mais importantes conquistas garantidas pela Constituição de 1824 foram as seguintes: liberdade de convicção religiosa e de culto privado, contanto que fosse respeitado a religião do Estado; exigência de lei anterior e autoridade competente, para sentenciar alguém; liberdade de trabalho; liberdade de expressão do pensamento, inclusive pela imprensa, independente de censura; igualdade de todos perante a lei; abolição dos açoites, tortura, marca de ferro quente e todas as demais penas cruéis; instrução primária gratuita; direito de propriedade; direito de petição e de queixa, inclusive o de promover a responsabilidade dos infratores da Constituição. (RÊGO, 2013)

### 2.2 1891: Os Direitos Humanos e a 1ª Constituição Republicana

A Constituição de 1891 foi responsável por instituir, de modo definitivo, a forma republicana de governo e a forma federativa de estado. A instituição do sufrágio direto para a eleição dos deputados, senadores, presidentes e vice-presidente da República foi uma inovação da Constituição Republicana. Estendeu, tacitamente, esse preceito aos cargos eletivos estaduais. (FERREIRA, 1994, p. 75)

<sup>1</sup> Na Teoria das Gerações dos Direitos Fundamentais, os direitos de 1ª geração são os de liberdades civis e políticas, cujo titular é o indivíduo.

<sup>2</sup> O Poder Moderador é o que se sobrepõe aos poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, cabendo ao seu detentor força coativa sobre os demais.

<sup>3</sup> Art. 179, caput, Constituição Política do Império do Brasil: "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 Império, pela maneira seguinte."

<sup>4</sup> John Locke (Wrington, 29 de agosto de 1632 — Harlow, 28 de outubro de 1704) foi um filósofo inglês e ideólogo do liberalismo, sendo considerado o principal representante do empirismo britânico e um dos principais teóricos do contrato social.

O poder político poderia ser desempenhado independentemente dos meios aquisitivos dos indivíduos a partir da nova Carta. Seriam eleitores os cidadãos maiores de 21 anos, excluindo desse arrolamento os religiosos sujeitos a voto de obediência, os analfabetos, os mendigos e as mulheres. O voto, todavia, continuava a ser aberto e os economicamente fortes tornavam detendo o controle da política regional. (RÊGO, 2013)

Apesar dessa realidade, que restringia o poder a camadas privilegiadas, a primeira Constituição republicana ampliou os Direitos Humanos, além de manter as franquias já reconhecidas no Império: separou-se a Igreja do Estado e estabeleceu-se a plena liberdade religiosa; consagrou-se a liberdade de associação sem armas; assegurou-se aos acusados a mais ampla defesa<sup>1</sup>; aboliram-se as penas de galés<sup>2</sup>, banimento judicial e morte; criou-se o *habeas corpus* com a amplitude de remediar qualquer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder (depois restringe-se o uso deste remédio processual a casos relacionados à liberdade de locomoção); instituíram-se as garantias da magistratura (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos)<sup>3</sup> mas, expressamente, só em favor dos juizes federais. (RÊGO, 2013)

Conforme afirma Pinto Ferreira, a Constituição de 1891 foi feita ao molde da Constituição norte-americana, com as ideias diretoras da triparticipação dos poderes, do presidencialismo, do liberalismo político, do federalismo e da democracia burguesa. (FERREIRA, 1994, p. 75)

### 2.3 1934: A Constituição e os Direitos de 2ª Geração

A partir de 1934, é possível verificar uma maior inclusão dos direitos sociais (direitos considerados de 2ª geração) nas Constituições brasileiras. Eles requerem do Estado uma maior intervenção para que possam ser implementados, ou seja, é necessária uma atuação positiva do Estado<sup>4</sup>. (SILVA, 1992, p. 70)

Os autores Paulo Bonavides e Paes de Andrade são da opinião que “esta Constituição guiava o pensamento da sociedade e a ação do Governo para um programa de leis cujo valor maior recaía no bem comum.” (BONAVIDES e ANDRADE, 1994, p. 9)

Instituiu a Justiça Eleitoral (Art. 82 e seguintes) e o voto secreto (Art. 52, § 1º)<sup>5</sup>, abrindo os horizontes do constitucionalismo brasileiro para os direitos econômicos, sociais e culturais (Art. 115 e seguintes, Art. 148 e seguintes).

A Constituição de 1934, inovando no Direito Brasileiro, implementou normas de proteção ao trabalhador. É importante citar alguns dos princípios aceitos: criação da Justiça do Trabalho, vinculada ao Poder Executivo; proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil; repouso semanal e férias anuais remuneradas; salário mínimo capaz de satisfazer às necessidades normais do trabalhador. (SILVA, 1992, p. 73)

Esta Constituição tratou também dos direitos culturais, acolhendo os seguintes princípios, dentre outros: direito de todos à educação, obrigatoriedade e gratuidade do ensino primário, inclusive para os adultos, e tendência à gratuidade do ensino ulterior ao primário.

Além disso, a Constituição de 1934, entre outras coisas: especificou o princípio da igualdade perante a lei (isonomia), não sendo permitidos privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissão, país de origem, riqueza, classe social, crença religiosa ou ideias políticas; conservou o *habeas corpus*, para proteção da liberdade pessoal, e estabeleceu o mandado da segurança, para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade; proibiu a pena de caráter perpétuo; vedou a prisão por dívidas, multas ou custas; instituiu a assistência judiciária para os necessitados. Nesta Constituição, as mulheres receberam o direito ao voto. (MARINHO, 1994, p. 44-5)

<sup>1</sup> Ampla defesa é propiciar meios para a defesa do acusado, tarefa do magistrado.

<sup>2</sup> As penas de galés eram nas quais os cumpriam a pena através de trabalhos forçados.

<sup>3</sup> Vitaliciedade significa que o cargo é vitalício, somente podendo ser perdido por decisão judicial. Inamovibilidade quer dizer que o juiz não pode ser movido de um lugar para outro sem o seu consentimento. Irredutibilidade de vencimentos significa que seu salário não pode ser reduzido.

<sup>4</sup> Na Teoria das Gerações dos Direitos Fundamentais, os direitos de 2ª geração são os de direitos sociais, econômicos e culturais. São direitos de cunho prestacional, cujo titular é o coletivo.

<sup>5</sup> Art. 52, § 1º. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1934): “A eleição presidencial far-se-á em todo o território da República, por sufrágio universal, direto, secreto e maioria de votos, cento e vinte dias antes do término do quadriênio, ou sessenta dias depois de aberta a vaga, se esta ocorrer dentro dos dois primeiros anos.”

#### 2.4 1937: O Retrocesso nos Direitos Humanos

Getúlio Vargas impôs em 1937, por meio de golpe de Estado, uma ordem ditatorial, denominada Estado Novo, dissolvendo o Congresso Nacional, revogando a Constituição e promulgando em substituição, uma nova Carta Constitucional.

A Constituição de 1937 também ficou conhecida como Constituição “polaca” por ter sido inspirada na Constituição polonesa de 1935. Ela teve por alvo primordial o fortalecimento do Poder Executivo federal na sua relação com os Poderes Legislativo e Judiciário e com as outras esferas do governo. (FERREIRA, 1994, p. 77)

Todavia, na prática, ela não teve aplicação regular, como o Presidente da República centralizou todas as tarefas do Legislativo e do Executivo, ignorou a autonomia dos entes federados, legislou por via de decretos-leis<sup>1</sup> e inclusive emendou a Constituição por meio de leis constitucionais. O plebiscito<sup>2</sup> para a aceitação da Constituição nunca chegou a ser realizado. (FERREIRA, 1994, p. 78)

Não foram levados em conta os Direitos Humanos durante o Estado Novo. A magistratura perdeu suas garantias (Art. 177)<sup>3</sup>. Um tribunal de exceção<sup>4</sup>, o Tribunal de Segurança Nacional, passou a ter competência para julgar os crimes contra a segurança do Estado e a estrutura das instituições (Art. 172)<sup>5</sup>. Leis eventualmente declaradas contrárias à própria Constituição autoritária, ainda assim podiam ser validadas pelo Presidente. (HERKENHOFF, 1994, p. 78)

A Constituição declarou o país em Estado de emergência<sup>6</sup> (Art. 186)<sup>7</sup>, com suspensão da liberdade de ir e vir, censura da correspondência e de todas as comunicações orais e escritas, suspensão da liberdade de reunião, permissão de busca e apreensão em domicílio (Art. 168)<sup>8</sup>. Enfim, muitas garantias individuais, até mesmo aquelas que não representavam risco algum ao regime vigente, perderam sua efetividade.

#### 2.5 1946: A Volta ao Estado de Direito e a Recuperação dos Direitos Humanos

A Constituição de 1946, nas palavras de João Baptista Herkenhoff, “restaurou os direitos e garantias individuais, que foram mais uma vez, ampliados, em comparação com o texto constitucional de 1934” (HERKENHOFF, 1994, p. 78).

Foi criado através do artigo 141, § 4º, o princípio da ubiquidade da justiça, nestes termos: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”. Segundo Pontes de Miranda, foi a mais prestante criação do constituinte de 1946. (PONTES DE MIRANDA, 1994, p. 84)

<sup>1</sup> Têm força de lei e foram expedidos por Presidentes da República em dois períodos: de 1937 a 1946 e de 1965 a 1989. Nossa atual Constituição não prevê essa possibilidade. Alguns Decretos-Leis ainda permanecem em vigor. (BRASIL, 2013)

<sup>2</sup> O plebiscito é convocado antes da criação de uma norma (ato legislativo ou administrativo), e são os cidadãos, por meio do voto, que podem aprovar ou não a questão que lhes for submetida.

<sup>3</sup> Art. 177, *caput*, Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1937): “Dentro do prazo de sessenta dias, a contar da data desta Constituição, poderão ser aposentados ou reformados de acordo com a legislação em vigor os funcionários civis e militares cujo afastamento se impuser, a juízo exclusivo do Governo, no interesse do serviço público ou por conveniência do regime.”

<sup>4</sup> Um tribunal de exceção é um tribunal de caráter excepcional ou temporário. Não é condizente com o Estado Democrático de Direito, pois vai contra vários princípios processuais-constitucionais. É considerado uma farsa judicial.

<sup>5</sup> Art. 172, *caput*, Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1937): “Os crimes cometidos contra a segurança do Estado e a estrutura das instituições serão sujeitos a justiça e processo especiais que a lei prescreverá.”

<sup>6</sup> Art. 166, *caput*, Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1937): “Em caso de ameaça externa ou iminência de perturbações internas ou existências de concerto, plano ou conspiração, tendente a perturbar a paz pública ou pôr em perigo a estrutura das instituições, a segurança do Estado ou dos cidadãos, poderá o Presidente da República declarar em todo o território do País, ou na porção do território particularmente ameaçado, o estado de emergência.”

<sup>7</sup> Art. 186, Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1937): “É declarado em todo o País o estado de emergência.”

<sup>8</sup> Art. 168, Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1946): “Durante o estado de emergência as medidas que o Presidente da República é autorizado a tomar serão limitadas às seguintes:

- a) detenção em edifício ou local não destinados a réus de crime comum; desterro para outros pontos do território nacional ou residência forçada em determinadas localidades do mesmo território, com privação da liberdade de ir e vir;
- b) censura da correspondência e de todas as comunicações orais e escritas;
- c) suspensão da liberdade de reunião;
- d) busca e apreensão em domicílio.”



Aqui, os direitos sociais foram ampliados, sendo estatuídos: assistência aos desempregados; salário mínimo capaz de atender às necessidades do trabalhador e de sua família; liberdade de associação profissional ou sindical; proibição de trabalho noturno a menores de 18 anos; participação obrigatória e direta do trabalhador nos lucros da empresa; obrigatoriedade da instituição, pelo empregador, do seguro contra acidentes de trabalho; direito de greve; criação da Justiça do Trabalho como ramo do Poder Judiciário. Foram mantidos os direitos de salário superior do trabalhador noturno em relação ao do trabalhador diurno e de repouso nos feriados civis e religiosos, inovações trazidas pela Carta de 1937. (HERKENHOFF, 1994, p. 79)

Referindo-se aos direitos sociais, estes ampliaram-se, sendo acrescentados de: gratuidade do ensino oficial ulterior ao primário para os que provassem falta ou insuficiência de recursos; obrigatoriedade de manterem as empresas, em que trabalhassem mais de 100 pessoas; ensino primário para os servidores e respectivos filhos; obrigatoriedade de ministrarem as empresas, em cooperação, aprendizagem aos seus trabalhadores menores; instituição de assistência educacional, em favor dos alunos necessitados, para lhes assegurar condições de eficiência escolar. (SILVA, 1992, p. 80)

A partir do golpe de 1964, a Constituição de 1946 sofreu múltiplas emendas e suspensão da vigência de muitos de seus artigos. Isso aconteceu por força dos Atos Institucionais de 9 de Abril de 1964 (posteriormente considerados como o de nº 1<sup>1</sup>) e 27 de Outubro de 1965 (Ato Institucional de nº 2<sup>2</sup>).

## 2.6 1967: Desrespeito aos Direitos Humanos sob Regime Autoritário

Comparada com a Constituição de 1946, a Constituição de 1967 apresenta graves retrocessos:

- suprimiu a liberdade de publicação de livros e periódicos ao afirmar que não seriam tolerados os que fossem considerados (a juízo do Governo) como de propaganda de subversão da ordem;
- restringiu o direito de reunião facultando à polícia o poder de designar o local para ela. Usando desse poder como artifício, a polícia poderia facilmente impossibilitar a reunião;
- criou a pena de suspensão dos direitos políticos, declarada pelo Supremo Tribunal Federal, para aquele que abrisse dos direitos de manifestação do pensamento, exercício de trabalho ou profissão, reunião e associação, para atentar contra a ordem democrática ou praticar a corrupção (Art. 151)<sup>3</sup>
- manteve todas as punições, exclusões e marginalizações políticas decretadas sob a égide dos Atos Institucionais. (RÉGO, 2013)

Em contraste com essas determinações restritivas, a Constituição de 1967 determinou que era imprescindível o respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário, preceito que não existia, explicitamente, nas Constituições anteriores. Ao mesmo tempo, a eficácia<sup>4</sup> desse artigo não saiu, entretanto, da teoria, em vista do clima geral de redução de liberdade e a conseqüente impossibilidade de denúncia dos abusos que ocorressem.

No que diz respeito aos direitos sociais, a Constituição de 1967 inovou em alguns pontos. Houve algumas inovações contrárias ao trabalhador, tais como: a redução para 12 anos da idade mínima de permissão do trabalho; a supressão da estabilidade, como garantia constitucional, e o estabelecimento do regime de fundo de garantia, como alternativa; as

<sup>1</sup> Ato Institucional 1: Modifica a Constituição do Brasil de 1946 quanto à eleição, ao mandato e aos poderes do Presidente da República; confere aos Comandantes-em-chefe das Forças Armadas o poder de suspender direitos políticos e cassar mandatos legislativos, excluída a apreciação judicial desses atos; e dá outras providências. (BRASIL, 2013)

<sup>2</sup> Ato Institucional 2: Modifica a Constituição do Brasil de 1946 quanto ao processo legislativo, às eleições, aos poderes do Presidente da República, à organização dos três Poderes; suspende garantias de vitaliciedade, inamovibilidade, estabilidade e a de exercício em funções por tempo certo; exclui da apreciação judicial atos praticados de acordo com suas normas e Atos Complementares decorrentes; e dá outras providências. (BRASIL, 2013)

<sup>3</sup> Art. 151, Constituição da República Federativa do Brasil (1967): "Aquele que abusar dos direitos individuais previstos nos §§ 8º, 23, 27 e 28 do artigo anterior e dos direitos políticos, para atentar contra a ordem democrática ou praticar a corrupção, incorrerá na suspensão destes últimos direitos pelo prazo de dois a dez anos, declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador-Geral da República, sem prejuízo da ação civil ou penal cabível, assegurada ao paciente a mais ampla defesa."

<sup>4</sup> Eficácia significa que a norma cumpriu a finalidade a que se destinava, pois, foi socialmente observada, tendo solucionado o motivo que a gerou. Uma lei é eficaz quando cumprida a sua função social.

restrições ao direito de greve; a supressão da proibição de diferença de salários, por motivo de idade e nacionalidade, a que se refira a Constituição anterior. (SILVA, 1992, p. 87)

Nesta Constituição, verificam-se também algumas vantagens relacionadas aos trabalhadores, podendo citar as seguintes: inclusão, como garantia constitucional, do direito ao salário família, em favor dos dependentes do trabalhador; proibição de diferença de salários também por motivo de cor, circunstância a que não se referia a Constituição de 1946; participação do trabalhador, eventualmente, na gestão da empresa; aposentadoria da mulher, aos trinta anos de trabalho, com salário integral. (RÊGO, 2013)

A Constituição de 1967 representou um esforço de redução do arbítrio contido nos Atos Institucionais que se seguiram à Revolução de 1964. Tentou não se distanciar em demasia do texto constitucional de 1946. Seu autoritarismo não se compara com o panorama de completo arbítrio criado pelo Ato Institucional nº 5<sup>1</sup>, que caiu sobre o Brasil, em 13 de dezembro de 1968. (HERKENHOFF, 1994, p. 83)

Entretanto, mesmo com todas essas ressalvas, a Constituição de 1967 não se harmonizou com a doutrina dos Direitos Humanos, pelas seguintes razões: restringiu a liberdade de opinião e expressão; deixou o direito de reunião a descoberto de garantias plenas; fez recuo no campo dos direitos sociais; manteve as punições, exclusões e marginalizações políticas decretadas sob a égide dos Atos Institucionais. Segundo João Baptista Herkenhoff, a Constituição de 1967 ruiu sob o AI-5, de Dezembro de 1968. (HERKENHOFF, 1994, p. 83)

## 2.7 1988: A Recepção de Tratados Internacionais de Direitos Humanos

A real consolidação dos Direitos Humanos e de sua proteção no Brasil ocorreu em 1988, com a promulgação da atual Constituição Federal, parte do processo de redemocratização.

Logo, faz-se clara a relação entre o processo de democratização no Brasil e o processo de incorporação de relevantes instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, tendo em vista que, se o processo de democratização permitiu a ratificação de relevantes tratados de direitos humanos, por sua vez essa ratificação permitiu o fortalecimento do processo democrático, através da ampliação e do reforço do universo de direitos fundamentais por ele assegurado. (PIOVESAN, 2006, p. 28)

Espalhado ao longo do texto constitucional, verifica-se um extenso rol de direitos e liberdades fundamentais (vários dos quais também estão presentes na Declaração Universal dos Direitos Humanos), assim como garantias para que eles possam ser exercidos, concedidos aos brasileiros.

No Brasil, trata-se de maneira distinta os tratados dos direitos humanos dos demais tratados internacionais. Os tratados que tratam de direitos humanos possuem natureza de norma constitucional, enquanto os tratados internacionais sobre outros assuntos apresentam natureza infraconstitucional<sup>2</sup>.

A Constituição incorpora, devido ao § 2º de seu Art. 5º<sup>3</sup>, os direitos, liberdades e garantias advindos de tratados internacionais de Direitos Humanos firmados pelo Brasil “como normas constitucionalmente obrigatórias, e complementares na consolidação do exercício da dignidade humana no Brasil.” (GODINHO, 2006, p. 155) Quanto ao seu *status* entre as normas brasileiras, o Supremo Tribunal Federal defende que esses tratados são equivalentes a normas constitucionais.<sup>4</sup>

Outro dispositivo de grande importância para a proteção dos Direitos Humanos no sistema constitucional brasileiro é o § 1º do mesmo Art. 5º<sup>5</sup>, pois ele proclama a aplicabilidade

<sup>1</sup> Ato Institucional 5: Suspende a garantia do *habeas corpus* para determinados crimes; dispõe sobre os poderes do Presidente da República de decretar: estado de sítio, nos casos previstos na Constituição Federal de 1967; intervenção federal, sem os limites constitucionais; suspensão de direitos políticos e restrição ao exercício de qualquer direito público ou privado; cassação de mandatos eletivos; recesso do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas e das Câmaras de Vereadores; exclui da apreciação judicial atos praticados de acordo com suas normas e Atos Complementares decorrentes; e dá outras providências. (BRASIL, 2013)

<sup>2</sup> Lei infraconstitucional é o que se refere a qualquer lei que não esteja incluída na norma constitucional e esteja disposta em um nível inferior à Constituição Federal.

<sup>3</sup> Art. 5º, § 2º, Constituição Federal de 1988: “Os direitos e garantias expressos nessa Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

<sup>4</sup> Emenda Constitucional n. 45/2004, Art. 5º, § 3º, Constituição Federal de 1988: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

<sup>5</sup> Art. 5º, § 1º, Constituição Federal de 1988: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm

imediatas<sup>1</sup> das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais no país. Isso significa que as normas dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil são passíveis e invocação imediata pelos brasileiros, sem a necessidade de edição de qualquer ato com força de lei para a sua vigência interna. (PIOVESAN, 2006, p. 31)

É importante ressaltar que, como normas de natureza constitucionais, os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, assim como todos os outros direitos e garantias individuais, constituem cláusula pétrea<sup>2</sup> e não podem ser abolidos por meio de emendas constitucionais, nos termos do § 4º do Art. 60<sup>3</sup> da Constituição Federal.

Tendo como suporte a Constituição, o Brasil tem adotado variadas e importantes medidas no sentido da inserção das normas internacionais sobre os direitos humanos na dinâmica estrutural do país. (MALINSKI, 2005, p. 517-536) Entre essas medidas podem ser citadas a ratificação dos principais tratados sobre direitos humanos do sistema interamericano de proteção: Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1992), Aceitação da Competência da Corte Interamericana (1998) e o Protocolo Adicional à Convenção Americana em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais (1996). (GODINHO, 2006, p. 156)

É possível notar uma maior interação entre o direito interno brasileiro e o direito externo em prol do fortalecimento da sistemática de proteção dos direitos fundamentais a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988. “Testemunha-se o processo de internacionalização do Direito Constitucional somado ao processo de constitucionalização do Direito Internacional.” (PIOVESAN, 2006, p. 31)

Quanto à responsabilidade de defender, proteger e promover os direitos humanos: “No plano internacional, a responsabilidade do Estado é uma e indivisível relativamente às obrigações internacionais em matéria de direitos humanos, que, no livre e pleno exercício de sua soberania, se comprometeu a cumprir.” (PIOVESAN, 2006, p. 39) Ou seja, é dever do Estado, mais especificamente da pessoa da União, fazer cumprir as normas de proteção aos direitos humanos de igual modo em todos os entes da federação.

Não há dúvidas de que a proteção dos direitos humanos está definitivamente inserida na agenda internacional brasileira, mostrando seu comprometimento cada vez maior com a busca da concretização do ideal de dignidade humana.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proteção dos direitos humanos teve sua origem após um evento considerado um dos mais abomináveis da história. Para que algo assim não se repetisse, foi criada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, com a qual os Estados se comprometem a proteger indivíduos e grupos que tenham seus direitos humanos violados, tomando medidas positivas para evitar tais violações.

Com a Constituição de 1824, foram dados os primeiros passos em direção à garantia dos Direitos Humanos. Através da herança de documentos ingleses e franceses, a primeira Carta Magna brasileira estabeleceu direitos de 1ª geração, civis e políticos, liberdades fundamentais. No entanto, a renda e a propriedade ainda eram imprescindíveis ao exercício do poder político e todos os poderes governamentais detinham-se concentrados nas mãos do imperador.

Um dos avanços mais significativos trazidos pela Constituição republicana de 1891 foi o sufrágio direito para vários cargos do governo, que poderia então ser exercido independentemente do poder aquisitivo dos indivíduos. O voto continuava, porém, a ser aberto, fazendo com que os economicamente privilegiados continuassem detentores das políticas locais. Não obstante esse fato, as liberdades e, em consequência, os direitos humanos foram ampliados.

A partir da Constituição de 1934, ao modelo Constituição alemã de Weimar, há uma maior inserção dos direitos de 2ª geração, instituindo as bases para de uma democracia social. Vários passos para frente foram dados nas questões trabalhistas e culturais, além do princípio

aplicação imediata.”

<sup>1</sup> Normas de aplicabilidade imediata devem ser aplicadas de forma direta e máxima pelos poderes públicos brasileiros.

<sup>2</sup> Cláusulas pétreas são dispositivos que não podem ser abolidos do Ordenamento Jurídico.

<sup>3</sup> Art. 60, § 4º, IV, Constituição Federal de 1988: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: os direitos e garantias individuais.”

da isonomia, o *habeas corpus*, o mandado de segurança, entre outras garantias jurídicas fundamentais aos direitos humanos. Essa Constituição também instituiu o voto da mulher.

A Constituição de 1937, vinda após a dissolução do Congresso Nacional, foi promulgada em meio a uma ordem ditatorial e trouxe diversos retrocessos aos direitos humanos. Garantias básicas foram perdidas, principalmente seguindo a decretação do Estado de Emergência, medida unilateral por parte do Presidente que, naquele momento, detinha as atribuições dos Poderes Legislativo e Executivo.

Inspirada, em grande parte, nas Cartas anteriores de 1891 e 1934, a Constituição de 1946 procurou restaurar e também ampliar os direitos e garantias individuais e, por sua vez, os direitos humanos. Foram instaurados mais direitos sociais, principalmente trabalhistas e culturais, e políticos. Os primeiros dois Atos Institucionais puseram fim a essa nova onda de progressos.

A Constituição de 1967, por sua vez, foi feita aos moldes e assimilou as características básicas da Carta de 1937. Houve recuo no campo dos direitos sociais e de liberdades como expressão e reunião, motivos pelos qual não é coerente com a doutrina dos direitos humanos.

Segundo avalia José Afonso da Silva, que constata, na nova Constituição, preocupação fundamental com a segurança nacional, aumento dos poderes concernentes à União e ao Presidente da República, redução da autonomia individual, com a permissão da suspensão de direitos e garantias constitucionais, e reformulação dos sistemas tributário e orçamentário. (RÊGO, 2013)

Foram restritos vários direitos do trabalhador, como o direito a greve e o de proibição de diferença de salários, por motivo de idade e nacionalidade. Por outro lado, também podem ser citadas vantagens como proibição de diferença de salários também por motivo de cor e participação do trabalhador, eventualmente, na gestão da empresa. A Constituição não suportou as consequências da imposição do Ato Institucional nº 5.

Em 13 de outubro de 1978, no governo Ernesto Geisel, foi promulgada a emenda constitucional nº 11, cujo artigo 3º revogava todos os Atos Institucionais e complementares, no que fossem contrários à Constituição Federal, "ressalvados os efeitos dos atos praticados com bases neles, os quais estão excluídos de apreciação judicial", restaurando o *habeas corpus*. A emenda constitucional entrou em vigor em 1º de janeiro de 1979.

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, o direito nacional é cada vez mais aberto ao Direito Internacional no que diz respeito a proteção dos direitos humanos, contendo seus elementos no próprio texto constitucional e abarcando outros direitos do mesmo gênero nos tratados internacionais.

A Carta de 1988 e os tratados de direitos humanos lançam um projeto democratizante e humanista, cabendo aos operadores do direito introjetar e incorporar os seus valores inovadores. Os agentes jurídicos não de se converter em agentes propagadores de uma ordem renovada, democrática e respeitadora dos direitos humanos, impedindo que se perpetuem os antigos valores do regime autoritário, juridicamente repudiado e abolido. (PIOVESAN, 2013)

É possível concluir que a proteção dos direitos humanos é uma prioridade para o Direito Constitucional brasileiro. A incorporação do direito externo ao direito interno dá-se de maneira crescente, de forma que, cada vez mais, todos se conscientizem de sua enorme importância.

#### 4. REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. História Constitucional do Brasil. In: **Curso de Direitos Humanos** Vol. 1. Gênese dos Direitos Humanos. São Paulo: Acadêmica, 1994.

BRASIL. **Atos Institucionais**. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-historica/atos-institucionais>>. Acesso em: 21 jul. 2013.

BRASIL. **Decretos-Leis**. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-1/decretos-leis>>. Acesso em: 21 jul. 2013.

DALLARI, Pedro. **Constituição e relações exteriores**. São Paulo: Saraiva, 1994.

GODINHO, Fabiana de Oliveira. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

- FERREIRA, Luiz Pinto. Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno. In: **Constituição e relações exteriores**. São Paulo: Saraiva, 1994.
- HERKENHOFF, José Baptista. **Curso de Direitos Humanos** Vol. 1. Gênese dos Direitos Humanos. São Paulo: Acadêmica, 1994.
- LIMA, Francisco Arnaldo Rodrigues de. **O princípio da dignidade da pessoa humana nas constituições do Brasil**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11138](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11138)>. Acesso em: 21 jul. 2013.
- MALINSKI, Tania Alexandra. A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a trajetória da política externa brasileira em matéria de direitos humanos: pontos de convergência. In: **Os rumos do direito internacional dos direitos humanos**, liber amicorum Cançado Trindade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.
- MARINHO, Josaphat. A Constituição de 1934. In: **Constituição e relações exteriores**. 1<sup>a</sup> ed. São Paulo, Saraiva: 1994.
- PIOVESAN, Flávia. **A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos**. Disponível em: <[http://www.dombosco.sebsa.com.br/faculdade/revista\\_direito/3edicao/3a%20edição%20completa.pdf](http://www.dombosco.sebsa.com.br/faculdade/revista_direito/3edicao/3a%20edição%20completa.pdf)>. Acesso em 21 jul. 2013.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan\\_dh\\_direito\\_constitucional.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_dh_direito_constitucional.pdf)>. Acesso em: 25 jun. 2013.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários à Constituição de 1946, in: **Curso de Direitos Humanos Vol. 1**. Gênese dos Direitos Humanos. São Paulo: Acadêmica, 1994.
- RÊGO, Geovanna Patrícia. **A Incorporação dos Direitos Humanos no Direito Constitucional Brasileiro**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/dh/br/pb/dhparaiba/4/constituicao.html>>. Acesso em: 21 jul. 2013.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1992.
- UNITED NATIONS. **What are Human Rights?** Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx>>. Acesso em: 25 jun. 2013.



## 1.2.2 A inexistência da liberdade absoluta <sup>1</sup>

Deivid Vieira Braz <sup>2</sup>

Viviane Coitinho <sup>3</sup>

### Resumo:

O presente artigo faz uma reflexão sobre um dos direitos da personalidade garantido constitucionalmente: a liberdade. Discutindo sobre a liberdade em alguns dos mais variados âmbitos, o artigo também faz um resgate histórico, para informar ao leitor ou à leitora, dos primeiros atos de que se tem conhecimento que buscaram o respeito da liberdade das pessoas, como o conhecido *habeas corpus*. Não omitindo, porém, os atos humanos mais nocivos e repudiáveis cometidos em nome de uma ideologia excludente e rebaixadora da condição humana de diversos grupos sociais, como os negros e os súditos dos imperialismos absolutistas. Por ser um tema amplo, ao longo do artigo se fez necessário trazer enfoques filosóficos e doutrinários para conceituar-se sobre liberdade e direito, assim como a necessidade de criticar alguns paradoxos como a nossa falsa sensação de liberdade em termos de liberdade de escolha e a real sensação de insegurança constante, no exercício da nossa liberdade individual. Ainda se discute sobre o sistema prisional brasileiro, que tendo algumas leis rígidas de um lado, muitas vezes beneficia os criminosos da pior espécie de outro, inclusive os "de terno e gravata".

**Palavras chaves:** Liberdade. Direitos da Personalidade. Democracia.

### 1. Introdução

Nos primeiros anos do século XX no Brasil, em uma sociedade um tanto materialista, não se falava sobre os nossos "patrimônios" subjetivos, ou seja, os chamados *Direitos da Personalidade*. Felizmente os tempos evoluíram e atualmente boa parte do ordenamento jurídico, mesmo vagarosamente, está levando a sério o assunto e sempre buscando tratar a matéria na sua devida importância.

Parece que não existe liberdade absoluta, e se assim o fosse, viveríamos ainda em pé de guerra pelo desrespeito contínuo aos direitos pessoais uns dos outros.

Liberdade relativa, talvez seja o que melhor defina o equilíbrio que teoricamente existe entre a liberdade pessoal e a liberdade do outro. A importância do ordenamento jurídico se revela nesse sentido de equilibrar as relações sociais e mesmo assim viver nessa sociedade não é tarefa fácil, então imagine sem a força coercitiva da lei.

Sabemos que o Direito, por ser intrínseco à sociedade precisa se atualizar e acompanhar a evolução dos tempos. Como consequência, a Constituição Federal de 1988 positivou algumas das principais reivindicações de direitos que há tempos eram ignorados ou reprimidos.

Logo no início, a Constituição já trata dos princípios fundamentais da República como o da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III) e dos direitos e deveres individuais e coletivos (artigo 5º).

O que mais chamou a atenção na escrita deste artigo foi perceber o quanto os conceitos de liberdade variam entre as pessoas. Que a liberdade para um, pode não ter a mesma significação para outro. O fato é que o ordenamento jurídico observou certos tipos de liberdades, que são comuns a todos, como ir e vir, se expressar, criar, escolher uma profissão entre muitas outras.

### 2. A difícil tarefa de conceituar liberdade e direito em suas concepções filosóficas

Didaticamente acostumamo-nos a conceituar e dar definições aos objetos e às ideias. Encontramos a maior dificuldade em classificar ideias e teorias por serem abstratas e quase sempre ligadas à subjetividade de cada ser. Atualmente nunca se falou tanto nos direitos da personalidade. "Conceituam-se os *direitos da personalidade* como *aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais.*"

(STOLZE GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, 2008).

A palavra liberdade é tão abrangente que a usamos com frequência. Quem nunca ouviu as expressões liberdade de escolha, liberdade sexual, liberdade de ir e vir, da mulher, de pensamento, expressão, imprensa, dentre muitas outras? De uma maneira simplista é possível

considerar a liberdade como uma manifestação de vontade de alguém em realizar ou pensar sobre algo?

Baseando-se no Dicionário Houaiss (2009) encontramos algumas definições interessantes sobre a liberdade como: “grau de independência legítimo que um cidadão, um povo ou uma nação elege como valor supremo, como ideal”. Ou ainda, em um sentido mais jurídico, o mesmo dicionário define a liberdade como sendo um “conjunto de direitos reconhecidos ao indivíduo, isoladamente ou em grupo, em face da autoridade política e perante o Estado; poder que tem o cidadão de exercer a sua vontade dentro dos limites que lhe faculta a lei.” Definições que parecem ser consideravelmente claras referentes ao tema, mas é importante observar a elucidação de José Afonso da Silva (2003):

O conceito de liberdade humana deve ser expresso no sentido de um poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal, de sua felicidade. (...) Vamos um pouco além, e propomos o conceito seguinte: liberdade consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal. Nessa noção, encontramos todos os elementos objetivos e subjetivos necessários à ideia de liberdade; é poder de atuação sem deixar de ser resistência à opressão; não se dirige contra, mas em busca, em perseguição de alguma coisa, que é a felicidade pessoal, que é subjetiva e circunstancial, pondo a liberdade, pelo seu fim, em harmonia com a consciência de cada um, com o interesse do agente. Tudo que impedir aquela possibilidade de coordenação dos meios é contrário à liberdade. (SILVA, 2003).

Somando-se a essas definições, temos ainda o significado de liberdade para o filósofo Montesquieu:

Não há palavra que tenha recebido significados mais diversos e impressionado os espíritos de tantas maneiras como liberdade. Uns a tomaram como a facilidade de depor aquele a quem haviam dado um poder tirânico; outros, como a facilidade de eleger aquele a quem deviam obedecer; outros, como o direito de estar armado e de poder exercer a violência; estes, como privilégio de só ser governado por um homem de sua nação ou por suas próprias leis<sup>1</sup>. Certo povo por muito tempo entendeu a liberdade como o costume de usar barba comprida<sup>2</sup>. (...)

É verdade que, nas democracias, o povo parece fazer o que quer: mas a liberdade política não consiste em fazer o que se quer. Num Estado, ou seja, numa sociedade que existem leis, a liberdade só pode consistir em podermos fazer o que devemos querer e em não sermos obrigados a fazer o que não devemos querer. Devemos ter bem claro o que é independência e o que é liberdade. A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; e, se um cidadão pudesse fazer o que proibem, não teria mais liberdade, porque os outros também teriam tal poder.

Notas do autor:

<sup>1</sup> “Copie!” diz Cícero, “o edito de Cévola, que permite aos gregos terminarem entre si os seus litígios, segundo as suas leis; o que faz que se considerem povos livres.”

<sup>2</sup> Os moscovitas não podiam tolerar que o czar Pedro as mandasse cortar.

(MONTESQUIEU, 1689-1755).

A tarefa de conceituá-la é tão complexa como conceituar Direito. Já em 1787, Kant já falava sobre essa dificuldade: “Os juristas ainda estão buscando uma definição para o seu conceito de direito”. (Simone Goyard-Fabre *apud* Kant, 2002). Se até hoje os doutrinadores não entraram em um consenso absoluto (e talvez seja melhor assim a fim de evitar os dogmatismos reducionistas acerca do Direito), o que ainda devemos pensar e repensar sobre a liberdade?

E o Direito, que no seu propósito inicial talvez tenha sido estabelecer a paz social, ordenando direitos, deveres e liberdades, deve continuar sempre tentando acompanhar a evolução da sociedade, modificando paradigmas quando necessário, tarefa difícil, como ratifica Simone Goyard-Fabre:

De fato, a idealidade do direito não desce às estruturas jurídicas do mundo humano como um raio da claridade diamantina do mundo inteligível. É uma idealidade *problemática*, isto é, uma obra para ser continuada e recomeçada sempre, por um lado, jamais perdendo de vista as exigências intrínsecas que a animam e, por outro, ajustando-se às realidades mutáveis do mundo vivido. Em outras palavras, a idealidade do direito só pode ser decifrada através do necessário mas difícil procedimento sintético que se realiza na esfera jurídica. Ela começa a se desenhar à luz de uma concepção transcendental na qual o direito traz em si, simultaneamente, a mais elevada esperança que o homem atribui à sua humanidade e a consciência de uma finalidade última que jamais se verificará na realidade do mundo: o “fim último” do

direito é "evidentemente irrealizável". É por isso que o direito se impõe aos homens não apenas como uma tarefa por realizar, mas como uma "tarefa infinita".

(GOYARD-FABRE, 2002).

Como se nota, os séculos passam, as sociedades mudam, a tecnologia avança e o que hoje é válido e aceito como o melhor, talvez amanhã já esteja ultrapassado. Sendo assim, pode-se cosmologicamente equiparar o Direito ao Universo, que está em constante e infinita expansão e de sua origem nada sabemos exatamente, conformando-nos provisoriamente com teorias relativas, passíveis de controvérsias e refutações.

Não poderia deixar de ser diferente com a Ciência do Direito, o que ocorre com todas as outras ciências, que a cada avanço, encontram-se novos desafios. Faz parte da evolução humana buscar as respostas e cada resposta encontrada, se fazer outra pergunta.

A busca filosófica maior do homem é entender a si mesmo, de onde veio, porque está aqui e para onde vai. E nesse tempo, buscar o melhor para si, não abrir mão da felicidade e da sua liberdade pessoal.

### 3. A ameaça ditatorial repressiva do direito à liberdade

O artigo 5º, inciso IV da Constituição nos diz que "é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato", e respectivamente o inciso VI do referido artigo diz ser "inviolável a liberdade de consciência e de crença (...)". Em uma época não muito distante, se o cidadão manifestasse o seu pensamento, as suas ideias, corria sério perigo. Podia ser torturado ou até mesmo morto se o Estado entendesse como sendo um ato subversivo e contrário ao governo militar. Essa história, no mínimo vergonhosa para o Brasil, todos a conhecemos, portanto não precisamos entrar em maiores detalhes. Felizmente temos hoje assegurados direitos que anteriormente eram reprimidos pelas ditaduras.

Posteriormente ao período de ditadura militar, foi natural e compreensível que os legisladores constituintes, minuciosamente elaborassem vários artigos em prol dos direitos dos brasileiros e também dos estrangeiros. Os artigos que dizem respeito à dignidade da pessoa humana são cláusulas pétreas, impossibilitados de serem revogados do ordenamento jurídico atual. Muitos doutrinadores consideram a nossa Constituição como uma das mais democráticas do mundo.

### 4. A Idade Média e o tratamento desumano aos afrodescendentes

Quase sempre necessitamos voltar no tempo, consultar a História para fazer uma comparação entre passado e presente, projetando aspirações para o futuro. Sendo assim, utilizemos os registros históricos para comparar o que já conquistamos até o presente, com vistas a um futuro melhor, que depende obviamente das nossas ações.

Voltando um pouco mais no tempo e falando da Idade Média na Europa, o ato de pensar diferente e questionar os dogmas da Igreja Católica ou praticar a magia levava o indivíduo para a tortura, sujeito a ser queimado vivo nas fogueiras. Nenhuma segurança quanto à liberdade religiosa, que hoje se garante na Constituição.

Necessário se fez a Constituição Federal de 1988, assegurar a liberdade de pensar, adotar convicções políticas, filosóficas e religiosas, para evitar e punir as práticas que possam atentar contra a liberdade de expressão e de credo.

A História está cheia de exemplos de intolerância aos modos diferentes de pensar e tratamentos degradantes ao ser humano. Tivemos como exemplo mais recente o regime militar, mas se poderia falar ainda da escravidão de índios e principalmente dos negros após a chegada dos portugueses ao Brasil.

Maior exemplo de desrespeito e desprezo total pela dignidade da pessoa humana foi o tratamento recebido pelos negros, que eram considerados como "coisas", animais ou mercadoria, na época da colonização. Yuri Alexandre (2013) comenta sobre o processo demorado que precisaram enfrentar, para que enfim fossem libertos e vistos como seres humanos:

Os primeiros negros a serem livres por direito no Brasil, foram libertos pela compra de cartas de alforria, documento que declarava o escravo livre. Mas não adiantava muito, porque o ex-escravo ficava contra o governo, sem dinheiro, sem estudo e sem oportunidade, forçando eles a aceitarem trabalhos péssimos. E essa situação não mudou nem com as primeiras leis contra a escravidão, a Lei do Sexagenário e a Lei do Ventre Livre, que não adiantaram muito. A Lei do Sexagenário declarava livre os

escravos com mais de 60 anos, agora como as condições de vida deles era péssima, com muitos maus tratos, então a média de vida de um escravo era de 40 anos, e essa lei apenas retardou a solução do problema. Com muita luta, foram livres pela lei áurea, assinada pela princesa Isabel em 13 de maio de 1888, mas a vida continuou difícil(...) Por serem historicamente pobres, os negros sofrem preconceito até hoje, sem motivo claro(...) Existem também alguns debates modernos, como por exemplo as cotas das universidades. Elas seriam para dar uma chance às pessoas sem condições, ou seriam porque os negros não seriam capazes de passar sozinhos? Além disso, existem muitos outros racismos, até preferindo dar vagas de empregos para brancos. Isso tudo acontece no Brasil, que tem um grande número de negros na população.

(ALEXANDRE, 2013).

Assunto bastante polêmico mencionado pelo autor do artigo sobre as leis das cotas, que pede uma análise maior dos seus prós e contras. E que se ainda existem os resquícios desse tipo de preconceito, devem ser eliminados, porque não existe nenhum argumento lógico para a discriminação de pessoas por conta da cor de suas peles.

### 5. A conquista do direito à liberdade, o habeas corpus e a Magna Carta

Guerras e diversas batalhas foram travadas por indivíduos que almejavam a liberdade nos mais variados âmbitos. Inicialmente a liberdade física era o que se buscava de maneira incansável. Uma das primeiras conquistas foi a Magna Carta de 1215, além da *Petition of Right*, de 1628 e os dois *Habeas Corpus Acts*, de 1679 e 1816. (CAMARGO 2004).

“Juridicamente, o *Habeas Corpus* é um instrumento para garantir a liberdade física do indivíduo contra as prisões consideradas ilegais, eivadas de arbítrio e sem fundamentos legítimos.” (CAMARGO, 2004). Aqui está um grande avanço conquistado para defender o indivíduo das arbitrariedades do Estado.

E quem nos conta mais sobre a história da Magna Carta é a professora da Universidade de Pelotas (1986) Gilda Russomano:

Entre os velhos papéis amarelados que repousam sob os cristais das vitrinas do Museu Britânico, em Londres, estão os originais da Magna Carta, que João Sem Terra outorgou, sob a pressão crescente dos nobres ingleses.

Aquelas folhas, manuscritas há tantos séculos, nasceram das profundas raízes do sonho do homem de respeito à sua pessoa, aos seus bens e, entre estes, acima de todos, à sua liberdade. Os precedentes que antecedem o documento e as conseqüências que dele resultam, século após século, não raro penosamente, tornam a Magna Carta o suporte das conquistas liberais e o começo de uma nova era, em que, pela primeira vez, a pessoa humana passou a ser considerada, politicamente, como inviolável, sob a proteção do Direito.

Ali foi escrito, textualmente: “Nenhum homem será detido ou aprisionado ou despojado ou proscrito ou exilado ou, por qualquer maneira, destruído; não o subjugaremos, nem faremos com que o subjuguem, senão pelo legal julgamento de seus pares ou pela lei do seu país. A ninguém recusaremos ou procrastinaremos o direito ou a justiça.”

Esse enunciado vibrante colocou entre a pessoa do homem e o despotismo do governo a linha divisória da legalidade e, graças a isso, a Inglaterra se colocou à frente de todas as iniciativas que o mundo viria a consagrar, ao definir as garantias individuais do cidadão.

Entre essas garantias figurou, desde cedo, o instituto do *habeas corpus*.

O princípio enunciado pela Magna Carta assegura o direito do homem livre de não se ver privado de sua liberdade, nem sequer detido, sem prévio julgamento de seus pares ou segundo as leis expressas do seu país.

(RUSSOMANO, 1986).

Nota-se como foi e ainda é grande a tendência inferior do ser humano em querer dominar e subjugar o outro, atingindo o seu próximo em um dos seus direitos mais significativos. Desde épocas imemoráveis a subjugação e a servidão escravista foram as técnicas mais utilizadas de dominação ou punição. Mesmo após a declaração de 1215, da Magna Carta, outras atrocidades foram cometidas.

Importante transcrever aqui, as informações trazidas pelo professor, filósofo e pós-graduado em Direito Constitucional José Vasconcelos acerca do que os imperadores do Absolutismo foram capazes de fazer com os súditos dos seus impérios. É realmente absurdo e até supera um filme de terror tais atos praticados por um ser humano contra o seu próximo.

Em meio a essa ordenação de profunda anomalia social – porém sacramentada, venerada e reforçada pela cúpula sacerdotal, pela alta magistratura e por forças a serviço da guarda e dos costumes e do reinado -, o povo tornou-se vítima permanente dos caprichos dos soberanos e dos seus asseclas, sem recurso a nenhuma salvação. O monarca, sagrado e adorado, tudo podia fazer contra seu povo – servir-se deles em todos os sentidos, aplicar-lhes maus-tratos, cegá-los, lançá-los à guerra e à morte por

questiúnculas bizarras e pessoais, tirar-lhes os filhos e esposas, destinar-lhes a pior das desgraças, torturá-los da forma mais abominável, utilizá-los como motivo de troças e humilhação, fazê-los escravos, arrancar-lhes sangue e lágrimas em trabalhos intermináveis, despojá-los de bens e submetê-los ao que de mais pernicioso e ruim lhes passasse nas mentes, geralmente levando-os ao desequilíbrio diante das condições antinaturais assumidas. O povo passou a ser até mesmo considerado coisa descartável, somente servindo para o uso dos desejos e caprichos dos soberanos; em muitas ocasiões, transformavam os cidadãos em escravos que labutavam sofredamente a vida toda para construir obras reais, e depois simplesmente os matavam, aos milhares, para que não revelassem os segredos das construções efetuadas; ou cegavam-nos para que não pudessem realizar outras construções iguais; ou então utilizavam os súditos como comida, como fazia o imperador Bokassa, para si e para seus crocodilos.

Quando, então, da família desses usurpadores, brotavam os perversos, ao povo não sobrava nada além do terror. Apavoravam, estupravam, assassinavam com prazer sádico. Deleitavam-se com a tortura, ordenando execuções lentas e dolorosas. Homens, mulheres, velhos e crianças do povo eram tratados como brinquedos e objetos descartáveis, predominando a bestialidade, os excessos e as perversões sexuais.

Em épocas relativamente mais recentes ainda tivemos casos escabrosos e misteriosos de puro tiranismo com Henrique VII, na Inglaterra (século XVI); com Luiz XIV, na França (séculos XVII e XVIII); e daí por diante. Com efeito, no século XVIII – a despeito de despontarem as inteligências de Voltaire, Buffon e Diderot -, num país como a França, o rei dispunha de um instrumento terrível contra o cidadão, as "*lettres de cachet*". Eram cartas régias que, sem dar razão, mandavam prender quem quer que fosse, onde quer que fosse, por qualquer prazo. Eram exercícios do bel-prazer do rei. Por um simples gesto, poderia colocar um cidadão na Bastilha e simplesmente esquecê-lo, e o morto-vivo padecia por 20, 30 anos ou mais, na maioria das vezes sem saber sequer por que estava suportando aquele suplício. (...) Em Paris, em 1779, existiam cerca de 30 prisões em que alguém podia ser encerrado sem julgamento. O czar Paulo da Rússia, no século XVIII, chegou a impor o controle sobre cada aspecto da vida dos cidadãos, nos mínimos detalhes (como por exemplo, ele implicou até com o vestuário e a aparência das pessoas que, se não obedecessem às suas imposições, eram sujeitas a pena de prisão, multa e confinamento).

A verdadeira usurpação é aquela em que o direito dos cidadãos é subtraído por um indivíduo que se intitula de rei, príncipe ou imperador, ou por uma família ou grupo que se apossa do direito de decidir os assuntos de uma comunidade ou de uma nação.

E a maior armação contra o povo: os usurpadores estabeleceram como pior crime contra a sociedade que o povo pensasse e requeresse o seu direito soberano de se autogovernar. (...) passou-se a se considerar a mais grave infâmia o chamado "crime de lesa-majestade", o qual, como punição, requeria a mais severa pena. Por toda a parte, os monarcas sempre se inclinaram a castigar os cidadãos de uma forma sofrível e penosa: empalados, queimados vivos, esquartejados, rasgados, tendo seus olhos e línguas arrancados ainda com vida.

Realmente, a execução dos cidadãos sempre foi impiedosa; o seu estilo cruel superou, em muitos casos, até mesmo as punições de heresias executadas pela Inquisição.

(VASCONCELOS, 2011).

Depois dessa narração absurda do Estado Absoluto, façamos um paralelo sobre o nosso atual Estado Democrático com os comentários de dois juristas, Miguel Reale, que por sua vez ressalta o que a Constituição brasileira positivou, enquanto respectivamente Newton Cesar Pilau ressalta o que ainda temos por fazer:

Hoje em dia não se reconhece apenas o direito de livre pensamento ou direito de reunião, como já acontecia na Constituição de 1891 ou na Constituição do Império, porque se reconhece o direito ao trabalho, ou o direito à subsistência, que são esteios da chamada socialização do Direito. Especial destaque é dado aos chamados *direitos fundamentais da pessoa humana*, tais como os relativos à tutela da intimidade e dos meios indispensáveis à realização dos valores da liberdade e de uma existência condigna.

O legislador constituinte de 1988 não se contentou, porém, com a extensa lista de direitos consagrados na Secção supralembada, porquanto, na linha seguida pelas Constituições anteriores, dedicou títulos especiais para disciplina da ordem econômica e financeira e da ordem social, assegurando novos direitos públicos subjetivos no plano da atividade empresarial, da saúde, da previdência e assistência sociais, da educação, da cultura etc.

(REALE, 2004).

Enquanto que Newton Cesar destaca o seguinte pensamento:



Verificamos ainda que, a cada dia, solenemente se declaram novos direitos, mas, da mesma forma como são declarados, são, no todo, desrespeitados. Com isso, destacamos que o valor simbólico das declarações e da positividade dos direitos humanos é de fundamental importância para a construção de uma sociedade justa que vise pôr em prática um Estado democrático de direito.

(PILAU, 2003).

Sempre houve e talvez sempre haja direitos que serão reconhecidos pelo Estado, que estarão perfeitos e objetivados no papel, sem que isso garanta o respeito imediato pela sociedade ou pelo próprio Estado que quase sempre se omite de cumprir aquilo que promete ou leva certo tempo para realmente pôr em prática que diz a teoria.

#### **6. Responsabilidade e a importância do respeito à liberdade de pensar dos outros**

Importa considerar aqui, que a sociedade de modo geral, ainda precisa eliminar preconceitos ou discriminações quanto às maneiras diferentes de cada um em pensar e ser como é. Como cidadãos, devemos sempre que possível passar adiante as ideias universalistas, buscando sempre que possível respeitar os diferentes pontos de vista, assim como gostaríamos que nos respeitassem nas nossas convicções pessoais. Obviamente podemos discordar de alguém, mas isso não significa que devemos ser excludentes.

#### **7. Limites à liberdade, criminologia e psicopatologia**

A incidência sancionatória da lei se mantém utilizando o Código Penal, que mesmo sendo velho na visão de muitos por estar em vigência desde 1940, ainda assim trata com maior rigor os crimes hediondos, baseando-se no fato de que sem a vida, é impossível ao indivíduo desfrutar e usufruir dos bens materiais e intelectuais de que tem direito.

A vida é o maior patrimônio do homem e deve ser protegida e valorizada da melhor maneira possível. E não basta apenas viver, o indivíduo precisa ainda ter a sua *liberdade de viver* assegurada. Neste sentido, a lógica do Código Penal se mostra correta. Infelizmente a teoria nem sempre acompanha a prática e paradoxalmente se tem uma enorme quantidade de criminosos livres, capazes de crimes bárbaros, que até certo ponto parecem ser beneficiados pela lei.

No âmbito criminal, o réu quando condenado por um dos crimes considerados mais graves, tem a sua liberdade de ir e vir suspensa em maior ou menor grau conforme a gravidade do delito. Indiscutivelmente um criminoso com a sua liberdade em exercício representa um perigo constante para a sociedade.

Infelizmente os fatos mostram que o tolhimento da liberdade desses indivíduos maléficos resolve muito pouco a situação. E quando recuperam os seus direitos após o cumprimento da pena, voltam a cometer os mesmos delitos ou até piores. Se a criação do atual sistema carcerário foi com a boa intenção de recuperar esses indivíduos perturbadores da ordem e da paz social, a situação mencionada demonstra o fracasso não só do Estado, mas de toda a sociedade. Situação que se agrava há tempos e já era discutida em 1974 por Henri Ellenberger que faz uma reflexão sobre o estudo científico da prisão:

Sabe-se quando os efeitos da prisão se revelaram diferentes daquilo que esperavam os promotores da grande reforma penal do fim do século XVIII e começo do século XIX. A prisão celular prolongada deu causa às psicoses carcerárias, mas, por sua vez, o sistema de prisão em comum produziu, muito rapidamente, efeitos deploráveis de outra ordem: viu-se instalar o governo dos prisioneiros, pelos mais perversos, o reino dos "caids"<sup>1</sup>, com o pretenso, "código da prisão"; a homossexualidade generalizada, e foi assim que a prisão se tornou, como se costuma dizer "a universidade do crime com os reincidentes como mestres e o registro judiciário como diploma."

O problema consiste, então, precisamente, neste: *A prisão é uma instituição intrinsecamente nociva, ou poderá vir a ser uma instituição de tratamento?*

Nota do autor: <sup>1</sup> CAID – chefe, cabeça de certo grupo de prisioneiros que exerce posição de destaque sobre os demais. (ELLENBERGER, 1974).

Dentre os criminosos, há aqueles chamados psicopatas, que a Psicologia e a Psiquiatria basicamente os classificam como incapazes de sentirem compaixão ou remorso pelo seu semelhante. Parecem viverem em uma condição subjetiva onde se sentem em plena liberdade absoluta, onde não importa nenhum pouco a liberdade nem mesmo a vida dos outros e a dimensão do mal que podem causar com as suas atitudes.

Analisando o parecer da psiquiatra Ana Beatriz Silva sobre indivíduos antissociais, a situação parece ficar ainda mais grave, porque é possível notar que segundo as suas classificações, os perturbadores do bem estar social estão por toda a parte, inclusive em um local onde já se suspeitava: no Congresso Nacional.

É preciso ficar claro que indivíduos antissociais são aqueles que se relacionam sem qualquer receio ou constrangimento com diversas pessoas, mas não seguem nenhuma ética ou valores morais necessários para uma boa e saudável convivência social. Esses indivíduos, também conhecidos como *sociopatas* ou *psicopatas*, geralmente estão camuflados de pessoas “do bem” e utilizam-se da boa-fé e generosidade dos outros para obterem vantagens próprias. Os antissociais ou psicopatas são frios, manipuladores e incapazes de sentir culpa, remorso ou compaixão. Abrangem desde estelionatários, golpistas e corruptos, até os perigosos transgressores de regras sociais, como os assassinos ou *serial killers*.

Nota da autora: \* Tema do livro *Mentes Perigosas – a psicopata mora ao lado*.  
(SILVA, 2012).

Mas enquanto eles estão soltos por aí, ou presos fisicamente, mas mentalmente livres e com tempo de sobra para elaborarem os mais terríveis atos (pois não se pode proibi-los de pensar), estamos nós presos dentro de nossas próprias casas, trancafiados com os mais modernos meios de segurança, com as nossas liberdades em constante ameaça.

Onde está a garantia da nossa liberdade de ir e vir, quando queremos passear pela cidade à noite ou até de dia sem a constante preocupação com os assaltos? Onde está a liberdade de comerciantes e empresários em terem seus estabelecimentos comerciais seguros? E se a Constituição nos assegura a liberdade de escolha profissional e de trabalho, por outro lado não existe local seguro no comércio, onde os índices de assalto são elevados.

São imensamente complexas as discussões acerca do porquê da existência do crime. É a educação que não receberam? São problemas psicológicos e individuais?

No caso dos corruptos é a ganância materialista e o egoísmo no mais alto grau, que torna o indivíduo capaz de pensar só em beneficiar a si mesmo, não importando o prejuízo que possa causar a milhares de pessoas?

Acredito que todos nós, ou pelo menos boa parte da população, desde cedo já ouviu falar sobre os limites dos nossos direitos e o respeito que devemos ter com o próximo, mas pelo visto muitos não quiseram aprender sobre essas importantes lições para vida.

A análise das relações entre os direitos fundamentais demonstra que o exercício do direito à liberdade encontra a sua justa medida de contenção na esfera jurídica do outro. Desde a mais tenra idade, fomos condicionados com frases do tipo “minha liberdade (meu direito) termina onde começa a (o) do outro”, a partir das quais, instintivamente, já começamos a inferir a existência de limites ao exercício da liberdade humana. (...) Logo, se é certo que a liberdade é algo inerente à condição humana, muito mais evidente é que haverá certos tipos de atos que serão proibidos pela ordem jurídica, por superiores razões de interesse público e convivência social. (...) Tais limites, do ponto de vista da teoria geral do direito, consistem no estabelecimento de sanções a determinados tipos de conduta que podem ser praticadas pelos indivíduos, no exercício de sua liberdade.

(STOLZE GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, 2008).

Então o que fazer, se o cárcere que teria por finalidade recuperar os delinquentes, é escola de aperfeiçoamento na delinquência?

## 8. Somos livres atualmente? Como Estado controla os cidadãos atualmente?

Refletindo sobre a atual condição em que vivemos, vejamos um exemplo de poder do Estado sobre nossa liberdade: salvo as exceções, ainda somos obrigados a votar. Seríamos livres de fato para escolher um candidato ou não? E aquele que não quer votar, será que vai votar consciente ou em qualquer um?

Há ainda denúncias de fraudes em urnas eletrônicas que a mídia insiste em dizer que são de alta tecnologia e referência para muitos países no mundo. Será? Não é o que diz o deputado Fernando Chiarelli em algumas sessões do plenário. Um vídeo sobre a denúncia circula na Internet pelo canal You Tube (o link está nas referências).

Este assunto rende outro artigo e nos cabe a pergunta: vivemos realmente em um sistema democrático ou tudo isso não é mais uma farsa? Ou talvez Vladimir Safatle (2012)

esteja correto ao afirmar em um artigo que “a democracia não está realizada, ela é uma ideia por vir.”.

Interessante também a análise, talvez precognitiva de (Aldous Huxley, 1894/1963): “A ditadura perfeita terá as aparências da democracia, uma prisão sem muros na qual os prisioneiros não sonharão com a fuga. Um sistema de escravatura onde, graças ao consumo e ao divertimento, os escravos terão amor à sua escravidão”.

Será que somos livres inclusive para pensar? Muitos dirão: “obviamente que sim, pois penso no que eu quiser”, mas querendo *complicar* esta questão, será mesmo que pensamos no que queremos ou pensamos como querem que pensemos? Como o Estado nos considera? Marionetes que servem apenas para pagar impostos? Vítimas do capitalismo fáceis de manipular pelas mídias? Conforme a publicitária Mabel Telles (2011): “A sedução publicitária cria mundo ectópico de fantasias e ilusões, pregando o consumismo enquanto meta de vida ou objetivo existencial.”.

Pensemos por um instante em termos financeiros: uma população grande como somos no Brasil, um dos Estados onde se paga os impostos mais caros do mundo, incentivados ao consumismo, com muitas pessoas beirando os limites do endividamento. Com um imposto de renda, que na sua faixa mais alta de incidência cobra 27,5 % mensalmente sobre aqueles que ganham um salário melhor, mas em contraprestação, não se tem quase nada de retorno nos setores de educação, transporte, saúde e segurança pública, e contamos com um sistema tributário mais que eficiente, de tecnologia de países de primeiro mundo, com o controle de nossas contas bancárias e agora com a novidade do CPF na nota fiscal dos gaúchos, que por enquanto ainda não é obrigatório, entre outras eficiências em termos de cruzamento de dados.

Penso que qualquer brasileiro se deixaria ser “vigiado” financeiramente pelo governo se ele cumprisse a sua parte e não desviasse os recursos obtidos com impostos da sua finalidade, que é fazer cumprir o que está nos princípios constitucionais.

Infelizmente não temos liberdade de escolha. Nós enquanto consumidores, estamos encurralados pela competência tributária que cabe a cada pessoa jurídica de direito público (Estados, Municípios, Distrito Federal e União) retirar dos nossos bolsos e do suor do nosso trabalho para quase nada de retorno.

## 9. Considerações finais

O presente artigo está longe de esgotar um assunto tão complexo como a liberdade. Conceituar liberdade não é tarefa fácil, em determinados ângulos está muito ligado à subjetividade de cada um, assim como a felicidade, que varia de indivíduo para indivíduo e permanece nas especulações filosóficas desde os tempos remotos dos imortais filósofos gregos.

Ao final do artigo, algumas questões precisariam de maior aprofundamento, como o fim do voto obrigatório, que poderíamos chamar futuramente quem sabe de liberdade eleitoral ou na impossibilidade da existência de uma liberdade tributária, que talvez não seja o ideal, mas sim o Estado cumprindo os recursos que obteve da sociedade na sociedade e para a sociedade.

Se na teoria constitucional, temos tantas “regalias”, como se vivêssemos em uma espécie de paraíso ou quase isso, uma grande parcela da população ainda não sabe da metade dos direitos que possui e é incentivada a não se interessar em saber, o que não incomoda ao Estado.

Evidentemente sempre buscamos a nossa liberdade. Tivemos a conquista de não ir mais para a fogueira por pensar diferente. Logo após a servidão, as torturas físicas e psicológicas, nos libertaram das correntes, porém continuam nos incentivando a agir, consumir e a pensar como quiserem.

Se pelo menos agora o Estado já declara tais direitos e os considera como cláusulas pétreas, resta de nossa parte cobrar, ter interesse, vencer as diversas formas de manipulação que se disseminam por aí e fazer valer nossos direitos, não deixando de lado a honestidade de fazer a nossa parte nos nossos deveres como cidadãos.

É um desafio ter alternativas e caminhos próprios, diferentes daqueles previamente trilhados onde ninguém tem a ousadia de questionar para onde está indo. Onde quem usa sua liberdade de escolha e vai por outra direção é logo taxado como louco, anormal e coisas do gênero. Alguma semelhança com os sistemas opressores de outrora?

Renovemos atitudes, não sendo mais oprimidos em nossa liberdade e opressores da liberdade dos nossos semelhantes. E se a sociedade prezasse por valores nobres como

respeito, sensibilidade, fraternidade, discernimento e a busca do melhor para todos, liquidando com o egoísmo vigente, viveríamos inevitavelmente em um paraíso? São apenas utopias, mas me permito usar da minha liberdade pessoal de pensar e até sonhar com este ideal, porque como já ouvi dizerem por aí “sonhar ainda não paga imposto”.

#### THE ABSENCE OF ABSOLUTE FREEDOM

#### Abstract:

This article is a reflection on one of the constitutionally guaranteed rights of personality: freedom. Discussing freedom in some of the most varied fields, the article also makes a historical review, to inform the reader or the reader, of the first acts that have sought knowledge that respect for freedom of the people, known as *habeas corpus*. Omitting, however, human acts more harmful and reprehensible committed in the name of an exclusionary ideology and step-down of the human condition from different social groups, such as blacks and subjects of warring absolutist. Because it is a broad topic, throughout the article was necessary to bring philosophical and doctrinal approaches to conceptualize is about freedom and right, as well as the need to criticize some paradoxes as our false sense of freedom in terms of freedom of choice and real feeling of constant insecurity, in the exercise of our individual freedom. Still discussing about our prison system, which has some strict laws on the one hand, often benefits the criminals of the worst kind of another, including “suit and tie”.

**Keywords:** Freedom. Personality Rights. Democracy.

#### Resumen:

Este artículo es una reflexión sobre uno de los derechos garantizados por la Constitución de la personalidad: la libertad. Hablar de libertad en algunos de los más diversos campos, el artículo también se hace una revisión histórica, para informar al lector o al lector, de las primeras medidas que han buscado el conocimiento que el respeto por la libertad del pueblo, conocido como *habeas corpus*. La omisión, sin embargo, los actos humanos más dañinos y reprensibles cometidos en nombre de una ideología excluyente y de bajada de la condición humana de los diferentes grupos sociales, como los negros y los temas de guerra absolutista. Debido a que es un tema muy amplio, todo el artículo era necesario traer filosófico y doctrinal acerca a conceptualizar es acerca de la libertad y de derecho, así como la necesidad de criticar algunas paradojas como nuestra falsa sensación de libertad en términos de libertad de elección y real sentimiento de inseguridad constante, en el ejercicio de nuestra libertad individual. Todavía se discute sobre el sistema penitenciario, que cuenta con unas leyes estrictas, por un lado, a menudo beneficia a los delincuentes de la peor clase de otra, como “traje y corbata”.

Palabras clave: Libertad. Derechos de la Personalidad. Democracia

#### REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Yuri. *Negros no Brasil*. Disponível em:

<<http://meuartigo.brasilecola.com/historia-do-brasil/negros-no-brasil.htm>>, acesso em: 08 out 2013.

CAMARGO, Mônica Ovinck de. *A Conquista da Liberdade: aspectos históricos do surgimento do Habeas Corpus na Inglaterra*. Novos Estudos Jurídicos – v.9 – n.3 - p.595-616, set./dez.

2004. UNESC – Universidade do Extremo Sul Catarinense.

CHIARELLI, Fernando. *Urnas eletrônicas são uma farsa*. Disponível em:

<<http://www.youtube.com/watch?v=IC9NWfSPPQs>>, acesso em: 08 out 2013.

ELLENBERGER, Henri. *Reflexões sobre o estudo científico da prisão*. Trad. e notas de Luís Carlos Azevedo, professor da Universidade de Montreal in *Ciência Penal 2*. Direção de Miguel Reale Junior, 1ª ed. São Paulo: Bushatsky, 1974. p. 17

GOYARD-FABRE, Simone. *Os Fundamentos da Ordem Jurídica*. Trad. de *Les Fondements de L'ordre Juridique* por Cláudia Berliner. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 14 do Prefácio.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, elaborado pelo Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C Ltda. 1ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva editora, 2009. p.1175.

KANT, Immanuel. *Critique de la raison pure*. 2ª ed. Bibliothèque de la Pléiade, t. I, p. 1311, nota. Paris – França.

- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. *Do Espírito das Leis*. Trad. Roberto Leal Ferreira do original *De l'Esprit des lois*. 1ª ed. São Paulo: Martin Claret, p. 166 e 167.
- PILAU, Newton Cesar. *Teoria Constitucional Moderna – Contemporânea e a Positivização Dos Direitos Humanos Nas Constituições Brasileiras*. 1ª ed. Passo Fundo: Unicruz / UPF editora, 2003.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed. ajustada ao novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2004. p.270.
- RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. *O Habeas Corpus, Rui e Pedro Lessa*. 1ª ed. especial comemorativa in Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul: 60 Anos de Existência, org. Por Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros. Porto Alegre: IARGS, 1986. p. 448 e 449
- SAFATLE, Vladimir. *A democracia que não veio*. Disponível em:  
< <http://revistacult.uol.com.br/home/2012/12/a-democracia-que-nao-veio/>>, acesso em: 08 out 2013
- SILVA, Ana Beatriz Barbosa. *Mentes Ansiosas – Medo e Ansiedade Além dos Limites*. 1ª ed. de bolso. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 74.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22ª. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p.140.
- STOLZE GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil vol. 1 – Parte Geral*. 10ª ed. São Paulo – SP: Saraiva 2008. p.136.
- TELLES, Mabel. *Profilaxia das Manipulações Conscienciais*. 2ª ed. Foz do Iguaçu: Editares, 2011. p. 143.
- VASCONCELOS, José. *Democracia Pura*. 2ª ed. São Paulo: Nobel, 2011. p. 49 a 51.



### 1.2.3 A mulher na sociedade e no judiciário brasileiro e o princípio constitucional da isonomia<sup>1</sup>

Bruna Moraes da Costa Weis (autora)<sup>2</sup>  
Carolina Elisa Suptitz (orientadora)<sup>3</sup>

#### RESUMO

A presente pesquisa procurou relacionar de forma harmônica as ciências jurídicas e as ciências sociais, tendo em mente que ambas ciências são fundamentais para um melhor estudo comparado do direito com a atual realidade brasileira. Nesse contexto, esse trabalho tem por objetivo discorrer sobre a mulher, indivíduo de iguais direitos e deveres aos indivíduos do gênero masculino, nesse viés, essa pesquisa tem a intenção de apresentar uma análise de dados da vivências de mulheres que quebraram barreiras e regras, previamente ditadas por uma sociedade discriminatória e patriarcal, e galgaram altos degraus de destaque na sociedade e no judiciário brasileiro, mostrando que uma igualdade de oportunidades entre os sexos é possível e engrandece à todos. Fundamentada na isonomia, esse trabalho esclarecerá que sim, uma igualdade positiva entre homens e mulher é possível, não só possível como necessária para o engrandecimento do nosso país e do mundo onde vivemos. Para esse trabalho foram realizadas pesquisas em Santa Maria e Porto Alegre, acerca do espaço que o gênero feminino vem conseguindo conquistar tanto no papel social quanto profissional. Desse modo, primeiramente para chegar a este trabalho, estudou-se a cronologia da mulher na história, após foi desvendado seu espaço na sociedade e por fim seu papel de destaque no Poder Judiciário brasileiro atual.

**Palavras-chave:** Mulher – Judiciário – Direito – Igualdade – Sociedade.

#### INTRODUÇÃO

Desde a teoria da criação dos seres humanos, a sensibilidade e a clareza são referidas como reflexo do feminino, esses adjetivos referidos às mulheres tem grande colaboração nas influências humanas: *"Na imagem tradicional (embora muito modificada), o homem é um ser que fala forte, grosso, em voz alta, de gestos decididos, que impõe pela força, que não pede licença nem desculpas"*.<sup>4</sup> Mesmo tendo-se em mente que nossa atual sociedade ainda carrega dogmas patriarcais, com o passar dos séculos o papel fundamental da mulher vem sendo cada vez mais mundialmente reconhecido. O feminino, após várias lutas pelos seus direitos e seu reconhecimento em todas as áreas da vida social e profissional, vem conquistando os postos consagrados da sociedade, mostrando que a mulher não é só uma mãe, uma esposa, uma dona de casa, mas sim uma líder de destaque, uma conquistadora, uma guerreira dentro e fora do seu lar.

Nesse sentido, o presente estudo tem como temática central a mulher, sua importância na sociedade, suas conquistas e seu crescimento no Poder Judiciário brasileiro. Em específico, o estudo se concentra na brava luta, dessas guerreiras pelo reconhecimento de seus direitos, sobretudo o da igualdade de oportunidades e condições ao gênero masculino, e no crescente número que as mulheres vêm ocupando, em cargos de destaque na justiça brasileira, assim, como também, a definição e aplicação do Princípio da Igualdade, ou Princípio da Isonomia, trazido pela legislação brasileira.

Este trabalho procurará desmitificar a visão contorcida de uma sociedade tradicionalmente machista e predominantemente patriarcal, que vê, ora com insegurança, ora

<sup>1</sup> Resultado parcial do Trabalho de Conclusão de Curso intitulado "A evolução da mulher, seus direitos e a igualdade: uma análise do espaço da mulher no judiciário e na sociedade brasileira e peruana", defendido na Faculdade de Direito de Santa Maria - FADISMA, vinculado à Linha de Pesquisa: "Constitucionalismo, Concretização de Direitos e Cidadania".

<sup>2</sup> Autora, bacharel em Direito pelo Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA). Pós-graduanda em Direito Constitucional e Pós-graduanda em Ciências Penais ambas na Universidade Anhanguera Uniderp – Rede LFG. Email: bruna\_weis@hotmail.com, Currículo Lattes: Disponível em: <<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4939122T6>> Acessado em: set. 2013.

<sup>3</sup> Orientadora, graduado em Direito pela UFSM, mestre em Direito pela UNISINOS, advogada, professora das áreas de Hermenêutica Jurídica e Metodologia da Pesquisa. na Faculdade de Direito de Santa Maria. E-mail: carolina@fadisma.com.br, carolina.suptitz@gmail.com

<sup>4</sup> MORAIS, Vamberto. A Emancipação da Mulher: As raízes do preconceito antifeminino e seu declínio. São Paulo/SP: Ed. Gráfica e Cital, 1989, p. 167.

com admiração, a força do papel feminino na sociedade, sua busca pelo reconhecimento dos seus direitos e, também, sua ação em prol da justiça, ocupando cargos de destaque não apenas no Judiciário, mas também de forma segura nas demais esferas de poder.

Sendo assim, essa pesquisa esclarecerá a fundamental importância feminina, não apenas na sociedade, mas sobretudo na justiça e no direito brasileiro do século XXI. Com base no Princípio Constitucional da Isonomia ou Igualdade, e nos Direitos Humanos e Universais do século XXI, estamos frente a grandes transformações sociais, jurídicas e políticas, referente aos gêneros.

Tanto é assim que esse trabalho trará consigo uma longa pesquisa sobre o crescente número de mulheres em instâncias superiores, representando a garra feminina em desbravar altos níveis profissionais com atitude e competência.

Como referido anteriormente, mesmo com essa força avante feminina em cargos de destaque, a mulher sofre preconceitos e pré-conceitos, pois ainda assim é vista como frágil, sem muita força e autoridade, para exercer tranquilamente suas funções e ser respeitada, tanto no seu ambiente de trabalho, como também pela sociedade, que é na sua maioria machista.

Como efeito, através de um estudo histórico e pesquisas de campo, este trabalho esclarecerá o que é ser mulher para uma sociedade que aos poucos deixa de ser predominantemente patriarcal para assumir a postura de uma sociedade que preza em igualar gêneros e respeitar os indivíduos como iguais, possibilitando que todos tenham as mesmas oportunidades.

O tema acolhido por esta pesquisa se insere na Área de Concentração: Direito, Sociedades Globalizadas e Diálogos entre culturas Jurídicas, uma vez que se pretende realizar a pesquisa como troca de conhecimentos jurídicos, bem como relacionar o direito em um aspecto interdisciplinar de forma a interligar conhecimentos, proporcionando uma pesquisa ampla na área das ciências humanas jurídicas e sociais.

Também está diretamente relacionado à Linha de Pesquisa: Constitucionalismo, Concretização de Direitos e Cidadania, observando-se que o trabalho relaciona-se, estreitamente, com os Direitos Humanos e fundamentais, em especial, ao que se refere às mulheres e suas reivindicações em defesa dos seus direitos. Sendo que o método de abordagem é o analítico-dedutivo, uma vez que se pretende analisar diferentes opiniões sobre o tema em questão, por meio de pesquisas bibliográficas dentro do território nacional.

## 1. O FATOR FEMININO NA SOCIEDADE, NA CONSTRUÇÃO DA JUSTIÇA E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA

Os seres humanos já ao nascer apresentam suas definições anatômicas previamente determinadas, com características que irão definir se aquele indivíduo é do gênero feminino ou masculino, na medida em que sua anatomia o determinará em que grupo será colocado. A partir dessa constatação, desencadeará toda uma série de valores estereótipos e expectativas, moldadas na condição de separar e distanciar os gêneros e suas circunstâncias.<sup>1</sup>

A definição da construção histórica de papéis de gênero, referenciando a desigualdade entre homens e mulheres, pai e mãe, menino e menina, traduz a ideia de que essa visão, voltada às diferenças, vem de casa, das relações no âmbito doméstico que envolvem a criação e desenvolvimento do indivíduo. Essa estereotipagem interfere na qualidade de vida de ambos os sexos que passam a ser vistos como seres distintos em sua totalidade e não como apenas seres humanos, dando assim um aspecto contorcido do que teoricamente é e deve ser o masculino e o que é e deve ser o feminino, na sociedade.

Nesse sentido, relata Mary Gergen acerca da distinção psicológica e social do que vem a ser os gêneros humanos, feminino e masculino:

[...] esperamos que os homens sejam mais fortes, mais objetivos, mais competentes e mais independentes que as mulheres – resultados que são óbvios na vida cotidiana. Espera-se que as mulheres sejam mais fracas, menos competentes e que se expressem de maneira mais emocional e subjetiva que os homens.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> CARDOSO, Reolinas S. GRISCI, Carmem Ligia Iochins. VIEIRA, Laura Helena Chaves Nunes. GUARESCHI, Neuza Maria de Fátima. LAMAS, Berenice Sica. STREY, Marlene Neves. KUDE, Vera Maria Moreira. É uma Mulher. Petrópolis – RJ/Brasil: Ed. Vozes, 1994, p.12.

<sup>2</sup> GERGEN, Mary McCanney. O pensamento feminista e a estrutura do conhecimento. Rio de Janeiro/RJ: Ed. Rosa dos Tempos, 1993, p. 186.

Um reflexo da distinção entre os gêneros se encontra presente na nossa Constituição de 1988, na qual ao mesmo tempo em que protege homens e mulheres, também demonstra a distinção entre os sexos, sinalizando a diferença positiva de tratamentos entre homens e mulheres.<sup>1</sup> Um exemplo é o direito à licença-maternidade, a qual já foi acolhida na Europa pela Convenção Europeia de Direitos Humanos como sendo um direito comum e igual de ambos os sexos após o nascimento do filho do casal, o que diverge da forma discriminatória como a licença-maternidade é aplicada no Brasil.<sup>2</sup> Nessa tentativa do ordenamento jurídico brasileiro em proteger as minorias e os, teoricamente, mais frágeis e necessitados, as leis nacionais acabam por evocar uma dessemelhança entre os indivíduos.

Nesse sentido, entre as conquistas que podem ser aplicadas em relação à mulher, destaca-se a importância do Princípio da Isonomia ou Igualdade. Tal princípio refere-se a um dos mais importantes princípios fundamentais presentes na atual Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, elucidado no Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo I, Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, Art.5º, Caput, que trata de que: *“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”*.<sup>3</sup> Este princípio prioriza que todos nascem e vivem com os mesmos direitos e obrigações perante o Estado, não devendo haver discriminação entre os indivíduos, consistindo em tratar iguais como iguais e desiguais como desiguais, na medida de sua desigualdade, mas não fazendo dessa desigualdade um objeto de diferença. Tal princípio fundamental também está disperso por vários outros dispositivos constitucionais, tendo em vista a preocupação da Carta Magna em concretizar o direito à igualdade.<sup>4</sup> Conforme Paulo Bonavides: *“De todos os direitos fundamentais a igualdade é aquele que mais tem subido de importância no Direito Constitucional de nossos dias, sendo, como não poderia deixar de ser, o direito-chave, o direito-guardião do Estado social.”*<sup>5</sup>

O Princípio da Isonomia evoca, sobretudo, a igualdade de direitos e deveres, o respeito à dignidade humana. No entanto, no momento de sua concepção, na Constituição Federal de 1988, este princípio também dificultava a participação da mulher na vida política, social, econômica e cultural, pois como também determinavam as demais ramificações da lei, o Princípio da Isonomia prezava pela hierarquia da família moldada no Código Civil de 1916, Código vigente no momento da criação da Constituição de 1988.<sup>6</sup>

O Código Civil de 1916 foi substituído pelo então atual Código Civil de 2002, onde o princípio da isonomia passou a ser a maior referência na igualdade substancial entre homens e mulheres, levando-se em conta a abolição dos antigos artigos discriminatórios evocados pelo anterior Código Civil de 1916, que ainda carregavam uma visão retrógrada de distinção de gêneros, que eram evocados para frear as garantias fundamentais elucidadas pelo Caput do Art. 5º da Constituição de 1988.<sup>7</sup>

A evolução da legislação Civil, promulgada ao longo dos últimos 21 anos, possibilitou a abertura de novos caminhos para o acolhimento do sentimento de igualdade entre todos os indivíduos, aboliu várias formas de discriminação e tratamento desigual entre os gêneros, assim como propiciou e ainda proporciona a melhor interpretação das leis e normas, buscando uma maior igualdade a todo o momento entre todos os seres humanos, se despidendo pouco-a-pouco de qualquer forma de diferenciação, discriminação e desigualdade.<sup>8</sup>

No entanto, não são apenas as leis que devem propor a igualdade, mas a mentalidade de todos os cidadãos deve ser aprimorada, expandida, como esclarece Maria Alice Rodrigues:

<sup>1</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O Princípio Constitucional da Igualdade. Belo Horizonte/MG: Ed. Lê, 1990, p. 75. JOÃO, Sidnei Máximo, O trabalho e o Direito da Mulher. São Paulo – SP/Brasil: Ed. Lumen Juris, 1997, p.35.

<sup>2</sup> Site Consultor Jurídico: Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mar-22/pai-direito-mesma-licenca-mae-cuidar-filho-corte-europeia>> Acessado em: mar. 2012.

<sup>3</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília/DF: Edição Administrativa: Senado Federal. 2012.

<sup>4</sup> Site Jurisway: Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=4891](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4891)> Acessado em: out. 2012.

<sup>5</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 7ª ed. São Paulo – SP/Brasil: Ed. Malheiros editores, 1997, p. 341.

<sup>6</sup> RODRIGUES, Maria Alice. A Mulher no Espaço privado: Da incapacidade a igualdade de direitos. Rio de Janeiro – RJ/Brasil: Ed. Renovar, 2003, p. 110 - 111.

<sup>7</sup> MARTINS, Fernando Rodrigues. A afirmação feminina na igualdade substancial familiar. São Paulo – SP/Brasil: Ed. Revista dos Tribunais, Ano 9, n.33, Jan. Mar./2008.

<sup>8</sup> LUZ, Alex Faverzani da. FUCHINA, Rosimeri. Evolução histórica dos direitos da mulher sob a ótica do direito do trabalho – Trabalho apresentado e publicado nos anais do II Seminário Nacional de Ciências Políticas da UFRGS.

O princípio da igualdade de direitos entre homens e mulheres, consagrado na Constituição de 1988, resultado de décadas de lutas das mulheres contra discriminações, é dos mais difíceis e complexos de serem concretizados, pois uma legislação igualitária não é suficiente para "extirpar as discriminações e os vícios nas relações de gênero, profundamente enraizados na sociedade".<sup>1</sup>

Não há mais espaço para discriminações. A sociedade contemporânea, do século XXI, deve dar-se conta que há uma forte necessidade de que todos os cidadãos revejam seus conceitos, aceitem, e, sobretudo, respeitem as diferenças, sejam elas de gênero, religião, etnia, orientação sexual etc. Para nossa sociedade crescer livre de discriminação e bela, a igualdade de direitos e condições deve ser elevada ao seu máximo, assim como progressivamente temos visto em várias áreas profissionais, onde, aos poucos, as mulheres tem alcançado grande destaque, ao mesmo tempo em que galgam cada vez mais por cargos de altos níveis que, anteriormente, muitos eram tidos como prerrogativas masculinas de liderança.

## 2. A MULHER NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

*"O homem é definido como ser humano e a mulher é definida como fêmea. Quando ela comporta-se como um ser humano ela é acusada de imitar o macho."*  
Beauvoir, Simone<sup>2</sup>

Segundo dados da ONU, entre 1950 e 2010, de 7 bilhões de pessoas do nosso planeta, há apenas aproximadamente 57 milhões de homens a mais do que mulheres. Nos Continentes desenvolvidos, a proporção de mulheres para homens é maior, assim como também na América do Sul, onde são 98 homens para cada 100 mulheres. No Brasil, o número de mulheres é maior que o de homens, na medida em que, de acordo com dados do IBGE, em 2010 eram pouco mais de 97 milhões de mulheres e cerca de 93 milhões de homens.<sup>3</sup>

A Secretaria Geral da Organização das Nações Unidas avalia que existem cerca de 1,2 bilhões de pessoas em todo o mundo vivem abaixo da linha da pobreza, e desse total, 70% são mulheres.<sup>4</sup> No Brasil, pesquisa realizada pelo Instituto Ethos em 2003 constatou que apenas 9% das mulheres ocupam cargos de chefia ou direção de grandes empresas.<sup>5</sup>

Os índices positivos relacionados à mulher são consideravelmente baixos, levando em conta que a população feminina é a que mais aumenta em países desenvolvidos ou com forte desenvolvimento, o que de fato demonstram que o espaço da mulher na sociedade ainda não é igualmente comparado ao espaço dos homens, nesse sentido segundo a OIT:

Basta lembrar que a OIT – Organização Internacional do Trabalho, órgão da ONU, contabilizou, em seus dados estatísticos, que o percentual de mais de 50% da força de trabalho no mundo, está nas mãos das mulheres. Curiosamente, porém, representam mais de 70% do contingente que, no planeta, situa-se abaixo da linha da pobreza. Os dados estatísticos provam, portanto, ser a mulher a mais apenada socialmente com o problema da exclusão social.<sup>6</sup>

A mulher tem marcado as últimas décadas mostrando que sua competência persiste em todos os campos da sociedade, desde as relações familiares, como também no trabalho e nas relações na esfera de poder. O feminino, embora ainda taxado como sexo frágil, tem se mostrado forte o bastante para competir bravamente no mercado de trabalho e nos demais desafios relacionados em obter uma carreira, como também destaque e prestígio profissional: *"As mudanças sociais e políticas provocaram o surgimento dos novos direitos, iniciando-se,*

<sup>1</sup> RODRIGUES, Maria Alice. A Mulher no Espaço privado: Da incapacidade a igualdade de direitos. Rio de Janeiro – RJ/Brasil: Ed. Renovar, 2003, p.42 - 43.

<sup>2</sup> BEAUVOIR, Simone. O segundo Sexo. São Paulo – SP/Brasil: Ed. Difusão Europeia de Livros, 1970.

<sup>3</sup> Site Jornal A Folha: Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/817410-onu-contabiliza-57-milhoes-de-homens-a-mais-do-que-mulheres-no-mundo.shtml>> Acessado em: mar. 2012.

<sup>4</sup> Site Instituto Ethos: Disponível em: <[http://www.uniethos.org.br/\\_Uniethos/Documents/valoriz\\_mulher.pdf](http://www.uniethos.org.br/_Uniethos/Documents/valoriz_mulher.pdf)> Acessado em: mar. 2012.

<sup>5</sup> Site Instituto Ethos: Disponível em: <[http://www.uniethos.org.br/\\_Uniethos/Documents/valoriz\\_mulher.pdf](http://www.uniethos.org.br/_Uniethos/Documents/valoriz_mulher.pdf)> Acessado em: mar. 2012.

<sup>6</sup> CALMON, Eliana. A ética e as mulheres de carreira jurídica na sociedade contemporânea, Porto Alegre – RS/Brasil: Ed. Revista dos Tribunais, Ano 10, n.19, jan/jun 2007, p. 365.

assim, a era da pós-modernidade. Pergunta-se então: qual o papel da mulher de carreira jurídica nesse novo contexto?<sup>1</sup>

No Rio Grande do Sul, em relatório de 2010, foi analisado o percentual de mulheres em cargos de destaque na justiça gaúcha, entre desembargadores e juizes, constatou-se que mesmo embora a quantidade de mulheres seja inferior a de homens, o percentual de mulheres é o que mais vem aumentando nos últimos anos. Ainda, segundo o relatório, ao longo do ano de 2010 houve ao total: 45 promoções, 26 reclassificações, 26 classificações e 66 remoções de Juizes de Direito, bem como 13 remoções e 15 classificações de Desembargadores, tendo como resultado o quadro a seguir:<sup>2</sup>

Cargos Providos	Homens	Em %	Mulheres	Em %	Total
Desembargadores	105	75%	35	25%	140
Juizes	319	50%	315	50%	634
Total	446	54%	382	46%	828

\*Quadro referente à quantidade de homens e mulheres em cargos de juizes e desembargadores no estado do Rio Grande do Sul.

De toda forma, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, o TJ/RS, desde 1874, ano que passou a existir, até 2012, nunca teve na sua presidência uma líder mulher.<sup>3</sup> O atual presidente do TJ/RS é o Desembargador Marcelo Bandeira Pereira, eleito para suceder o antigo presidente, o Desembargador Leo Lima.<sup>4</sup>

O Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, o TRT-4, que engloba o Estado do Rio Grande do Sul, juntamente com os estados de Santa Catarina e Paraná, com sede em Porto Alegre, desde 1941, primeiramente com a criação do Conselho Regional do Trabalho, já obteve duas representantes mulheres nos seu quadro de presidentes: Alcina Tubino Ardaiz Surreaux, em 1959, e Rosa Maria Weber, em 2002.<sup>5</sup> Mesmo sendo ainda um número modesto de mulheres na sua presidência, é na Justiça do Trabalho onde o espaço da mulheres está tendo significativo aumento.

De acordo com o Tribunal Superior do Trabalho, o TST, na primeira instância da justiça trabalhista, o número de juizas já ultrapassa o de juizes. O próprio Tribunal Superior do Trabalho é um exemplo aos demais tribunais. Sua composição feminina chega à aproximadamente 20%, percentual consideravelmente grande se formos comparar aos demais tribunais superiores. Este é representado pelas Ministras: Maria Cristina Peduzzi, vice-presidente da Corte, Maria de Assis Calsing, Dora Maria da Costa, Kátia Magalhães Arruda e Delaíde Alves Miranda Arantes.<sup>6</sup>

No entanto, em um panorama geral do judiciário brasileiro, observa-se, ainda, a presença de homens em números consideravelmente superiores ao de mulheres, sobretudo, nas instâncias superiores da justiça brasileira, isso quer dizer que mesmo a mulher ingressando no judiciário em um número quase igual ao de homens, elas ainda não conseguiram a confiança da maioria, predominantemente masculina, para alcançar altas instâncias de destaque na justiça brasileira. Mas é claro, temos ainda claras exceções, o que é o caso da Justiça do Trabalho. Nesse sentido, Mônica de Melo, Marcelo Natari e Letícia Massula, elucidam que:

O percentual vai diminuindo gradativamente conforme analisamos as instâncias superiores e os cargos providos por indicação. Vale dizer, a questão não é, portanto,

<sup>1</sup> CALMON, Eliana. A ética e as mulheres de carreira jurídica na sociedade contemporânea, Porto Alegre – RS/Brasil: Ed. Revista dos Tribunais, Ano 10, n.19, jan/jun 2007, p.366.

<sup>2</sup> Site oficial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/site/administracao/prestacao\\_de\\_contas/relatorio\\_anual/2010/pdf/Relatorio\\_2010\\_Servicos\\_Auxiliares.pdf](http://www.tjrs.jus.br/site/administracao/prestacao_de_contas/relatorio_anual/2010/pdf/Relatorio_2010_Servicos_Auxiliares.pdf)> Acessado em: mar. 2012..

<sup>3</sup> Site oficial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/site/poder\\_judiciario/tribunal\\_de\\_justica/presidencia/ex-presidentes.html](http://www.tjrs.jus.br/site/poder_judiciario/tribunal_de_justica/presidencia/ex-presidentes.html)> Acessado em: mar. 2012.

<sup>4</sup> Site Jornal Zero Hora: Disponível em: <<http://zerohora.clicrbs.com.br/rs/noticia/2011/12/desembargador-bandeira-pereira-e-eleito-presidente-do-tj-rs-3593751.html>> - Acessado em: fev. 2012.

<sup>5</sup> Site oficial do TRT da 4ª Região: Disponível em: <<http://www.trt4.jus.br/portal/portal/memorial/historia/perfis>> Acessado em: abr. 2012.

<sup>6</sup> Site oficial do TST: Disponível em: <[http://www.tst.gov.br/web/guest/noticias/-/asset\\_publisher/89Dk/content/mulheres-ja-sao-maioria-entre-juizes-do-trabalho-de-primeiro-grau/pop\\_up?\\_101\\_INSTANCE\\_89Dk\\_viewMode=print](http://www.tst.gov.br/web/guest/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/mulheres-ja-sao-maioria-entre-juizes-do-trabalho-de-primeiro-grau/pop_up?_101_INSTANCE_89Dk_viewMode=print)> Acessado em: abr. 2012.



falta de competência ou merecimento; se assim o fosse o número de mulheres que ingressam na carreira seria também muito menor que o de homens.<sup>1</sup>

Nos TRTs da 1ª, 2ª e 15ª Região, principais Tribunais Regionais do Trabalho do país, todos já presididos por mulheres, a representação feminina é consideravelmente grande, em comparação dos demais Tribunais Regionais do Trabalho:<sup>2</sup>

Justiça do Trabalho	Mulheres	Total de Desembargadores
TRT 1ª Região	13	45
TRT 2ª Região	47	83
TRT 15ª Região	19	52

\*Quadro referente à quantidade de mulheres desembargados nos TRTs da 1ª, 2ª e 15ª Região.

Nos Tribunais Regionais Federais, TRF, de acordo com os números do Anuário da Justiça Federal de 2012, o que tem mais mulheres entre seus desembargadores é o da 3ª Região, que abrange os Estados de São Paulo e Mato Grosso do Sul. No Tribunal Regional da 3ª Região, elas representam mais de 40% dos integrantes da corte. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, ou TRF-4, que abrange os três Estados da região sul, incluindo o Rio Grande do Sul, ficou em 4ª lugar no ranking, com aproximadamente 20% de composição feminina, sendo atualmente, presidido por uma mulher, a desembargadora Marga Inge Barth Tessler.<sup>3</sup>

Justiça Federal	Mulheres	Total de Desembargadores
TRF 1ª Região	6	28
TRF 2ª Região	6	26
TRF 3ª Região	18	43
TRF 4ª Região	5	26
TRF 5ª Região	1	15

\*Quadro referente à quantidade de mulheres desembargados nos TRFs da 1ª, 2ª, 3ª, 4ª, 5ª Região.

No Supremo Tribunal Federal, STF, órgão máximo, a mais alta instância do Poder Judiciário do Brasil, as mulheres ocupam 18% dos cargos, ou seja, de 11 ministros, duas são mulheres: Cármen Lúcia e Rosa Maria Weber.<sup>4</sup>

No Superior Tribunal de Justiça, STJ, considerado Tribunal da Cidadania, por sua origem na Constituição Cidadã ou Constituição de 1988, as mulheres ocupam 15% dos cargos, são elas: Eliana Calmon Alves, Maria Isabel Gallotti Rodrigues, Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Laurita Hilário Vaz e Fátima Nancy Andrichi, ou seja, dos 33 ministros do STJ, 5 são mulheres.<sup>5</sup>

No Tribunal Superior do Trabalho, TST, o qual consiste na instância mais elevada Corte da Justiça Federal especializada em julgamentos envolvendo direitos trabalhistas, no Brasil, temos 5 mulheres, elas são: Maria Cristina Peduzzi, vice-presidente da Corte, Maria de Assis Calsing, Dora Maria da Costa, Kátia Magalhães Arruda e Delaíde Alves Miranda Arantes, totalizando 27 ministros.<sup>6</sup>

No Superior Tribunal Militar, STM, considerado um dos órgãos mais tradicionais e patriarcais da Justiça Brasileira, por tratar de assuntos de Estado voltados para a Força Militar, e onde até a 2ª Guerra Mundial não se permitia assiduamente mulheres na sua força prioritária

<sup>1</sup> MELO, Mônica de. NASTARI, Marcelo. MASSULA, Letícia. A participação da mulher na magistratura Brasileira, São Paulo - SP/Brasil: Boletim de Direito, 2005, p. 3.

<sup>2</sup> Site Consultor Jurídico: Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mar-08/aumenta-numero-mulheres-direito-sao-chegam-cupula>> Acessado em: abr. 2012.

<sup>3</sup> Site Consultor Jurídico: Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mar-08/aumenta-numero-mulheres-direito-sao-chegam-cupula>> Acessa em: abr. 2012.

<sup>4</sup> Site oficial do STF: Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/transparenciaMembroTribunal/anexo/Transparencia\\_Membros\\_do\\_Tribunal.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/transparenciaMembroTribunal/anexo/Transparencia_Membros_do_Tribunal.pdf)> Acessado em: abr. 2012.

<sup>5</sup> Site oficial do STJ: Disponível em: <[http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/40654/Manual\\_gestao\\_documental\\_2011.pdf?sequence=1](http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/40654/Manual_gestao_documental_2011.pdf?sequence=1)> Acessado em: abr. 2012.

<sup>6</sup> Site oficial do TST: Disponível em: <[http://www.tst.gov.br/web/guest/noticias/-/asset\\_publisher/89Dk/content/mulheres-ja-sao-maioria-entre-juizes-do-trabalho-de-primeiro-grau/pop\\_up?\\_101\\_INSTANCE\\_89Dk\\_viewMode=print](http://www.tst.gov.br/web/guest/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/mulheres-ja-sao-maioria-entre-juizes-do-trabalho-de-primeiro-grau/pop_up?_101_INSTANCE_89Dk_viewMode=print)> Acessado em: abr. 2012.

militar. Na atualidade, entre os 15 ministros do STM, há uma mulher, ela é Maria Elizabeth Rocha, e representa a força e o espaço feminino.<sup>1</sup>

No Tribunal Superior Eleitoral, TSE, dos 7 ministros efetivos, temos duas mulheres, elas são: Cármen Lúcia Antunes Rocha e Nancy Andrighi, ainda, entre os 7 ministros substitutos também temos duas mulheres, Laurita Hilário Vaz e Luciana Christina Guimarães Lóssio, o que totaliza 4 mulheres entre 14 ministros. Recentemente a ministra do STF, Cármen Lúcia, foi eleita para presidir a mais alta corte da Justiça Eleitoral, uma vitória feminina se formos analisar que em apenas 80 anos atrás as mulheres nem mesmo tinham direito ao voto.<sup>2</sup>

Segue tabela abaixo:

Tribunais	Mulheres	Total	Porcentagem
STF	2	11	18,1%
STJ	5	33	16,1%
TST	5	27	19,29%
STM	1	15	6,6%
TSE	2	7	28,5%

\*Quadro referente à quantidade de mulheres nas mais altas cortes da justiça brasileira.

Mesmo ainda sendo um número tímido de representantes, se comparado aos homens, as mulheres tem salientado seu espaço e sua garra ao mesmo tempo que alcançam destaque em todos os setores da Justiça Brasileira.

Vale dizer, também, que outro importante fator reside na relação da vida pública com a vida privada da mulher. O ônus social da vida privada que envolve a criação dos filhos, os cuidados com a família e a vida do lar, ainda recai quase que exclusivamente sobre a mulher. Essa realidade levou a conclusão de que mulheres com profissão optam por ter um número muito menor de filhos, pois na tradição herdada dos padrões patriarcais, cabia a mulher por mais que ela seja uma profissional, tenha uma carreira de destaque, ou seja autônoma, os afazeres do lar e a criação dos filhos. Tradicionalmente, os afazeres de casa assim como a criação dos filhos não “são afazeres de homens”.<sup>3</sup>

Nesse sentido, elucida Mônica Melo, Marcelo Nastari e Letícia Massula com relação ao modelo, padrão social, que é baseado nos moldes tradicionais patriarcais:

[...] os moldes tradicionais ainda têm uma força considerável. O homem ainda tende a ser a figura ativa e agressiva, e a mulher como receptiva, passiva e submissa. [...] Às vezes boas maneiras e delicadeza chegam a ser mesmo consideradas quase como exclusividade feminina: pode dizer-se de um rapaz de maneiras finas – “Ele é uma moça!”<sup>4</sup>

Esse aspecto molda a mentalidade social diferenciando gêneros ao mesmo tempo em que os distingue e os categoriza. Nesse ambiente a mulher que muitas vezes faz jornadas de trabalho dupla e tripla, ainda com os afazeres do lar, acaba por sentir uma certa dificuldade em conciliar trabalho com família. Por essa dificuldade, um dos lados acaba sendo prejudicado e, na atualidade, é o ambiente familiar que acaba sendo categorizado pela diminuição de filhos por casal, pois a mulher do século XXI não é mais uma mulher moldada para ser apenas mãe e dona-de-casa, a mulher do século XXI é uma mulher além das amarras que a prendiam.

No Rio Grande do Sul, temos uma das maiores representantes da garra feminina e forte atuação na área jurídica brasileira, estamos falando da Dr<sup>a</sup>. Maria Berenice Dias que foi a primeira mulher a ingressar na magistratura em 1973, também a primeira desembargadora do estado, em 1996. Assim como também foi a única gaúcha indicada pelo Projeto “1.000 Mulheres para o Prêmio Nobel da Paz 2005”, e atualmente é uma das mais extraordinárias advogadas do Estado, onde atua defendendo o direito das minorias:<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Site oficial do Exército Brasileiro: Disponível em: <<http://www.exercito.gov.br/web/ingresso/linha-do-tempo>> Acessado em: abr. 2012.

<sup>2</sup> Site oficial do TSE: Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/institucional/ministros>> Acessado em: abr. 2012.

<sup>3</sup> MELO, Mônica de. NASTARI, Marcelo. MASSULA, Letícia. A participação da mulher na magistratura Brasileira, São Paulo - SP/Brasil: Boletim de Direito, 2005, p. 3 - 4.

<sup>4</sup> MORAIS, Vamberto. A Emancipação da Mulher: As raízes do preconceito antifeminino e seu declínio. São Paulo/SP: Ed. Gráfica e Cital, 1989, p. 167.

<sup>5</sup> Site oficial da Maria Berenice Dias: Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br/pt/entrevistas-revista-justilex-em-defesa-da-mulher-e-das-unioes-homoafetivas.cont>> Acessado em: jun. 2012.

Desde criança, Maria Berenice Dias admirava o trabalho de seu pai, César Dias Filho, e de seu avô, César Dias, ambos desembargadores, e alimentava o sonho de entrar na magistratura. Com o apoio irrestrito de seus mestres, ela estabeleceu como objetivo ser a terceira geração de magistrados da família. Para tanto, formou-se em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFRGS e complementou estudos para prestar o concurso público: *"Foi nesse momento que descobri como a Justiça era discriminatória com as mulheres. Na época, não existam mulheres na magistratura por um único motivo: os pedidos de inscrição eram rejeitados sem qualquer justificativa!"* Em 1973, depois de muita luta, sua inscrição foi aceita e ela se tornou, com apenas 24 anos, a primeira mulher a ingressar na magistratura gaúcha. E mais, foi a primeira desembargadora do Rio Grande do Sul, em 1996. Essa postura discriminatória no início de sua carreira e, principalmente, a constatação durante o desempenho da função de que nos julgamentos as mulheres que se afastavam do modelo que a sociedade lhe impõe eram punidas mais severamente, levaram Maria Berenice a se especializar em Direito de Família: *"Luto contra a discriminação"*, resume.<sup>1</sup>

Assim também resume-se a trajetória de garra de todas as mulheres, pelos seus direitos, pela liberdade e pela igualdade. Com muita bravura, conseguimos alcançar nossos objetivos, pois além de guerreiras e vitoriosas, somos mulheres.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho, tendo como base o Princípio Constitucional da Isonomia ou da Igualdade, realizou uma análise sobre o espaço da mulher na sociedade e no judiciário brasileiro, suas conquistas e seu crescimento dentro de cargos do Poder Judiciário. Há poucos anos as mulheres conseguiram considerar-se livres das amarras, de um sistema patriarcal, que as prendiam, e se elevar as conquistas que antes eram de prerrogativas masculinas. Mesmo assim, não são em todas as áreas profissionais em que as mulheres gozam de respeito e possibilidades de avançarem profissionalmente. Nosso sistema ainda carrega muitos estigmas da desigualdade entre os gêneros, fato esse é que em pleno século XXI ainda há mulheres nas mesmas profissões e mesmos afazeres profissionais que seus colegas homens, mas estas ainda ganham menos que eles.

Na atualidade, o que se busca não é uma sobreposição de um gênero sobre o outro, mas sim um sentimento de igualdade, sem distinção entre os sexos, a fim de minimizar os efeitos de um sistema injusto que explora ambos os gêneros. Ao mesmo tempo que os distingue, discrimina aquele que julga ser mais frágil e acaba jogando igualmente ambos os gêneros um contra o outro.<sup>2</sup>

### REFERÊNCIAS

- BEAUVOIR, Simone. O segundo Sexo. São Paulo – SP/Brasil: Ed. Difusão Europeia de Livros, 1970.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 7ª ed. São Paulo – SP/Brasil: Ed. Malheiros editores, 1997.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília/DF: Edição Administrativa: Senado Federal. 2012.
- CALMON, Eliana. A ética e as mulheres de carreira jurídica na sociedade contemporânea, Porto Alegre – RS/Brasil: Ed. Revista dos Tribunais, Ano 10, n.19, jan/jun 2007.
- CARDOSO, Reolinas S. GRISCI, Carmem Ligia lochins. VIEIRA, Laura Helena Chaves Nunes. GUARESCHI, Neuza Maria de Fátima. LAMAS, Berenice Sica. STREY, Marlene Neves. KUDE, Vera Maria Moreira. É uma Mulher. Petrópolis – RJ/Brasil: Ed. Vozes, 1994.
- GERGEN, Mary McCanney. O pensamento feminista e a estrutura do conhecimento. Rio de Janeiro/RJ: Ed. Rosa dos Tempos, 1993.
- LUZ, Alex Faverzani da. FUCHINA, Rosimeri. Evolução histórica dos direitos da mulher sob a ótica do direito do trabalho – Trabalho apresentado e publicado nos anais do II Seminário Nacional de Ciências Políticas da UFRGS.

<sup>1</sup> Site oficial de Maria Berenice Dias: Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br/pt/obras-revista-rt-informa-perfil-maria-berenice-dias.cont>> Acessado em: jun. 2012.

<sup>2</sup> CALMON, Eliana. A ética e as mulheres de carreira jurídica na sociedade contemporânea, Porto Alegre – RS/Brasil: Ed. Revista dos Tribunais, Ano 10, n.19, jan/jun 2007, p. 366.

- MARTINS, Fernando Rodrigues. A afirmação feminina na igualdade substancial familiar. São Paulo – SP/Brasil: Ed. Revista dos Tribunais, Ano 9, n.33, Jan. Mar./2008.
- MELO, Mônica de. NASTARI, Marcelo. MASSULA, Letícia. A participação da mulher na magistratura Brasileira, São Paulo - SP/Brasil: Boletim de Direito, 2005.
- MORAIS, Vamberto. A Emancipação da Mulher: As raízes do preconceito antifeminino e seu declínio. São Paulo/SP: Ed. Gráfica e Cital, 1989.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O Princípio Constitucional da Igualdade. Belo Horizonte/MG: Ed. Lê, 1990, p. 75. JOÃO. Sidnei Máximo, O trabalho e o Direito da Mulher. São Paulo – SP/Brasil: Ed. Lumen Juris, 1997.
- RODRIGUES, Maria Alice. A Mulher no Espaço privado: Da incapacidade a igualdade de direitos. Rio de Janeiro – RJ/Brasil: Ed. Renovar, 2003
- Site Consultor Jurídico: Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mar-08/aumenta-numero-mulheres-direito-sao-chegam-cupula>> Acessa em: abr. 2012.
- Site Consultor Jurídico: Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mar-22/pai-direito-mesma-licenca-mae-cuidar-filho-corte-europeia>> Acessado em: mar. 2012.
- Site Instituto Ethos: Disponível em: <[http://www.uniethos.org.br/\\_Uniethos/Documents/valoriz\\_mulher.pdf](http://www.uniethos.org.br/_Uniethos/Documents/valoriz_mulher.pdf)> Acessado em: mar. 2012.
- Site Jornal A Folha: Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/817410-onu-contabiliza-57-milhoes-de-homens-a-mais-do-que-mulheres-no-mundo.shtml>> Acessado em: mar. 2012.
- Site Jornal Zero Hora: Disponível em: <<http://zerohora.clicrbs.com.br/rs/noticia/2011/12/desembargador-bandeira-pereira-e-eleito-presidente-do-tj-rs-3593751.html>> - Acessado em: fev. 2012.
- Site Jurisway: Direito: Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=4891](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4891)> Acessado em: out. 2012.
- Site oficial do Exército Brasileiro: Disponível em: <<http://www.exercito.gov.br/web/ingresso/linha-do-tempo>> Acessado em: abr. 2012.
- Site oficial da Maria Berenice Dias: Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br/pt/entrevistas- revista-justilex-em-defesa-da-mulher-e-das-unioes-homoafetivas.cont>> Acessado em: jun. 2012.
- Site oficial de Maria Berenice Dias: Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br/pt/obras- revista-rt-informa-perfil-maria-berenice-dias.cont>> Acessado em: jun. 2012.
- Site oficial do STF: Disponível em: <[http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/transparenciaMembroTribunal/anexo/Transparencia\\_Membros\\_do\\_Tribunal.pdf](http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/transparenciaMembroTribunal/anexo/Transparencia_Membros_do_Tribunal.pdf)> Acessado em: abr. 2012.
- Site oficial do STJ: Disponível em: <[http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/40654/Manual\\_gestao\\_documental\\_2011.pdf?sequence=1](http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/40654/Manual_gestao_documental_2011.pdf?sequence=1)> Acessado em: abr. 2012.
- Site oficial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/site/administracao/prestacao\\_de\\_contas/relatorio\\_anual/2010/pdf/Relatorio\\_2010\\_Servicos\\_Auxiliares.pdf](http://www.tjrs.jus.br/site/administracao/prestacao_de_contas/relatorio_anual/2010/pdf/Relatorio_2010_Servicos_Auxiliares.pdf)> Acessado em: mar. 2012
- Site oficial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/site/poder\\_judiciario/tribunal\\_de\\_justica/presidencia/ex-presidentes.html](http://www.tjrs.jus.br/site/poder_judiciario/tribunal_de_justica/presidencia/ex-presidentes.html)> Acessado em: mar. 2012.
- Site oficial do TSE: Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/institucional/ministros>> Acessado em: abr. 2012.
- Site oficial do TRT da 4ª Região: Disponível em: <<http://www.trt4.jus.br/portal/portal/memorial/historia/perfis>> Acessado em: abr. 2012.
- Site oficial do TST: Disponível em: <[http://www.tst.gov.br/web/guest/noticias/-/asset\\_publisher/89Dk/content/mulheres-ja-sao-maioria-entre-juizes-do-trabalho-de-primeiro-grau/pop\\_up?\\_101\\_INSTANCE\\_89Dk\\_viewMode=print](http://www.tst.gov.br/web/guest/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/mulheres-ja-sao-maioria-entre-juizes-do-trabalho-de-primeiro-grau/pop_up?_101_INSTANCE_89Dk_viewMode=print)> Acessado em: abr. 2012.

### 1.2.4 O meio ambiente na esfera da responsabilidade penal e o princípio da insignificância<sup>1</sup>

Bruna Moraes da Costa Weis (autora)<sup>2</sup>  
Maurício Fernandes da Silva (orientador)<sup>3</sup>

#### RESUMO

A presente pesquisa tem por objetivo analisar a possibilidade de aplicação do Princípio da Insignificância aos crimes ambientais, em desacordo com a Lei 9605/98, a qual dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Como será narrado no contexto da tutela penal ambiental, há divergência no que se relaciona à aplicação do Princípio da Insignificância aos crimes contra o meio ambiente, tanto na doutrina quanto na jurisprudência. O primeiro entendimento defende a inaplicabilidade do Princípio da Insignificância quando o bem jurídico protegido for o meio ambiente, tanto em razão das características do referido bem, quanto em virtude das peculiaridades da tutela penal ambiental. Por outro lado, o entendimento jurisprudencial diz respeito à possibilidade da aplicação do Princípio da Insignificância, mesmo quando o bem jurídico protegido for o meio ambiente, desde que a conduta não lese ou cause perigo de lesão ao bem jurídico protegido, baseando-se, principalmente, no princípio da ofensividade e no caráter de “*ultima ratio*” do Direito Penal. Este artigo é uma premissa do Trabalho de Monografia de Pós-graduação em Ciências Penais, o qual buscará, a partir dos argumentos apresentados, analisar os conceitos e elementos necessários para que se faça um exame crítico dos entendimentos quanto à aplicabilidade ou não do Princípio da Insignificância aos crimes cometidos contra o meio ambiente.

**Palavras-chave:** princípio da insignificância – responsabilidade penal - meio ambiente - crimes ambientais.

#### INTRODUÇÃO

O direito penal objetiva proteger os bens jurídicos e valores essenciais à sociedade e aos indivíduos estabelecendo penas como instrumentos coercitivos. Este ramo do direito é regido pela “*ultima ratio*” ou princípio da intervenção Mínima, ou seja, tutela somente os bens considerados de maior relevância para a sociedade, bem como só deve ser acionado quando os demais ramos jurídicos forem incapazes de proteger os bens mais relevantes. Outros princípios aos quais o direito penal deve subordinar-se são: o princípio da legalidade, da lesividade, da adequação social, da individualização da pena, da proporcionalidade, da responsabilidade pessoal, da insignificância, entre outros.

Como se sabe, o meio ambiente<sup>4</sup> é um bem coletivo, definido como um direito de terceira geração, ou dimensão, também chamado direito de solidariedade, que de acordo com a evolução legislativa referente ao Direito Ambiental Brasileiro, foi elevado à categoria de direito fundamental e consagrado ao lado dos direitos e garantias fundamentais elencados no Art. 5º da Constituição Federal, cabendo o dever de sua preservação aos Estados e a Sociedade, (LEUZINGER, 2002, p.9).

Nesse sentido a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tratou de abordar essa relação amistosa entre sociedade e meio ambiente, e a regulamentou no seu

<sup>1</sup> Esta pesquisa é uma premissa do que será a Monografia na Pós-graduação em Ciências Penais (Universidade Anhanguera Uniderp – Rede LFG) da autora.

<sup>2</sup> Autora, bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA). Pós-graduanda em Direito Constitucional e Pós-graduanda em Ciências Penais ambas na Universidade Anhanguera Uniderp – Rede LFG. Email: bruna\_weis@hotmail.com, Currículo Lattes: Disponível em: <<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4939122T6>> Acessado em: set. 2013.

<sup>3</sup> Orientador, graduado em Direito pela Ulbra, especialista em Direito Ambiental pela UFPEL, mestre em Direito pela UNISINOS, advogado, professor da área de Direito Ambiental na Faculdade de Direito de Santa Maria. Advogado. E-mail: mauricio.silva@fadisma.com.br, mauricio@stuart.adv.br

<sup>4</sup> “A expressão meio ambiente foi cunhada, em 1800, pelo dinamarquês Jens Baggesen e introduzida no discurso biológico por Jakob von Uexkull. A primeira definição legal de meio ambiente, no Brasil, ocorreu com a edição da Lei nº 6.938, de 1981, que, considerando-o como um “patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo” (art.2º, I), conceituou-o como “o conjunto de condições, leis influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas (art.3º, I),” (LEUZINGER, 2002, p.31).



Título VIII, Da Ordem Social, Capítulo VI, sobre as disposições do Meio Ambiente em seu artigo 225, que assim dita:

Art. 225 - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações, (BRASIL, 2012, p. 59).

Ainda, meio ambiente é defendido pelo Direito Ambiental e em alguns casos mais graves, em que há a necessidade de punir, pelo Direito Penal, nesse sentido, de acordo com a Constituição Federal, é indispensável sua preservação para a vida das presentes e futuras gerações. Como elucida o professor José Afonso da Silva:

O ambiente integra-se, realmente, de um conjunto de elementos naturais e culturais, cuja interação constitui e condiciona o meio em que vive. Daí por que a expressão "meio ambiente" se manifesta mais rica de sentido (como conexão de valores) do que a simples palavra "ambiente". Esta exprime o conjunto de elementos. O conceito de meio ambiente há de ser, pois globalizante, abrangente de toda a natureza original e artificial, bem como os bens culturais correlatos, compreendendo, portanto, o solo, a água, o ar, a flora, as belezas naturais, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico e arqueológico (SILVA, 2002, p.20).

A preocupação com o meio ambiente tem sido ponto central da comunidade internacional, de tal maneira que sua proteção tem merecido atenção especial dos diversos ordenamentos jurídicos. Muito se discute a respeito da aplicação do princípio da insignificância aos crimes ambientais, já que segundo da Lei 9605/98, lei que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, a aplicação de tal Princípio da Bagatela seria incompatível com o bem ambiental protegido. No entanto, recentes decisões do Supremo Tribunal Federal (STF)<sup>1</sup>, após divergência aberta pelo ministro Cezar Peluso e seguida pelo ministro Gilmar Mendes, ficou entendido que aos chamados crimes da bagatela, em que o bem jurídico seja o ambiental, se aplica o princípio da insignificância, todavia não caberá à aplicação de tal Princípio para situações realmente desproporcionais, nesse sentido aplicar-se-á a Lei 9605/98 e o que mais couber para punir de forma proporcional o agressor ao meio ambiente.<sup>2</sup>

O Princípio da Insignificância deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado, em matéria penal tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material, além de ser analisado conjuntamente e principalmente com o princípio da adequação social, de forma a procurar não sobrecarregar de demandas as Varas Criminais do Judiciário, geralmente já tão oneradas, não devendo-as se ocupar de os chamados crimes de bagatela. Como esclarece Toledo, no seu livro Princípios básicos de Direito Penal: "*Segundo o Princípio da Insignificância, que se revela por inteiro pela sua própria denominação, o direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas*" (TOLEDO, 1994, p.133).

O princípio da bagatela<sup>3</sup>, ou da insignificância, tem sua origem no Direito Romano e tem por base a máxima "*minimis non curat praetor*", isto é, aquele que cuida de aplicar as leis não necessariamente será responsável por cuidar de minúcias, questões de cunho pequeno e insignificantes para o direito e para a sociedade. Posteriormente, tal princípio, provendo do direito alemão da década de 60, foi introduzido no sistema penal por Claus Roxin<sup>4</sup>, tendo em vista questões sociais, o qual buscará afastar da tutela criminal as condutas desprovidas de um grau mínimo de lesividade, que cause danos irrelevantes, não cabendo assim a necessidade de aplicação do direito penal. Nesse sentido, segundo Rogério Greco: "*o princípio da*

<sup>1</sup> O mesmo STF considera como crimes incompatíveis com o Princípio da Insignificância os crimes mediante violência ou grave ameaça à pessoa; Tráfico de Drogas; e Crimes de falsificação.

<sup>2</sup> Site Oficial do Supremo Tribunal Federal (STF): Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=215713>> Acessado em: Out. 2013.

<sup>3</sup> "*Em virtude de circunstâncias sócio-econômicas sobejamente conhecidas, um notável aumento de delitos de caráter patrimonial e econômico e, facilmente demonstrável pela própria devastação sofrida pelo continente, quase todos eles marcados pela característica singular de consistirem em subtrações de pequena relevância, daí a primeira nomenclatura de 'criminalidade de bagatela'*" (LOPES, 1997, p.38).

<sup>4</sup> "*O recente aspecto histórico do Princípio da Insignificância é inafastavelmente, devido a Claus Roxin, que, no ano de 1964, o formulou como base de validade geral para a determinação do injusto, a partir de considerações sobre a máxima latina mínima non curat praetor*" (SANGUINÉ, 1990, p. 39).

*insignificância, defendido por Claus Roxin, tem finalidade de auxiliar o intérprete quando da análise do tipo penal, para fazer do âmbito da incidência da lei aquelas situações consideradas como bagatela”(GRECO, 2011, p. 65).*

O princípio da insignificância possui peculiaridades caracterizantes, conforme se extrai da doutrina de Mirabete e Fabbrini, têm-se:

(a) escassa reprovabilidade; (b) ofensa a bem jurídico de menor relevância; (c) habitualidade; (d) maior incidência nos crimes contra o patrimônio e no trânsito, além de uma característica de natureza político-criminal, qual seja, a da dispensabilidade de pena do ponto de vista da prevenção geral, se não mesmo sua inconveniência do ponto de vista da prevenção especial (MIRABETE, FABBRINI, 2009, p. 105)

Desse modo, conclui-se que a insignificância ou bagatela é causa excludente da tipicidade material do crime. Sobre o tema esclarece-nos Fernando Capez:

Embora concordando que a tipicidade formal (ou legal) não é suficiente, podemos substituir com vantagem a tipicidade conglobante pela exigência de que o fato típico, além da correspondência à descrição legal, tenha conteúdo do crime, fazendo-se incidir os já estudados princípios constitucionais do Direito Penal, a fim de dar conteúdo material ontológico ao tipo penal. Deste modo, se a lesão for insignificante, se não houver lesão ao bem jurídico, se não existir alteridade na ofensa, se não for traída a confiança social depositada no agente, se a atuação punitiva do Estado não for desproporcional ou excessivamente interventiva, dentre outros, o fato será materialmente atípico, sem precisar recorrer à atipicidade conglobante (CAPEZ, 2008, p. 187).

Nesse viés, faz-nos crer que tal princípio é dotado de certa subjetividade, ou seja, há critérios para sua aplicação, só devendo ser aplicado ao caso, sobre tudo nos casos o que envolvem bens ambientais, se ficar demonstrada a insignificância da lesão ao meio ambiente, e não podendo assim, ser aplicado em todas as infrações penais.

O tema acolhido relaciona-se à Linha de Pesquisa: Constitucionalismo, Concretização de Direitos e Cidadania, observando-se que o trabalho encontra-se estreitamente relacionado, com os direitos e garantias fundamentais. Sendo assim, por essa pesquisa pretende-se realizar um diálogo de troca de ideias acerca da aplicação do princípio da insignificância aos crimes ambientais, assim como também levantar questões relativas ao meio ambiente e seu aparato segundo a Lei 9605/98, a qual dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. O método de pesquisa usado para tanto foi o analítico-dedutivo, pois trouxe vários doutrinadores acerca do tema, uma vez que se pretende analisar diferentes opiniões, doutrinas e jurisprudências sobre o tema em questão, por meio de pesquisas bibliográficas dentro do território nacional.

## ANALISE DO PRINCÍPIO PENAL DA INSIGNIFICÂNCIA

O Direito Penal é também conhecido como ciência penal, sua finalidade é a proteção dos bens jurídicos mais relevantes para a sociedade, seja de forma preventiva seja de forma repressiva. Desta maneira, há determinadas práticas a bens jurídicos que não demandam a tutela do Direito Penal, pois se tratam de práticas de condutas ínfimas, tendo em vista a irrelevância da conduta que os lesionou ou expôs a lesão. Neste caso, não haverá justificativa para a incidência da tutela penal, sendo assim, se trata da aplicação do princípio da insignificância ou bagatela, o qual o Direito Penal deve ausentar-se, pois não se vê a necessidade de expor o caso a demanda em uma Vara Criminal, podendo ele ser acolhido por outro ramo do direito (PRESTES, 2003, p. 19).

É importante salientar, ainda, a diferença acerca do princípio da insignificância e do princípio da irrelevância penal do fato, nesse sentido:

O primeiro possibilita o arquivamento ou o não recebimento da ação ou a absolvição penal nas imputações de fatos bagatelares próprios, ou seja, os que não possuem tipicidade material, após desvalor da ação ou do desvalor do resultado, em razão da ofensa mínima ao bem jurídico tutelado. Já o princípio da irrelevância penal do fato não afasta a tipicidade material, uma vez que o fato será típico, formal e

materialmente, ilícito e culpável. Aqui, haverá a possibilidade de não aplicar a pena no final do processo diante de dano não muito relevante ao bem jurídico que foi reparado pelo agente e à inexistência de antecedentes penais (GOMES, 2007, p. 338)<sup>1</sup>.

O princípio da insignificância pode ser definido como um princípio implícito de interpretação do direito penal que permite afastar a tipicidade material de condutas que provocam ínfima lesão ao bem jurídico tutelado.

É possível verificar na legislação as condutas proibidas e as quais os indivíduos devem se afastar, pois tais condutas o possibilitam de sofrer sanção criminal. Nesse aspecto o Direito penal atua como instrumento de controle através do qual o Estado pune os comportamentos que afetam gravemente bens jurídicos essenciais às pessoas e à conservação do organismo social. Nesse viés esclarece Cezar Roberto Bittencourt acerca do Direito Penal *“surge com sua natureza peculiar de meio de controle social formalizado, procurando resolver conflitos e suturando eventuais rupturas produzidas pela desinteligência dos homens”* (Bittencourt, 2009, p. 1).

Observe-se, portanto, que o Direito Penal procura não se ocupar de condutas que produzam resultados não relevantes, ou seja, de pequeno valor ou de ínfimo prejuízo. (Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus n.º 84.412-SP, Relator Ministro Celso de Mello, Julgado em 19/10/2004). Logo, não é qualquer conduta que interessa ao direito penal, mas unicamente os conflitos mais graves, que venham a gerar resultados jurídicos significativos.

Nesse sentido, a jurisprudência tem contribuído para o conceito objetivo de princípio da insignificância em matéria penal:

O princípio da insignificância surge como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal que, de acordo com a dogmática moderna, não deve ser considerado apenas em seu aspecto formal, de subsunção do fato à norma, mas, primordialmente, em seu conteúdo material, de cunho valorativo, no sentido da sua efetiva lesividade ao bem jurídico tutelado pela norma penal, consagrando os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima (Superior Tribunal de Justiça, Habeas Corpus n.º 130578 - MG; Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, julgado em 15/04/2010).

Contudo, quando se tratam de crimes ambientais, surge a dúvida a cerca da aplicação de sanção ou não ao ato praticado, ou seja, a aplicação da Lei 9605/98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, ou a aplicação do princípio da insignificância ao caso. Isso porque, quando o bem jurídico é o meio ambiente, ou seja, um bem metaindividual, difuso, cuja lesão tem natureza extensiva ou disseminada há grande dificuldade em determinar o que é, de fato, insignificante, já que o bem não pertence a uma pessoa em específico, mas a toda coletividade, da qual cabe-lhe preservar para as presentes e futuras gerações, como dispõe a Constituição Federal brasileira de 1988 (MORAES, 2004, p. 73).

#### Da aplicação do Princípio da Insignificância aos crimes ambientais

*“É triste pensar que a natureza fala e que o gênero humano não a ouve.”* (Victor Hugo)

A aplicação do princípio da insignificância ou da bagatela, aos crimes relacionados ao meio ambiente é algo recente no ordenamento jurídico brasileiro, mais precisamente, vem de decisões conferidas pelo Supremo Tribunal Federal desde 2003. Nesse sentido, de acordo com as últimas decisões jurisprudenciais do STF em crimes considerados de lesão insignificante, foi aplicado tal princípio, em desacordo com a Lei 9605/98, lei esta que dispõe sobre as sanções

<sup>1</sup> Site Revista Jurídica: Disponível em: <[http://revistajustica.jfdf.jus.br/home/edicoes/Junho/artigo\\_dermeval1.html](http://revistajustica.jfdf.jus.br/home/edicoes/Junho/artigo_dermeval1.html)> Acessado em: Out. 2013.

penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, a qual anteriormente era aplicada a todas as infrações penais cometidas contra o meio ambiente. Vale ressaltar acerca do posicionamento do STF:

(b) nos crimes ambientais: há julgado da Suprema Corte no sentido de que, em matéria ambiental, surgindo à insignificância do ato em razão do bem protegido, impõe-se a absolvição do acusado (STF, Tribunal Pleno, AP 439/SP, rel. min. Marco Aurélio, j. 12/06/2008). De forma contrária, já se decidiu que "a preservação ambiental deve ser feita de forma preventiva e repressiva, em benefício de próximas gerações, sendo intolerável a prática reiterada de pequenas ações contra o meio ambiente, que, se consentida, pode resultar na sua inteira destruição e em danos irreversíveis" (TRF, 1ª Região, ACR 2003.34.00.019634-0/DF, Terceira Turma, rel. des. Olindo Menezes, j. em 14/02/2006)<sup>1</sup>.

Nesse contexto, surgem dois entendimentos quanto à aplicação do princípio da insignificância a bens ambiental. O primeiro segue o entendimento da Lei nº 9.605 de 1998 que dispõe sobre as sanções penais derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e defende a inaplicabilidade do princípio da insignificância quando o bem jurídico for o bem ambiental, tanto em razão das características do referido bem, quanto em virtude das peculiaridades do tipo penal ambiental, pois qualquer lesão ao meio ambiente desequilibra direta ou indiretamente o ecossistema, não existindo, portanto, conduta ambiental insignificante uma vez que na natureza tudo se encontra interligado, neste sentido preleciona Leal Junior:

[...] na natureza nada é isolado ou independente, tudo depende de tudo e se relaciona com tudo. Da mesma forma que a floresta (todo) não é apenas a soma das árvores que a compõem (partes), o dano a um dos indivíduos que compõem essa floresta não produz um efeito restrito a ele, mas pode alcançar o restante do ecossistema, por exemplo. Não se poderiam considerar isoladamente os danos causados ao meio ambiente, porque o impacto final dos mesmos não é igual à mera soma aritmética de cada um dos impactos individualmente considerados (LEAL, 2007).

De acordo com tal percepção, Meio ambiente se tratar de um direito difuso e, portanto, pertencente à coletividade, presente na Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 225, *caput*, como também considerado um direito e garantia fundamental pertencente a todos, e o qual deve ser preservado para as presentes e futuras gerações, nesse sentido, qualquer lesão ao meio ambiente, por menor que possa parecer é grande para o contexto do ecossistema, afetando assim o seu equilíbrio natural e sendo tal conduta passível de sanção penal a aqueles que agiram na prática do crime ambiental. Estabelece ainda a Carta Magna em seu artigo 225, §3º que:

§3º as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados, (BRASIL, 2012, p. 59).

Desta forma, deixa-se claro que o meio ambiente é bem jurídico digno da tutela penal, e os crimes contra o bem ambiental se fazem regulados pela lei 9.605/98.

O segundo entendimento é jurisprudencial, trata-se quanto há possibilidade da aplicação do princípio da insignificância, mesmo quando o bem jurídico protegido for o meio ambiente, desde que a conduta não lese ou cause perigo de lesão grave ao bem jurídico protegido. Esta corrente baseia-se no caráter de "*ultima ratio*" do Direito Penal e na ideia de que a tipicidade exige ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos.

Nesse contexto, quando a intervenção humana no ambiente for irrelevante, deverá ser excluída do âmbito criminal, considerando que o crime cometido não lesa o bem jurídico tutelado pela norma, sendo assim um crime de bagatela e não sendo necessário, com isso, demandar nas Varas Criminais, já tão oneradas. Como nos dita José Leite, nem todas as intervenções ambientais são capazes de impactar ou lesionar o meio ambiente, esclarece:

[...] não é qualquer espécie de intervenção no ambiente que possui o dever de lesar efetivamente os interesses e pretensões das futuras gerações. [...] apenas lesões com

<sup>1</sup> Site JusBrasil: Disponível em: <<http://al-sp.jusbrasil.com.br/noticias/1232617/opiniao-principio-da-insignificancia-ou-bagatela>> Acessado em: out. 2013.

contornos de gravidade e seriedade autorizam um juízo de contenção das atividades (LEITE, 2004, p. 237).

Vale salientar que até mesmo a Lei 9.605/98, em seu artigo 54 estabelece o que se refere e pode ser caracterizado como crime ambiental, e por sua vez, passível de sanção penal, tendo como base para sua configuração a poluição maior que um determinado nível, e da qual decorram prejuízos significativos, conforme a lei:

Art. 54 Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora <sup>1</sup>.

Nesse viés, no que diz respeito a tal divergência, é importante ressaltar que doutrina e jurisprudência ainda se mostram cautelosas. A doutrina ainda não assumiu uma postura determinante e conclusiva a respeito da aplicação do princípio da insignificância aos crimes ambientais, recomendando, apenas, atenção ao caso concreto e às especificidades da proteção ambiental. Quanto ao posicionamento jurisprudencial não é diferente; não há uma posição segura e consolidada sobre o assunto, sendo encontradas decisões em ambos os sentidos, aplicando o princípio da insignificância aos crimes ambientais e aplicando a Lei 905/98, de forma a punir no âmbito penal o infrator. (MORAES, 2002, p. 726-729)

No entanto, vale salientar a decisão da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, referente ao tema proposto, segundo o informativo 676 do STF:

A 2ª Turma, por maioria, concedeu habeas corpus para aplicar o princípio da insignificância em favor de condenado pelo delito descrito no art. 34, caput, parágrafo único, II, da Lei 9.605/98 ("Art. 34: Pescar em período no qual a pesca seja proibida ou em lugares interditados por órgão competente: ... Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem: ... II - pesca quantidades superiores às permitidas, ou mediante a utilização de aparelhos, petrechos, técnicas e métodos não permitidos"). No caso, o paciente fora flagrado ao portar 12 camarões e rede de pesca fora das especificações da Portaria 84/2002 do IBAMA. Prevaleceu o voto do Min. Cezar Peluso, que reputou irrelevante a conduta em face do número de espécimes encontrados na posse do paciente. O Min. Gilmar Mendes acresceu ser evidente a desproporcionalidade da situação, porquanto se estaria diante de típico crime famélico. Asseverou que outros meios deveriam reprimir este tipo eventual de falta, pois não seria razoável a imposição de sanção penal à hipótese. Vencido o Min. Ricardo Lewandowski, que denegava a ordem, tendo em conta a objetividade da lei de defesa do meio ambiente. Esclarecia que, apesar do valor do bem ser insignificante, o dispositivo visaria preservar a época de reprodução da espécie que poderia estar em extinção. Ressaltava que o paciente teria reiterado essa prática, embora não houvesse antecedente específico nesse sentido.

HC 112563/SC, rel. orig. Min. Ricardo Lewandowski, red. p/ o acórdão Min. Cezar Peluso, 21.8.2012. (HC-112563) <sup>2</sup>.

Nesse sentido, de forma cautelosa ao caso concreto, e levando-se em conta que cada caso é um caso específico ao direito ambiental, diverge a doutrina e a jurisprudência pátria, a cerca da aplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes ambientais, tendo em vista o seu caráter metaindividual, de bem difuso e coletivo, cabendo sua proteção ao Estado como também a sociedade, o Supremo Tribunal Federal vem decidindo sobre a aplicação da Lei 9.605/98 aos casos mais graves e a aplicação do princípio da insignificância aos casos que não geral lesões graves ao meio ambiente, assim também de acordo com a doutrina.

## A TUTELA PENAL DO MEIO AMBIENTE

Meio ambiente é tudo o que nos cerca, segundo definição de Fernando da Costa Tourinho Neto, meio ambiente representa: "*um conjunto em que o homem está inserido, dele dependendo para sobreviver biológica, espiritual e socialmente*" (TOURINHO NETO, 1997, p. 5). Nesse viés, esclarecesse-se acerca da importância da proteção ao meio ambiente, de forma a garantir, assim, uma melhor qualidade de vida para as e presentes e futuras gerações:

<sup>1</sup> Site do Planalto: Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm)> Acessado em: out. 2013.

<sup>2</sup> Site Oficial do Supremo Tribunal Federal (STF): Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo676.htm>> Acessado em: Out. 2013.



Inevitável é que alguns questionem o porquê da proteção ao meio ambiente, ou, qual o motivo do empenho do legislador ao elaborar normas penais que venham a tutelar o tão defendido bem jurídico em questão. Busca-se resguardar o ambiente para o próprio benefício do homem, para se alcançar uma boa qualidade de vida, ou seja, proteger-se o ecossistema para a garantia da própria sobrevivência humana na Terra. Não se defende o bem jurídico porque está na moda, porque é politicamente correto, mas para a sobrevivência e bem-estar do homem, pois, sem ele, o homem não pode viver.<sup>1</sup>

Como elucidado anteriormente, a Constituição Federal brasileira tratou de explorar essa questão social e necessária de um meio ambiente sadio e a, também, necessária preservação do ecossistema, assim dispondo a respeito do meio ambiente no seu Título VIII, da Ordem Social, Capítulo VI, Do Meio Ambiente, artigo 225. O referido artigo trata de mencionar que o dever de preservação ambiental, assim como a sua proteção, cabem ao poder público como também a coletividade, sendo uma obrigação para as presentes e futuras gerações. Nesse sentido, para o professor Vladimir Passos de Freitas: *“o Brasil possui uma Constituição Federal que, em matéria de meio ambiente, situa-se em posição pioneira e possibilita ao Poder Público e à coletividade os meios necessários para a tutela desse bem comum da humanidade”* (FREITAS, 2001, p. 33).

A partir dessa análise constitucional, foram promulgadas diversas leis esparsas no sentido de se enquadrar às necessidades ambientais atuais, dentre essas leis, podemos citar, o Decreto n.º 6514, de 22 de julho de 2008 e a Lei n. 9.605 de 1998, lei esta de grande importância quando se tratam de infrações penais contra o meio ambiente, a qual tem como objetivo aplicar sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao bem ambiental. Encontram-se nessa lei, em seus artigos 70 ao 76, várias disposições gerais acerca das penalidades administrativas cabíveis no caso de transgressão ao meio ambiente:

#### CAPÍTULO VI DA INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA

Art. 70. Considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente.

§ 1º São autoridades competentes para lavrar auto de infração ambiental e instaurar processo administrativo os funcionários de órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente - SISNAMA, designados para as atividades de fiscalização, bem como os agentes das Capitânicas dos Portos, do Ministério da Marinha.

§ 2º Qualquer pessoa, constatando infração ambiental, poderá dirigir representação às autoridades relacionadas no parágrafo anterior, para efeito do exercício do seu poder de polícia.

§ 3º A autoridade ambiental que tiver conhecimento de infração ambiental é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante processo administrativo próprio, sob pena de co-responsabilidade.

§ 4º As infrações ambientais são apuradas em processo administrativo próprio, assegurado o direito de ampla defesa e o contraditório, observadas as disposições desta Lei.

Art. 71. O processo administrativo para apuração de infração ambiental deve observar os seguintes prazos máximos:

I - vinte dias para o infrator oferecer defesa ou impugnação contra o auto de infração, contados da data da ciência da autuação;

II - trinta dias para a autoridade competente julgar o auto de infração, contados da data da sua lavratura, apresentada ou não a defesa ou impugnação;

III - vinte dias para o infrator recorrer da decisão condenatória à instância superior do Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, ou à Diretoria de Portos e Costas, do Ministério da Marinha, de acordo com o tipo de autuação;

IV - cinco dias para o pagamento de multa, contados da data do recebimento da notificação.

Art. 72. As infrações administrativas são punidas com as seguintes sanções, observado o disposto no art. 6º:

I - advertência;

II - multa simples;

III - multa diária;

IV - apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração;

V - destruição ou inutilização do produto;

VI - suspensão de venda e fabricação do produto;

VII - embargo de obra ou atividade;

VIII - demolição de obra;

IX - suspensão parcial ou total de atividades;

<sup>1</sup> Site Artigos Jurídicos – Advogados: Disponível em: <http://www.advogado.adv.br/artigos/2004/leonardorochadefaria/dirpenameioambiente.htm> Acessado em: Out. 2013.

X – (VETADO)

XI - restritiva de direitos.

§ 1º Se o infrator cometer, simultaneamente, duas ou mais infrações, serão aplicadas, cumulativamente, as sanções a elas cominadas.

§ 2º A advertência será aplicada pela inobservância das disposições desta Lei e da legislação em vigor, ou de preceitos regulamentares, sem prejuízo das demais sanções previstas neste artigo.

§ 3º A multa simples será aplicada sempre que o agente, por negligência ou dolo:

I - advertido por irregularidades que tenham sido praticadas, deixar de saná-las, no prazo assinalado por órgão competente do SISNAMA ou pela Capitania dos Portos, do Ministério da Marinha;

II - opuser embaraço à fiscalização dos órgãos do SISNAMA ou da Capitania dos Portos, do Ministério da Marinha.

§ 4º A multa simples pode ser convertida em serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente.

§ 5º A multa diária será aplicada sempre que o cometimento da infração se prolongar no tempo.

§ 6º A apreensão e destruição referidas nos incisos IV e V do caput obedecerão ao disposto no art. 25 desta Lei.

§ 7º As sanções indicadas nos incisos VI a IX do caput serão aplicadas quando o produto, a obra, a atividade ou o estabelecimento não estiverem obedecendo às prescrições legais ou regulamentares.

§ 8º As sanções restritivas de direito são:

I - suspensão de registro, licença ou autorização;

II - cancelamento de registro, licença ou autorização;

III - perda ou restrição de incentivos e benefícios fiscais;

IV - perda ou suspensão da participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito;

V - proibição de contratar com a Administração Pública, pelo período de até três anos.

Art. 73. Os valores arrecadados em pagamento de multas por infração ambiental serão revertidos ao Fundo Nacional do Meio Ambiente, criado pela Lei nº 7.797, de 10 de julho de 1989, Fundo Naval, criado pelo Decreto nº 20.923, de 8 de janeiro de 1932, fundos estaduais ou municipais de meio ambiente, ou correlatos, conforme dispuser o órgão arrecadador.

Art. 74. A multa terá por base a unidade, hectare, metro cúbico, quilograma ou outra medida pertinente, de acordo com o objeto jurídico lesado.

Art. 75. O valor da multa de que trata este Capítulo será fixado no regulamento desta Lei e corrigido periodicamente, com base nos índices estabelecidos na legislação pertinente, sendo o mínimo de R\$ 50,00 (cinquenta reais) e o máximo de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais).

Art. 76. O pagamento de multa imposta pelos Estados, Municípios, Distrito Federal ou Territórios substitui a multa federal na mesma hipótese de incidência.<sup>1</sup>

Como visto em tais artigos, estes contêm desde advertência, imposição de multa simples, multas diárias, apreensões de instrumentos, apetrechos, equipamentos ou veículos utilizados nas infrações ambientais, conforme o caso concreto de agressão ambiental praticado pelo infrator.

No entanto, na esfera civil e administrativa, dispõe a legislação, o dever ao causador do dano de o reparar ao ponto que era antes da agressão ambiental, o “status quo ante”, havendo possibilidade de ressarcimento em pecúnia caso esse seja de difícil recuperação ou irreversível. Na esfera administrativa, procura-se, antes de tudo, evitar a ocorrência do dano, para isso o poder público usa do poder de polícia do Estado, nesse sentido (FREITAS, 2001, p. 24):

Na esfera civil, a legislação impõe ao causador do dano o dever de reparar o ambiente ao *status quo ante*, através de uma obrigação de fazer ou não fazer. No caso de não se mostrar possível a reconstrução do meio ambiente, haverá o ressarcimento em pecúnia dos danos causados, irreversíveis em curto prazo. Essa forma indireta de reparar o dano é chamada de compensação ecológica. Na esfera administrativa, a legislação visa à aplicação de sanções, com objetivo de evitar o efetivo dano ao meio ambiente. A responsabilidade administrativa se estabelece entre os indivíduos e o poder público, constituindo o resultado direto de uma conduta contrária à norma vigente. As penas aplicadas não fazem parte do Direito Penal, uma vez que decorrem do poder de polícia do estado<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Site do Planalto: Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm)> Acessado em: Out. 2013.

<sup>2</sup> Site Âmbito Jurídico: Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8802&rev](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8802&rev)> Acessado em: Out. 2013.

Nesse sentido, os infratores ambientais estão sujeitos às sanções administrativas, civis e penais, tendo em vista que a legislação prevê a responsabilidade dos infratores ambientais nesse três ramos, de forma cumulativa, sem que assim, caracterize-se violada a proibição do “*ne bis in idem*” (GOMES, 2007, p.59). Quanto à cumulação das mencionadas sanções, ainda esclarece Luiz Regis Prado:

Em princípio não há óbice à existência concomitante de infrações penais e administrativas na proteção jurídica do ambiente, especialmente porque o Direito Penal deve intervir em última instância, diante das agressões mais graves e, portanto, com sanções mais severas (PRADO, 2009, p. 88).

É importante salientar os argumentos utilizados para legitimar a tutela penal ambiental, segundo Ivan Luiz da Silva, são três os aspectos que autorizam a intervenção penal na proteção do meio ambiente, são eles:

- a) o meio ambiente como bem jurídico penalmente relevante;
- b) a natureza subsidiária do Direito Penal;
- c) a função instrumental da sanção penal (SILVA, 2008, p. 63).

Conclui-se, que a tutela penal do meio ambiente decorre do princípio da “*ultima ratio*”, ou princípio da interservação mínima, onde o Estado protege os valores fundamentais da sociedade e o direito penal apenas intervirá quando se tratar de bens ambientais considerados de maior relevância para a sociedade, ou seja, quando a agressão ambiental for relevante para o direito penal, caso contrário se aplicará o princípio da insignificância. Vale ressaltar o caráter transindividual do meio ambiente, como um direito difuso, coletivo, metaindividual e de solidariedade, portanto merecedor de tutela penal em conformidade com seus limites de aplicação, de acordo com a legislação vigente e o entendimento jurisprudencial do STF.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho tem como fatores a análise do meio ambiente na esfera da responsabilidade penal e do princípio da insignificância. Para tanto, foram utilizados de jurisprudências, informativos, doutrinas e troca de ideias com vários docentes da área.

A aplicação do princípio da insignificância em crimes ambientais ainda é muito debatida, tendo duas correntes, uma encabeçada pela maioria dos doutrinadores, a qual diz não ser cabível a aplicação do princípio da insignificância aos crimes ambientais, visto que não há grau de agressão cabível para este bem jurídico e ele não pode, de forma alguma, ser desprezado. Por outro lado a jurisprudência pátria admite que em se tratando de um grau ínfimo de lesividade ao meio ambiente, será cabível a aplicação do princípio da insignificância, até mesmo como meio de não onerar ainda mais as Varas Criminais, já tão demandadas. Este trabalho procurou tratar de forma cautelosa essa questão embasada pelas duas correntes de entendimentos, levando em conta a importância da preservação e proteção ao meio ambiente para as presentes e futuras gerações, cabendo ao poder público e a coletividade o preservar e o proteger.

## REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. Parte Geral. São Paulo/SP: Saraiva, 2009.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília/DF: Edição Administrativa: Senado Federal. 2012.
- CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal- revista e atualizada. Volume 1: parte geral. São Paulo/SP: Saraiva, 2008.
- FREITAS, Vladimir Passos de. Direito administrativo e Meio Ambiente. 3. ed. Curitiba/PR: Juruá, 2001.
- GOMES, Luís Flávio; MOLINA, Antônio Garcia-Pablos de Molina. Direito Penal: Parte Geral. v. 2. São Paulo/SP: RT, 2007.
- GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Parte Geral. Volume I. Rio de Janeiro/RJ: Impetus, 2011.
- LEAL JÚNIOR, Cândido Alfredo Silva. O princípio da insignificância nos crimes ambientais: a insignificância da insignificância atípica nos crimes contra o meio ambiente da Lei

- 9.605/98. Revista de Doutrina do TRF 4ª Região. Porto Alegre/RS, n. 17, abr. 2007. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao017/Candido\\_Leal.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao017/Candido_Leal.htm)> Acesso em: Out. 2013.
- LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. Direito ambiental na sociedade de risco. 2. ed. Rio de Janeiro/RJ: Forense universitária, 2004.
- LEUZINGER, Márcia Dieguez. Meio Ambiente: Propriedade e repartição Constitucional de Competências, Rio de Janeiro/RJ: Editora Esplanada Ltda, 2002.
- LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. Princípios da Insignificância no direito penal: análise à luz da Lei 9099/95: Juizados especiais penais e da jurisprudência atual. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, 1997.
- MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. Manual de direito penal – parte geral, arts. 1º a 120 do CP. 25. ed. São Paulo/SP: Atlas, 2009.
- MORAES, Márcia Elayne Berbich. A (In) Eficiência do Direito Penal Moderno para a Tutela do Meio Ambiente na Sociedade de Risco. Lei nº 9.605/98. Rio de Janeiro/RJ: Lúmen Juris, 2004.
- MORAES, Maurício Zanoide. Crimes contra o Meio Ambiente. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coordenadores). Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial. 7. ed. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, 2002.
- PRADO, Luiz Regis. Direito Penal do ambiente. 2. ed. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, 2009.
- PRESTES, Cássio Vinícius D.C.V. Lazzari. O princípio da insignificância como causa excludente da tipicidade no Direito Penal. São Paulo/SP: Memória Jurídica, 2003.
- SANGUINÉ, Odone. Observações sobre o princípio da insignificância. Fascículos de Ciências Penais. Porto Alegre/RS: Sergio Antonio Fabris Editor, v. 32, 1990.
- SILVA, Ivan Luiz da. Princípio da insignificância e os crimes ambientais. Rio de Janeiro/RJ: Lumen Juris, 2008.
- SILVA, José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional 4. ed. São Paulo/SP: Malheiros Editores LTDA. 2002.
- Site Âmbito Jurídico: Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8802&rev](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8802&rev)> Acessado em: Out. 2013.
- Site Artigos Jurídicos – Advogados: Disponível em: <<http://www.advogado.adv.br/artigos/2004/leonardorochadefaria/dirpenameioambiente.htm>> Acessado em: Out. 2013.
- Site JusBrasil: Disponível em: <<http://al-sp.jusbrasil.com.br/noticias/1232617/opinio-principio-da-insignificancia-ou-bagatela>> Acessado em: out. 2013.
- Site Oficial do Supremo Tribunal Federal (STF): Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=215713>> Acessado em: Out. 2013.
- Site do Planalto: Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm)> Acessado em: Out. 2013.
- Site Revista Jurídica: Disponível em: <[http://revistajustica.jfdf.jus.br/home/edicoes/Junho/artigo\\_dermeval1.html](http://revistajustica.jfdf.jus.br/home/edicoes/Junho/artigo_dermeval1.html)> Acessado em: Out. 2013.
- TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal. 5. ed. São Paulo/SP: Saraiva, 1994.
- TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Crime ambiental. Correio Brasiliense, Brasília/DF, 24 mar. 1997. Suplemento Direito & Justiça.

### 1.2.5 Reality show: legalidade e limites dos contratos de imagem<sup>1</sup>

Gabriel Sommer<sup>2</sup>  
Viviane T. Dotto Coitinho<sup>3</sup>

#### Resumo:

O presente artigo tem como objetivo apresentar os limites em relação ao uso da imagem, a qual dá forma legal nos contratos de captação e reprodução de imagem de pessoas que optam em participar dos programas de reality show, relacionando os limites implícitos e explícitos que não devem ser ultrapassados, nem pelo participante e nem pela empresa, assim como uma análise de caso em particular em que um participante foi excluído do de reality show, sem provas concretas, assim desrespeitando o contrato e ferindo a integridade do participante, que causou uma repercussão negativa para ele e muito desagradável para sua família, e mais tarde, foi provado que nada aconteceu.

**Palavras chaves:** Imagem. Contrato. Reality show. Daniel Echaniz.

#### Abstract:

This article aims to present the limits on the use of the image, which gives legal form contracts in capture and playback of images of people who choose to participate in the reality shows, relating the implicit and explicit limits that should not be exceeded, neither the participant nor the company, as well as an analysis of the particular case in which a participant was excluded from the reality TV show, without concrete evidence, thus violating the contract and injuring the health of the participant, which caused a backlash very unpleasant for him and for his family, and later it was proved that nothing happened.

**Key words:** Image. Contract. Reality show. Daniel Echaniz

#### Introdução

A presente pesquisa tem como tema principal os direitos da personalidade, que são direitos inerentes à pessoa, em questão a imagem, que guarda respaldo legal na Constituição Federal e no Código Civil

A imagem é um dos direitos da personalidade, igual a qualquer outro, porém, tem uma característica a que a diferencia dos demais, e com isso, traz consequências no mundo jurídico, abrindo uma nova janela de possibilidades e recursos possíveis, pois a imagem, hodiernamente tem relevância em função da propagação dos meios de comunicação.

Nesse sentido fica o questionamento, como uma empresa de reality show pode usar a imagem de uma pessoa para buscar benefícios lucrativos, e não atingir a integridade do titular da imagem?

Configura como forma legal de concessão do direito de exposição da imagem a terceiros, somente com autorização do titular e para fins previamente determinados e estipulados em um contrato, assim como a forma de exposição de imagem e os limites que não devem ser ultrapassados.

Nesse sentido será realizada a análise do caso Daniel que ocorreu em 2012, envolvendo um participante do programa Big Brother Brasil, onde o mesmo foi expulso do programa e insultado de varias maneiras pela mídia, e de modo inconsequente pela sociedade.

O tema é atual, pois milhões de brasileiros passam grande parte de seu tempo assistindo e até debatendo sobre os programas de reality show, e a maioria dessas pessoas querem ser os protagonistas.

Quando alguém é selecionado para participar, inegavelmente terá ascensão pessoal e social, consequentemente trazendo a tão almejada fama, o procurado renome. Mas para participar, precisam assinar um contrato, no qual vai conceder à empresa produtora a permissão de exposição de sua imagem.

Mas como um contrato desses é possível, se a imagem é intransmissível e irrenunciável?

#### 1- Dos contratos de captação e reprodução da imagem no reality show

<sup>1</sup> Artigo elaborado como instrumento de avaliação da disciplina Civil I do curso de Direito da Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA.

<sup>2</sup> Aluno do segundo semestre de Direito da FADISMA. Endereço eletrônico: [gabrielsommer@msn.com](mailto:gabrielsommer@msn.com).

<sup>3</sup> Professora do curso de Direito da FADISMA. Endereço eletrônico: [vivianecoitinho@fadisma.com.br](mailto:vivianecoitinho@fadisma.com.br).



Milhares de brasileiros param para assistir e comentar sobre programas de reality show, que são muito comuns hoje em dia na televisão brasileira. Os participantes são filmados 24 horas por dia, do início ao fim do programa, ou até o momento em que são eliminados. Mas esta total falta de privacidade, não fere os direitos da personalidade da pessoa humana?

Os direitos da personalidade estão consagrados em nossa Constituição Federal, e também é disposto um capítulo inteiro do Código Civil, Capítulo II, para abordar esse assunto. No Art. 11 do Código Civil, trata dos direitos pessoais expressamente como intransmissíveis e irrenunciáveis, mas certos doutrinadores como Carlos Alberto Bittar falam que além disso eles também são “direitos inatos (originários), absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, necessários e oponíveis *erga omnes*.”(Bittar, 1995, p 11).E nesse sentido Morais:

Toda expressão formal e sensível da personalidade de um homem é imagem para o Direito. A idéia de imagem não se restringe, portanto, à representação do aspecto visual da pessoa pela arte da pintura, da escultura, do desenho, da fotografia, da figuração caricata ou decorativa, da reprodução em manequins e máscaras. Compreende, além, a imagem sonora da fonografia e da radiodifusão, e os gestos, expressões dinâmicas da personalidade. (...) Por outro lado, imagem não é só o aspecto físico total do sujeito, nem particularmente o semblante, como o teriam sustentado Schneickert e Koeni. Também as partes destacadas do corpo, desde que por elas se possa reconhecer o indivíduo, são imagem na índole jurídica. (MORAIS, 1972, p. 64)

“A imagem é problema jurídico complexo. Não se exaure no direito à intimidade, irradiando-se, antes, a outras províncias. O direito autoral de seu realizador e a propriedade do *corpus mechanicum* em que se materializa compõem a instituição.” (Fernandes, p 173)

Toda pessoa que dispor-se a participar do programa, deve passar por uma seleção, e por fim assinar um contrato. “O direito de imagem é exercido pelo consentimento, que representa um direito de seu titular de autorizar a captação, reprodução de sua imagem de acordo com seu interesse”( Filho,Olini.L, 2013).

O indivíduo que pretende assinar esse contrato deve estar ciente do que vai fazer, pois um contrato como esse, limita o seu direito de imagem e intimidade, concede o direito da emissora de expor sua vida pessoal, profissional e familiar, por determinado período de tempo, porém fornece uma alta promoção pessoal, social e talvez, até econômica, então ele deve ponderar muito bem a situação antes de tomar qualquer decisão.

A empresa produtora do reality show pode utilizar a imagem do contratado, porém, há limites sobre até onde se pode utilizar. O contrato deve ser assinado por livre vontade do indivíduo, no qual permitirá a divulgação de sua imagem, mas antes disso, deve estabelecer a exata forma de aplicação da mesma, assim como o quanto de tempo que ela vai ser usada, ou seja, traçar limites, tanto para a emissora do programa quanto para o próprio participante, para assim não terem problemas na “vida após confinamento”.

Alguns autores acreditam que o direito a imagem é subjetivo, ou seja, pessoal, ele traz consigo a oportunidade de o indivíduo dispor-se ou não dela da melhor forma que entender, para fins sociais, políticos econômicos dentre outros.

Aqui começa um confronto de certos doutrinadores com relação à concordância do titular conceder a terceiros o direito de exposição de sua imagem, pelo simples fato de a imagem ser intransmissível.

Assim Maurício Scheinman:

A captação e a difusão da imagem na sociedade contemporânea tendo em vista o desenvolvimento tecnológico causou uma grande exposição da imagem, principalmente de pessoas que obtiveram destaque nas suas atividades, conseqüentemente, à imagem foi agregado um valor econômico expressivo.

Ora, dotado de certas particularidades, o direito à própria imagem é um direito essencial ao homem. Não pode o titular privar-se da sua própria imagem, **mas dela pode dispor para tirar proveito econômico**. Esta característica fundamental do direito à imagem implica uma série de conseqüências no mundo jurídico, pois quando é utilizada a imagem alheia sem o consentimento do interessado, ou quando se ultrapassa os limites do que foi autorizado – repita-se, quando se ultrapassa os limites do que foi autorizado - ocorre uma violação do direito à imagem. Importante frisar que o direito à própria imagem é inalienável e irrenunciável, uma vez que não há como dissociá-lo do seu titular. **Entretanto, não é indisponível**, e é esta a grande característica do direito à imagem: a possibilidade de dispor ou não da própria imagem para que outros a utilizem para diversos fins. Pode, assim, a pessoa explorar a sua própria imagem. Dos direitos constitucionais ligados à personalidade e tendo em conta

os seus limites, resultam direitos instrumentais de conteúdo patrimonial susceptíveis de exploração econômica, com suporte último na própria imagem. Neste ponto, é importante salientar que, diferentemente do direito à imagem, o direito à intimidade não é alienável, pois não tem conteúdo econômico. (Scheinman, 2012) (Grifo nosso)

A imagem de cada pessoa é inegavelmente inalienável, intransmissível e irrenunciável, mas, no entanto, também é disponível, essa é a principal característica dela, fato que a difere dos outros direitos da personalidade, pela possibilidade de ser comercializada.

No caso dos contratos de participação em reality show, eles têm suporte fático em um dos princípios fundamentais do direito, "*pacta sunt servanda*" traduzido significa "os pactos devem ser cumpridos", é a força obrigatória dos contratos. Encontra seu fundamento de existência na vontade que faz nascer os contratos. Está demasiadamente vinculado com as obrigações contratuais e outro princípio que é base do nosso ordenamento jurídico, o princípio da boa fé (lealdade, confiança e colaboração). Da redação do art. 113 do Código Civil: os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração

Agostinho traduziria boa fé como :

Boa-fé objetiva é a conduta externada pelo agente. Trata-se de um dever de bom comportamento do agente. São considerados deveres anexos ou laterais às obrigações. Um comportamento esperado das partes, independentemente de seu estado anímico (subjetivo), pode-se citar com exemplos os deveres de lealdade, probidade, retidão, ética, informação, dentre outros. (Agostinho, 2013)

Outro fundamento pode ser encontrado no próprio capítulo II do Código Civil, mais precisamente no Art.20, lembrando que o capítulo II trata especificamente dos direitos da personalidade.

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

"Portanto, o direito à imagem é resguardado de forma clara, feitas as ressalvas ao uso informativo e que não atinjam a honra ou a respeitabilidade do indivíduo."(Bittar, 1994 p. 262)

Um entendimento mais claro sobre essa parte do assunto se encontra nas palavras do Professor Doutor Sílvio Rodrigues:

"Mas é óbvio que a palavra e os escritos humanos, bem como a imagem de uma pessoa, constituem direitos da personalidade, pois é fora de dúvida que a parte lesada pelo uso não autorizado de sua palavra, ou de seus escritos, obtenha ordem judicial interditando esse uso e condenando o infrator a reparar os prejuízos causados. A mesma proibição abrange a imagem. O artigo 20 do Código Civil que trata da matéria contém duas ressalvas: a primeira permitindo esse uso se necessário à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública; a segunda restringindo a proibição às hipóteses de a divulgação da palavra ou da imagem atingir a honra, a boa fama ou a respeitabilidade da pessoa, ou se destinar a fins comerciais." (RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil Parte Geral, 2002, p. 74)

## 2- Limites obrigatórios das empresas na exposição de imagem

Recapitulando, a imagem é disponível e pode ser usada para fins econômicos. O contrato é lícito, desde que seja assinado por vontade do indivíduo. A emissora do programa pode utilizar a imagem do participante que se propôs a assinar o contrato.

Porém há muitos casos em que os participantes, depois de sair do programa, entram com uma ação contra a emissora do reality show, muitas vezes acusando-a de danos à integridade moral, calúnia, difamação, injúria, e até danos materiais. O programa pode sim usar a imagem do contratante, como já foi dito e repetido. Mas até onde a empresa pode chegar antes de prejudicar a integridade da pessoa, a imagem do participante? Em que ponto caracteriza o ato inflacionário da empresa em relação ao participante?

Assim é necessário trazer como exemplo o caso do ex-participante do Big Brother Brasil 12, Daniel Echaniz, segue entrevista no site uol:

Na madrugada de sábado para domingo 15/01/12, Daniel e Monique dormiram na mesma cama e foi possível observar uma movimentação intensa do modelo enquanto a estudante pouco se mexia.

Na segunda, a participante Monique foi chamada ao confessionário para esclarecer pela segunda vez --ela já havia feito isso poucas horas depois do ocorrido-- o que aconteceu entre ela e Daniel.

(...)

Daniel não foi mais visto pelas câmeras da casa e sua expulsão foi anunciada por Pedro Bial no programa de ontem (16/01/12).

Em conversa no confessionário, Monique afirmou: "só se ele [Daniel] foi muito mau caráter de ter feito sexo comigo dormindo".

Durante o programa, o apresentador Pedro Bial afirmou que decisão foi tomada "sem precipitação, com o máximo de cuidado".

"Depois de criteriosa avaliação, a direção entendeu que o comportamento de Daniel foi motivo de eliminação", completou Bial. O apresentador, contudo, não detalhou para os telespectadores qual o motivo da eliminação.<sup>[4]</sup>

A direção do programa tomou a decisão no início da noite desta segunda-feira, 16/01/12, depois que a polícia esteve no Projac para investigar o caso e atribuiu a eliminação a "um grave comportamento inadequado".<sup>[5]</sup>

"Em depoimento à polícia, os **dois disseram que houve consentimento. Ela afirmou que estava consciente durante a troca de carícias e que não houve penetração.** Cada um foi ouvido por cerca de uma hora e meia.

O delegado Antônio Ricardo, do 32º DP, Taquara, zona oeste do Rio, deu entrevista coletiva sobre o caso nesta terça-feira (17/01/12).<sup>[4]</sup>

"Eles confirmaram que se tocaram debaixo dos cobertores, com consentimento dos dois. Mas, se precisar, vamos ouvi-los novamente", disse o delegado, que não descartou uma acareação.<sup>[4]</sup> (Grifo nosso) (folha.uol.com.br, acesso em: 13 de setembro de 2013)

Daniel foi expulso do programa, por uma suspeita de ter agido de forma abusiva contra Monique e insultado pela mídia não só nacional, mas como também a de outros países, como nos jornais do Reino Unido e Austrália. A notícia se disseminou e proporcionou condições muito difíceis para ele e para sua família, no convívio com outras pessoas e na retomada da sua carreira profissional como modelo.

Celo Ribeiro, escritor do blog Opinião em foco, fala a respeito:

Alegando que foi massacrado pela mídia e pela opinião pública com o consentimento da Globo, o ex-BBB Daniel irá entrar com uma ação na justiça contra a Rede Globo, que o expulsou do programa devido ao suposto estupro que supostamente teria ocorrido entre ele e a participante Monique.

Depois de ser inocentado pela polícia, e pela própria Monique, o modelo diz ter provas suficientes contra a emissora e pedirá uma indenização por danos morais e materiais no valor de R\$ 5 milhões. A emissora até agora não se manifestou, mas Daniel avisou que irá esperar somente término do programa para entrar com a ação na justiça.

Daniel não está errado, por que realmente **a Globo lhe condenou no momento em que expulsou ele do programa e o deixou isolado sem poder se defender. E como a polícia o inocentou ficou claro que ele não quebrou nenhuma regra do programa e portanto deveria ter ficado no BBB 12.** E é isso que deixa a Globo em maus lençóis, pois tudo é estipulado em contrato.

Sem contar que Daniel e Monique beberam muito na festa e esse é um comportamento que a emissora sempre incentivou, sem contar que as cenas de sexo sempre foram muito usadas para atrair audiência."(Ribeiro. 2012, grifo nosso)

Também é necessário trazer a baila a matéria publicada do dia 19/01/12, no site CORREIO 24 HORAS:

O modelo Daniel Echaniz, 31 anos, eliminado do Big Brother Brasil 12, está proibido de deixar o país. Quando quiser mudar de cidade, ele também terá que informar à Justiça previamente.

A decisão foi tomada pelo juiz Marco Couto, da Vara Criminal de Jacarepaguá, no Rio de Janeiro, respondendo a solicitação da promotora Christiane Monnerat, do Ministério Público do Rio.

De acordo com o site F5, da Folha.com, Monnerat informou que a medida cautelar solicitando a apreensão do passaporte do modelo é uma resposta a declarações que ele deu a imprensa afirmando que pretendia deixar o país.

"O delegado deixou claro que pretende colocar ele e Monique assistindo a fita juntos. A medida cautelar é uma forma de evitar que ele (Daniel) saia do país e atrapalhe as investigações", explicou a promotora. O modelo tem três dias para entregar o passaporte à Justiça. [www.correio24.com](http://www.correio24.com), acesso em: 13 de setembro de 2013.

O que diz a reportagem é que Daniel não pode sair do país. A matéria pode até parecer irrelevante no primeiro momento, mas, ele trabalha como modelo profissional, já com varias passagens pelo exterior, e agora depois do incidente, ele vai querer voltar a exercer suas atividades profissionais, a qual não se limita ao Brasil. E até seria mais confortável para ele trabalhar em um país onde não fosse insultado de estupro. Então Daniel limita suas alternativas somente no Brasil, onde no momento (Daniel foi expulso dia 16/01/12 e essa reportagem foi feita 3 dias depois) tem suposta fama de mau caráter e estupro, dificultando mais ainda sua retomada profissional.

A Rede Globo é a empresa com mais poder midiático do Brasil, é a numero um em audiência, como é mostrado em varias pesquisas, e conseqüentemente, por ser a maior, é lembrada em outros países, tendo assim uma responsabilidade muito maior em relação a seus atos, que são tomados pela população brasileira como estando certos.

No caso, empresa realmente não pesou bem seus atos, prejudicando um participante, sem provas concretas que de fato o estupro aconteceu. Digo isso pelo fato de que no domingo aconteceu o *“grave comportamento inadequado”*, o suposto estupro e no outro dia, Daniel não estava mais no programa, não passou um dia sequer, pois o programa de segunda feira entrou no ar e Daniel não estava mais presente.

Meses depois, o TJRJ encerra e arquiva inquérito da Rede Globo contra Daniel:

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro encerrou nesta terça-feira (20) o inquérito policial contra o modelo Daniel Echaniz, de 31 anos, investigado por estupro de vulnerável no BBB12. Em nota, a Central Globo de Comunicação afirma que o Tribunal entendeu que, de acordo com o depoimento da estudante gaúcha Monique Amin, de 23 anos, **não houve crime**. Com isso, o inquérito foi arquivado e foi suspensa também a proibição de o modelo sair do país. (grifo nosso) [www.geledes.org.br](http://www.geledes.org.br), acesso em 13 de setembro de 2013.

Dois meses depois, no dia 20 de março, é arquivado e encerrado o inquérito policial contra Daniel, mostrando que não houve crime. Então, o único possível argumento que justificava a Globo expulsar Daniel estava errado, o suposto estupro nunca aconteceu.

Daniel Echaniz concedeu uma entrevista exclusiva para a OUL, no dia 10/06/12, na qual falou o seguinte: “Tenho um filho para criar, estou sem trabalho e com o filme queimado, “a Globo foi tão cruel que não pensou na consequência do que fez comigo. Não tenho por que me calar e ter medo”. Algumas das perguntas de Carla Neves, a entrevistadora, foram estas:

**“E a sua mãe? Ela ficou bem abalada na época. Como ela está atualmente?** Minha mãe e minha mulher [a modelo Mônica Silva] ficaram muito impressionadas e na época não podiam falar nada. Até por tudo o que aconteceu. Minha mãe e a Mônica estavam muito expostas. Venho de uma família muito humilde, independente de ser modelo e viajar o mundo inteiro. Não sou só um cara bonitinho. Fiz por onde para chegar onde cheguei na minha carreira. E todo mundo sabe que minha mãe vende jornal no sinal. **Na época, ela teve que vender jornal comigo na capa, como estupro. E as pessoas compravam o jornal falando mal de mim. E ela tinha que dizer: ‘ele não é safado, é o meu filho’.** Então para ela foi muito sofrido. Julgar é muito fácil. Se falassem só de mim, tudo bem. Mas envolveu toda a minha família.” (Grifo nosso)

**“Você se arrepende de ter entrado, então?** Não sei se me arrependo de ter entrado. O que me deixou chateado foi que eles me tiraram o direito de concorrer ao prêmio em dinheiro e à aventura de estar enclausurado. Queria ver como eu lidaria com o confinamento. Eles me tiraram esse direito. Depois de tudo o que aconteceu, fiquei muito triste. **Perdi trabalhos que provavelmente eu não vou mais fazer.** E isso tomou proporções internacionais. Saíram matérias no Japão, na África do Sul... Diferentemente do que a TV Globo acha, tenho uma potência ao meu favor que é a internet. Ao mesmo tempo que ela te coloca como Deus, ela te coloca como diabo em dois segundos. Tenho tudo isso documentado. **Eles acabaram com a minha carreira de 12 anos.**” (Grifo nosso)

**“Você está morando no Rio ou em São Paulo? Ainda está andando de carro blindado e mudando de endereço?**Estou morando em São Paulo e andando de ônibus e metrô, como sempre andei. Tenho uma vida normal. Mas várias vezes ainda me sinto privado de algumas coisas pela situação que a TV Globo me deixou. **Vou ter um filho e ele vai sofrer com isso. Vai sofrer bullying no colégio. ‘Sabia que você tem um coleguinha que o pai é estupro?’.** A TV Globo foi tão cruel que não pensou na consequência do que fez comigo. Não tenho por que me calar e ter medo. Claro que eu tenho que saber o que falar porque tudo pode ser usado contra mim. Estou totalmente livre, leve e solto.” (Grifo nosso)

**“E o trabalho? Quais são seus planos agora?** Meu plano é retomar minha vida. Vou voltar a movimentar minha carreira de modelo e começar a trabalhar como ator. Já tinha sido convidado para fazer TV. **Talvez não**

consiga voltar a trabalhar como modelo, mas vou trabalhar em cima do que esse circo me deu. E esse circo me deu a possibilidade de as pessoas quererem conhecer quem é o Daniel de verdade.” ( Neves Carla – OUL, 2012) (Grifo nosso)

Taxado de esturpador, visto com maus olhos por várias pessoas, uma vida profissional de 12 anos, destruída em poucos meses. Estas foram as consequências que o erro da Globo proporcionou.

Assim é necessário utilizar um princípio essencial para dirimir esse conflito e conflitos semelhantes. Um princípio que não deve ser usado meramente no âmbito jurídico ou para questões acadêmicas, e sim no cotidiano, em soluções de conflitos. O princípio da proporcionalidade, ou até a adequação dos meios aos fins, em sentido amplo é tentar buscar o equilíbrio.

Os princípios no direito são muito importantes para guiar os profissionais em situações no caso concreto. Existem vários princípios, o seguimento desses princípios não é obrigatório, mas é muito aconselhável. Sobre esse assunto, Luma G. de Souza nos fala a respeito:

Os princípios podem ser definidos como a base, o fundamento, a origem, a razão fundamental sobre a qual se discorre sobre qualquer matéria. Trata-se de proposições mais abstratas que dão razão ou servem de base e fundamento ao Direito. É inegável que os princípios gerais do direito não somente servem de orientação ao juiz, no momento de proferir a sua decisão, mas também constituem um limite ao seu arbítrio, garantindo que a decisão não está em desacordo com o espírito do ordenamento jurídico, e que suas resoluções não violam a consciência social. São mais do que um elemento da insegurança jurídica, na medida em que contribuem para dotar o ordenamento jurídico em seu conjunto de segurança, tanto no sentido de assegurar que condutas que se ajustem à justiça não se vejam reprovadas pela norma positiva, como permitindo resolver situações não contempladas em norma alguma positiva, mas que tenham relevância jurídica. (Souza, 2011)

Princípios devem ser resguardados não só como a base e o guia para os juristas, devem também ter o escopo de proporcionar o bem para a sociedade, e ao invés de só e unicamente seguir a letra “fria” da lei e a aplicação de doutrinas, devemos considerar os princípios para o encontro da justiça, e dar maior humanização nas decisões, porque também, o direito não é só feito de leis, normas e regras, ele serve para a sociedade, para o povo e em proteção dele, serve para manter a ordem, mas como manter a essa ordem desprezando a principal característica humana, que é o fato de sermos humanos?

Nesse viés Felipe Silva da Conceição, em seu trabalho “A relativização do direito de imagem: limites da sua (in) disponibilidade” publicado no renomado site [Ambito Jurídico.com.br](http://AmbitoJuridico.com.br), nos mostra que também simpatiza com essa idéia:

O brocardo jurídico *ius et ars boni et aequi* (o direito é a arte do justo e do belo) somente é válido diante da aplicação da razoabilidade no processo de elaboração e aplicação das leis. Para se estabelecer critérios, os mais objetivos possíveis, necessário é que se tenha a razoabilidade como norte.

(...)

O processo de relativização consiste na interpretação das regras segundo os princípios jurídicos e, no caso de choque entre as regras que não puder ser solucionado pelos critérios clássicos da hierarquia, temporalidade e especificidade, se recorre os princípios e os postulados jurídicos, tais como a ponderação de interesses. Ainda no caso de existir regra que regule uma dada situação, mas tal regra se revelar contrária ao ideal de justiça se aplicada ao caso concreto pelo método da subsunção, servem os princípios de direito para justificarem a não aplicação desta regra. Entretanto, esta solução não é pacífica, pois põe em risco um outro princípio/necessidade do Direito, que é a segurança jurídica. Portanto, ainda é tímida a doutrina neste ponto e poucos os que se aventuram por estes campos teóricos. Relativizar, portanto, o direito civil, significa dar nova forma de interpretação de suas regras, agora não mais voltada para a defesa incontestada da propriedade e do contrato. Trata-se de humanizar o Direito, tendo em vista que este serve de instrumento ao combate das injustiças sociais. Para tanto, serve-se o operador jurídico dos princípios constitucionais.

O indivíduo tem direito à privacidade e a manter sua individualidade. A imagem deve ser reproduzida mediante autorização de seu detentor, sob pena de se por em risco a idoneidade moral do sujeito. Essa é a garantia mínima que o Direito pode estabelecer. A razoabilidade é necessária para que o dano em decorrência da má utilização do Direito de imagem não venha a ocorrer. (Conceição, Felipe S. [www.abitojuridico.com.br](http://www.abitojuridico.com.br))



Não se propõe estabelecer uma relação entre o certo e o errado, mas sim tratar dessa questão no âmbito da proporcionalidade, se o ato foi proporcional ao fato, se o ato da relação entre os dois foi proporcional à expulsão do Daniel.

Assim verificando a decisão, não foi proporcional, a Rede Globo praticamente “destruiu” a vida do participante do reality show, agindo sem provas substanciais de que realmente existiu o ato ilegal, muito pelo contrário, no dia da expulsão de Daniel, os dois foram interrogados pela polícia e disseram que o ato foi consciente e voluntário. Mas isso só não bastou para a empresa, que acabou expulsando Daniel. Meses depois, Daniel não tinha emprego, talvez não consiga retomar suas atividades como modelo, além de ser rechaçado pela sociedade e chamado injustamente de estuprador, mesmo sendo provado pelo TJRJ que não houve nenhum ato ilícito.

A Globo poderia ter analisado os fatos com mais calma e cautela, e tomado uma decisão mais precisa e talvez assim, não teria expulsado Daniel tão rapidamente do programa. Poderiam, talvez, ausentá-lo por um período de tempo em que se analisava o caso até ser comprovado se ele abusou ou não de Monique.

Não é possível que uma empresa, possa tomar uma decisão tão importante, na qual os efeitos podem ser, e foram devastadores ao contratante, em menos de um dia, e ainda alegar que a decisão foi "sem precipitação, com o máximo de cuidado", como disse o apresentador Pedro Bial.

A Rede Globo ganhou um maior percentual de audiência quando isso aconteceu, conseqüentemente acarretando mais lucros, porém o incidente feriu a honra e a integridade dele e da sua família, mas não só isso como ele mesmo disse, o filho dele pode vir a sofrer bullying no futuro.

A empresa pode usar a imagem do indivíduo, mas não pode ferir a honra e a integridade do participante que permitiu a divulgação da mesma, muito menos o expor ao ridículo. No momento que isso ocorre caracteriza o ato inflacionário. Esse é o limite, porque também só a imagem devia ser tratada no contrato e só ela é disponível para comercialização, os demais direitos da personalidade não são.

### 3 - Considerações finais:

Os direitos da personalidade que foram consagrados no nosso ordenamento jurídico são inalienáveis, intransmissíveis, irrenunciáveis, todos eles, porém a imagem tem uma característica distinta dos outros direitos, a disponibilidade. Com isso é possível usar dela para alcançar determinados fins publicitários, comerciais, e principalmente econômicos, pois a ela pode ser atribuído grande caráter financeiro.

A imagem nunca, jamais poderá ser vendida, pois ela não é passível de venda, o que pode acontecer é o titular conceder autorização a terceiros para a captação e exposição de sua imagem, com fins previamente determinados.

A imagem de uma pessoa não é somente a física, ela compreende também o abstrato, que por si só é individual, como por exemplo, a voz, os gestos, o nome, ou seja, sua própria identidade.

Quando uma pessoa se dispõe a participar de um programa desses e assinar o contrato, o mesmo deve ser assinado por livre vontade do indivíduo e nele deve conter limites como o de não exposição ao ridículo, não atingir a honra nem a integridade do titular e o quanto de tempo vai ser usada a imagem para a exposição. Sempre levando em conta a boa fé do indivíduo e da empresa.

Quando a empresa fere a integridade, a honra e ou a respeitabilidade social, expondo o participante ao ridículo, até mesmo sem a intenção, está sujeita a responder por esse ato na esfera do direito em que mais se adequar (seja civil ou penal, ou em ambos), porque o único direito da personalidade que tem a possibilidade de disposição é, somente, a imagem, nenhum dos outros direitos tem essa característica.

Por isso quando a empresa atinge a honra, a intimidade ou qualquer outro direito da personalidade do participante que aceitou que expusessem sua imagem, ela ultrapassa os limites que foram estipulados no contrato, explícita ou implicitamente, podendo esse erro causar danos inimagináveis ao contratante depois que acaba o programa, na retomada da sua vida, seja particular, seja profissional. Como foi o caso do Daniel.

No caso Daniel, realmente ocorreu um erro muito grave da emissora, que o expulsou, sem provas concretas de que houve realmente o ato ilegal, sendo atribuído com a má fama de

estuprador pela mídia, conseqüentemente isso afetou não só sua vida profissional como também causou grande desconforto para integrantes de sua família.

Digo aqui que não encontrei e nem nunca vi o tal contrato, só o que sei é da famosa cláusula de concessão de exposição da imagem, porque é citada como contrata-argumento em vários dos processos contra emissoras, e trabalho com isso simplesmente como uma questão acadêmica.

#### REFERÊNCIAS:

- AGOSTINHO, Tiago A disponível em: <http://www.finalidadejuridica.com.br/2013/02/qual-e-diferenca-entre-boa-fe-subjetiva.html> visitado em 16/09/13
- BITTAR, Carlos Alberto – *os direitos da personalidade*, 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p 11
- BITTAR, Carlos Alberto - *Curso de Direito Civi*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994 p. 262
- BRASIL, Código Civil de 2002, disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm)
- Brasil, Constituição Federal de 1988, disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)
- Botelho, Renan – CARAS, disponível em <http://caras.uol.com.br/canal/nacionais/post/apos-nascimento-da-filha-ex-bbb-daniel-echaniz-negocia-programa-com-globo-big-brother-brasil> visitado em 05/10/13
- Conceição, Felipe S. disponível em [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=346](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=346) visitado em 06/10/13
- FERNANDES, Milton. *Proteção Civil*. São Paulo: Saraiva., p 173.
- FILHO, Olni L. disponível em; [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12670](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12670) visitado em 15/09/13
- NEVES, Carla – OUL, disponível em: <http://televisao.uol.com.br/noticias/redacao/2012/06/10/nao-tenho-por-que-me-calar-e-ter-medo-afirma-ex-bbb-daniel-sobre-processo-contra-a-tv-globo.htm#fotoNav=14> visitado em 14/09/13
- RIBEIRO, Celo, disponível em: <http://opiniaoemfoco.blogspot.com.br/2012/03/daniel-ex-bbb-e-inocente-e-vai.html> visitado em 15/09/13
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil Parte Geral*, São Paulo, Editora Saraiva, 2002, p. 74
- SCHEINMAN, Maurício disponível em: <http://blogdoscheinman.blogspot.com.br/2012/01/vem-ai-mais-um-big-brother-os-abusos-e.html> visitado em 13/09/13
- SOUZA, Luma G. disponível em <http://www.iaulas.com.br/site/arquivo/3526/ensino-superior/direito/principios-gerais-do-direito.html> visitado em 05/10/13
- MORAIS, Walter - *Direito à própria imagem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 61, n. 443, setembro de 1972, p. 64)
- [5] Disponível em <http://caras.uol.com.br/noticia/daniel-e-eliminado-do-bbb12-estupro-monique#image1> visitado em 15/09/13
- [4] Disponível em <http://f5.folha.uol.com.br/televisao/1035535-bbb12-monique-negou-estupro-em-depoimento-a-policia.shtml> visitado em 15/09/13
- Disponível em <http://g1.globo.com/pop-arte/noticia/2012/03/justica-encerra-e-arquiva-inquerito-contra-daniel-echaniz-do-bbb-12.html> acesso dia 06/10/13
- Disponível em <http://www.geledes.org.br/acontecendo/noticias-brasil/13477-justica-encerra-e-arquiva-inquerito-contra-daniel-echaniz-do-bbb-12> acessado dia 06/10/13
- Disponível em <http://www.correio24horas.com.br/noticias/detalhes/detalhes-1/artigo/decisao-da-justica-impede-que-ex-bbb-daniel-deixe-o-pais/> acessado dia 07/10/13

## 1.2.6 A aplicabilidade do instituto penal da detração nas medidas cautelares diversas da prisão no direito brasileiro<sup>1</sup>

João Pedro Seefeldt Pessoa<sup>2</sup>  
Mário Luis Lirio Cipriani<sup>3</sup>

### RESUMO

A superlotação, as condições insalubres e precárias, a falta de investimentos públicos e privados, a ineficácia de políticas de reinserção do preso à sociedade marcam a vida e a personalidade daqueles que devem passar pelo sistema prisional, ainda que não condenados definitivamente. O juiz para decretar a prisão preventiva de um acusado deve observar os requisitos do artigo 312, do CPP, mas com o advento da Lei nº 12.403/2011, também deve justificar a não aplicação de uma das medidas cautelares diversas da prisão, previstas no artigo 319 e 320, do CPP. A partir disso, deve-se pensar a respeito da detração penal nas medidas cautelares diversas da prisão, isto é, o cômputo na pena definitiva do tempo de medida cautelar, pois, ainda que o indivíduo não esteja em regime equiparado ao fechado, sua liberdade está cerceada de uma ou de outra forma e vive sob a constante ameaça de que, caso não cumpra uma das condições previstas, poderá ser decretada sua prisão preventiva. Por isso, o artigo é dividido em dois grandes blocos, sendo que o primeiro aborda a prisão preventiva e o segundo trata do instituto penal da detração. Ademais, a pesquisa se desenvolve pelo método dedutivo, com bases bibliográficas doutrinárias e jurisprudenciais. Nesse sentido, insere-se na Área de Concentração da FADISMA “Direito, Sociedades Globalizadas e Diálogo entre Culturas Jurídicas” e na linha de pesquisa “Constitucionalismo, Concretização de Direitos e Cidadania” e procura pormenorizar um tema novo e promover uma discussão interessante a respeito da liberdade de um cidadão.

**Palavras-chave:** Processo penal. Detração. Prisão preventiva. Medidas cautelares.

### INTRODUÇÃO

A realidade dos estabelecimentos prisionais brasileiros não é novidade: superlotação, condições precárias e insalubres, afronta aos direitos humanos e direitos prisionais, políticas insuficientes e ineficientes de reeducação, reinserção e ressocialização do detento. O Brasil conta com uma alta população de presos, sendo que muitos são presos provisórios, isto é, presos temporários ou preventivos. Nesse sentido, faz-se necessário pensar em soluções alternativas ao cárcere, como por exemplo penas substitutivas à restrição de liberdade, ou seja, restritivas de outros direitos e medidas cautelares diversas da prisão.

A pesquisa científica objetiva delinear a prisão preventiva e os seus pressupostos de aplicabilidade, além dos requisitos de garantia à ordem pública, garantia à ordem econômica, conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal. Também objetiva demonstrar os avanços advindos com a Lei nº 12.403/11, que alterou dispositivos do Código de Processo Penal no que tange as prisões, medidas cautelares e liberdade provisória. Mais do que isso, aborda um tema novo na doutrina: o instituto penal da detração nas medidas cautelares diversas da prisão no cômputo final da pena na sentença penal condenatória. Por isso, insere-se na Área de Concentração da FADISMA “Direito, Sociedades Globalizadas e Diálogo entre Culturas Jurídicas” e na linha de pesquisa “Constitucionalismo, Concretização de Direitos e Cidadania”.

O artigo é dividido em dois grandes blocos: o primeiro aborda o cárcere, sendo subdividido na prisão preventiva e os requisitos autorizadores da mesma e nas medidas cautelares diversas da prisão; e o segundo trata do instituto penal da detração, sendo também subdividido na posição da doutrina a respeito do tema e na aplicabilidade pormenorizada em

<sup>1</sup> Artigo científico elaborado para apresentação na 10ª Semana Acadêmica e 2º Congresso Internacional de Direito da Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA.

<sup>2</sup> Autor. Graduando do sexto semestre do curso de Direito pela Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA. Monitor da disciplina de Direito Penal I na Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA. Membro do Núcleo Experimental de Webcidadania – NEW da Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA. Estagiário da 3ª Vara Criminal de Santa Maria do Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul. Membro do Projeto Rondon participante da Operação Velho Monge Janeiro/2014, em Palmeirais – PI. E-mail: jpseefeldt@hotmail.com.

<sup>3</sup> Orientador. Graduado em Direito pela UFSM, Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela UC, advogado e professor da área de Direito Processual Penal. E-mail: cipriani@fadisma.com.br.

tais medidas cautelares. Ademais, a pesquisa se desenvolve pelo método dedutivo, com bases bibliográficas doutrinárias e jurisprudenciais.

## 1 Sobre o cárcere e as medidas cautelares

Segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional e do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – INFOPEN, órgãos do Ministério da Justiça, o Brasil, em dezembro de 2012, exibiu um contingente carcerário de 513.713 (quinhentos e treze mil setecentos e treze) presos, sendo que o sistema penitenciário brasileiro possuía tão somente 310.687 (trezentos e dez mil seiscentos e oitenta e sete) vagas, ou seja, 203.026 (duzentos e três mil e vinte e seis) pessoas estavam realocadas pelos estabelecimentos prisionais do país. Deste número, 195.036 (cento e noventa e cinco mil e trinta e seis), isto é, cerca de 37,9% eram presos provisórios (sem sentença penal condenatória transitada em julgado). Ainda, em relação aos presos provisórios, a população masculina era de 94,5%, enquanto que a feminina era de apenas 5,5%.<sup>1</sup>

Dessa forma, a superlotação das casas prisionais brasileiras, visto que o número de presos excede cerca de 165% das vagas destinadas, aliada às condições insalubres e precárias das celas carcerárias, à falta de políticas públicas de ressocialização, aos poucos investimentos no sistema prisional, à demora no julgamento dos processos-crime, à pressão das ruas e do sentimento de impunidade, faz-nos pensar a respeito da legitimação e do cumprimento das penas. O Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, em entrevista, afirmou que “temos um sistema prisional medieval, que não só desrespeita os direitos humanos como também não possibilita a reinserção” e opinou que “se fosse para cumprir muitos anos na prisão, em alguns dos nossos presídios, preferiria morrer”.<sup>2</sup>

Nesse panorama, convém a ideia que o Direito Penal é a *ultima ratio*, ou seja, somente deve ser aplicado quando todas as outras áreas jurídicas falharem em reprimir o dano causado à sociedade. De igual banda, a pena privativa de liberdade ou qualquer outra pena que se equipare a tal também deve ser entendida como a última opção do operador do direito, ainda mais com as recentes alterações na legislação em prol de penas alternativas.

Nesse ponto, mister abordar a excepcionalidade da prisão preventiva, tendo em vista que a pessoa acusada de um crime, mas segregada cautelarmente, sofre o cerceamento de sua liberdade, convive com outros presos e adentra, tão logo, o sistema prisional, ainda que a lei preveja a separação entre os presos provisórios e definitivos. Ora, alguns poderiam dizer que se não houvessem cometido delitos, não passariam pela prisão ou presos preventivamente ou presos temporariamente. Pelo contrário, primeiro, porque o sistema é falho; segundo, pois a Constituição Federal de 1988 aduz como cláusula pétreia a presunção de inocência, sendo que o indivíduo só pode ser privado de sua liberdade e de seus bens com o devido processo legal e considerado culpado após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, conforme artigo 5º, incisos LIV e LVII; e terceiro, uma vez que a Carta Magna prevê que é assegurado ao preso o respeito à integridade física e moral, com fulcro no artigo 5º, inciso XLIX, da CF/88.<sup>3</sup>

A passagem pelo cárcere, ainda que provisória, marca o indivíduo, sobretudo sua personalidade. Isso, porque ao ser encarcerado, o sujeito adentra um universo paralelo, dotado de hierarquias, normas internas, divisão de classes. Autores afirmam que nos estabelecimentos prisionais acontece um fenômeno de despersonalização do indivíduo, isto é, ajustamento primário. Nesse sentido:

Toda organização inclui uma disciplina de atividade, mas [...] em algum nível, toda organização inclui também uma disciplina de ser – uma obrigação de ser determinado caráter e morar em determinado mundo. [...] Uma deficiência que atinge não a atividade prescrita, mas o ser prescrito. [...] Quando um indivíduo contribui, cooperativamente, com a atividade exigida por uma organização, e sob as condições exigidas – em nossa sociedade com o apoio de padrões institucionalizados de bem-estar, com o impulso dado por incentivos e valores conjuntos, e com as ameaças de penalidades indicadas – se transforma num colaborador; torna-se o participante “normal”, “programado” ou “interiorizado”. Ele dá e recebe, com espírito adequado, o

<sup>1</sup> SITE. *Ministério da Justiça: Execução Penal*. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/depen>>. Acesso em: 13 out. 2013.

<sup>2</sup> SITE. *Ministro da Justiça diz que preferia morrer a cumprir pena em presídio brasileiro*. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Brasil/noticia/2012/11/ministro-da-justica-diz-que-preferia-morrer-cumprir-anos-em-presidio-brasileiro.html>>. Acesso em: 13 out. 2013.

<sup>3</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constitucao/constitucao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucao.htm)>. Acesso em: 13 out. 2013.

que foi sistematicamente planejado, independentemente do fato de isto exigir muito ou pouco de si mesmo. Em resumo, verifica que, oficialmente, deve ser não mais e não menos do que aquilo para o qual foi preparado, e é obrigado a viver num mundo que na realidade, lhe é afim.<sup>1</sup>

É como se existisse um inconsciente coletivo próprio da prisão, fazendo com que os presos ajam determinados conforme algo maior que eles mesmos. Depois de ajustado àquele mecanismo social, os indivíduos passam, sem perceber e sem escolha, a utilizar a mesma linguagem de tratamento, vocabulário, gestos, palavras obscenas, caminham e se posicionam da mesma forma, usam o mesmo estilo de roupa e possuem as mesmas percepções de realidade. Trata-se quase de um novo sujeito, com resquícios do antigo pré-cárcere. É após o aprisionamento, advém uma crise de personalidade, acabando em estigma e fracasso, em função da insegurança de ser alguém que passou pelo sistema prisional. Quem sou eu depois de liberto e como os outros me vêm agora?<sup>2</sup>

### 1.1 Da prisão em flagrante e da prisão preventiva

No direito penal brasileiro, ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada, conforme inteligência do artigo 5º, LXI, da Constituição Federal de 1988. Isto é, além da sentença penal condenatória transitada em julgado que priva um sujeito de sua liberdade, este só poderá ser preso em caso de flagrante delito, prisão preventiva e prisão temporária.<sup>3</sup>

Quando preenchidos os requisitos do artigo 301, do Código de Processo Penal, quais sejam, estar cometendo a infração penal, ou acabar de cometê-la, ou ser perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração, ou ser encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser o autor da infração, será considerado flagrante delito. A autoridade policial deverá lavrar o auto de prisão em flagrante e remeter ao juízo competente no prazo de vinte e quatro horas.<sup>4</sup>

A prisão em flagrante deixou de ser prisão provisória a partir da Lei nº 12.403/11, devendo o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, analisar a regularidade formal do flagrante, devendo relaxar a prisão ilegal, mas também decretar a prisão preventiva e justificar sua necessidade, se for o caso, ou conceder ao flagrado a liberdade provisória com ou sem fiança, podendo este responder ao processo solto. Antigamente, o acusado permanecia preso em flagrante e deveria requerer a liberdade provisória ao juízo, aguardando encarcerado até a concessão ou não do benefício.<sup>5</sup>

O juiz, para converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, ou para decretar a mesma a partir de requerimento do Ministério Público, ou do querelado, ou do assistente à acusação ou da autoridade policial, deve observar se esta é admitida no crime em comento, atentando para o artigo 313, do CPP, sejam eles crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos, se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado os casos de reincidência, se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência e quando houver dúvida sobre a identidade civil do agente. Além dessa delimitação, o legislador, com o advento da lei que alterou o disposto no Título IX, do CPP, e a redação do artigo 312, do mesmo Diploma legal, redigiu quatro requisitos para a decretação da prisão preventiva, devendo a autoridade judiciária elencar pelo menos um deles para fundamentar sua decisão, quais sejam a garantia da ordem pública, a garantia da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal ou para assegurar a instrução criminal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, isto é, prova da materialidade delitiva e *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito).<sup>6</sup>

<sup>1</sup> GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. 8ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2008, p. 159-160.

<sup>2</sup> \_\_\_\_\_ . *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. 4ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 2008.

<sup>3</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 13 out. 2013.

<sup>4</sup> \_\_\_\_\_ . *Código de Processo Penal (1941)*. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 13 out. 2013.

<sup>5</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 14ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

<sup>6</sup> BRASIL. *Código de Processo Penal (1941)*. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 13 out. 2013.



Nesse sentido, a prisão preventiva deve ser entendida como medida cautelar extrema e excepcional, reservada tão somente aos casos de indispensabilidade. Ainda que juridicamente possua uma conotação de garantia do processo, efetivamente acaba por se tornar antecipação de uma pena privativa de liberdade. Isso, porque o preso preventivo fica alojado em estabelecimento prisional, em regime equiparado ao fechado. E as condições das casas prisionais do nosso país demonstram a incapacidade de se abrigar mais presos, ainda que provisórios. Por isso, quando da decretação da prisão preventiva, o magistrado deve analisar minuciosamente o caso em testilha e fundamentar sua decisão com argumentos convincentes.<sup>1</sup>

O primeiro requisito pelo qual a autoridade judiciária pode decretar a prisão preventiva é a garantia da ordem pública. Por ordem pública deve-se entender a tranquilidade social, em que as pessoas vivem em um estado de perfeita harmonia. Assim, a conduta do acusado, para ensejar a aplicação desse pressuposto, deve corromper a paz da comunidade local, a qual será ameaçada caso o indivíduo permaneça em liberdade cometendo outros delitos. Portanto, ordem pública trata-se de um conceito subjetivo.<sup>2</sup>

Entretanto, a expressão ordem pública tem-se banalizada nas decisões que decretam as prisões preventivas, uma vez que confundida com “clamor público” e “comoção social”. A primeira está para a estruturação da sociedade como um organismo, enquanto que estas estão para a exigência de uma reprimenda estatal para um crime que abalou o sentimento da comunidade. Ademais, cabe a ressalva de que o magistrado que decreta a prisão preventiva não pode prever que o acusado irá delinquir novamente e não deve manter a segregação cautelar com base em suposições ou a fim de assegurar a integridade física do agente, ainda que possua condenações anteriores.<sup>3</sup>

Alguns autores afirmam que a vagueza não está no conceito de ordem pública, mas nas decisões pouco fundamentadas. Não é total verdade, eis que nesta expressão circundam fatores como a perversidade do crime, o sentimento de impunidade, de descrédito na justiça e de vingança e discursos odiosos veiculados pelas mídias. Isso faz com que a garantia da ordem pública se baseie em preconceitos e depende da sensibilidade do magistrado, afronta total aos primados de presunção de inocência das prisões provisórias.<sup>4</sup>

Pela garantia da ordem econômica, segundo quesito, compreende-se a tutela do livre exercício de atividades econômicas e a harmonia do sistema financeiro. Esta modalidade de prisão poderá ser decretada nos casos de crimes previstos nas Leis nº 7.492/86, 8.078/90, 8.137/90, 8.176/91 e outras normas que tratem da ordem econômica. Com essa cautela, evitam-se os abusos de poder econômicos, o enriquecimento ilícito a partir do aumento arbitrários do lucros, eliminação de concorrência e formação de cartéis e conglomerados.<sup>5</sup>

O terceiro requisito denominado conveniência da instrução penal visa acautelar o bom andamento do processo e da instrução criminal contra as ameaças por parte do acusado. Nesse sentido, caso o sujeito, em liberdade, possa amedrontar as testemunhas, subtrair documentos indispensáveis, subornar peritos e auxiliares da justiça, a segregação cautelar torna-se imprescindível para a perfectibilização dos atos jurídicos e do processo de conhecimento.<sup>6</sup>

Por último, o pressuposto para assegurar a aplicação da lei penal pode ser observado quando houver provas concretas de que o acusado pretende se eximir da culpa e evitar a possível reprimenda futura. Dessa forma, a custódia do réu é possível quando não há comprovação de residência fixa e existem chances de fuga ou quando se desfaz dos bens que poderiam ressarcir os prejuízos do processo penal.<sup>7</sup>

Contudo, com a redação dada pela Lei nº 12.403/11, além dos pressupostos supracitados, criou-se um novo requisito: a demonstração da ineficácia ou da impossibilidade de aplicação de qualquer outra medida. Então, para decretar a prisão preventiva, o magistrado deve fundamentar sua decisão sob pelo menos um dos requisitos do artigo 312, do CPP, mas

<sup>1</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 14ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

<sup>2</sup> RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 20ª ed. São Paulo : Atlas, 2012, p. 783.

<sup>3</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 628.

<sup>4</sup> RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 20ª ed. São Paulo : Atlas, 2012, p. 784.

<sup>5</sup> Idem.

<sup>6</sup> Idem.

<sup>7</sup> Idem.

também deve justificar o porquê da não aplicação de uma das medidas cautelares diversas da prisão.<sup>1</sup>

## 1.2 Das medidas cautelares diversas da prisão

Com a assinatura da Carta das Organizações Unidas de 1948, o Brasil se comprometeu a constitucionalizar os direitos fundamentais, especialmente os que tangem à dignidade da pessoa humana. Tanto é que o rol de direitos e garantias fundamentais surge logo no início da Constituição Federal de 1988. Em relação ao Direito Penal e Processual Penal, as diretrizes adotadas pelo poder público foram no sentido de tornar a privação da liberdade medida excepcional e última nos julgamentos criminais, sendo apenas utilizada quando outra alternativa não se mostrar suficiente para reparar o mal causado.<sup>2</sup>

Diante desse panorama, em 2000, foi instalada a Comissão Grinover, às vezes chamada de Comissão Pellegrini, composta por membros de excelência no saber jurídico na presidência da jurista Ada Pellegrini Grinover, a fim de elaborar uma proposta de reforma ao Código de Processo Penal, no que se refere às prisões, medidas cautelares e liberdade provisória. Dessa equipe, surgiu o Projeto de Lei nº 4.208, de 2001, o qual foi aprovado somente dez anos depois, resultando na Lei 12.403/11, que alterou substancialmente dispositivos do diploma processual penal, abarcando o Título IX.<sup>3</sup>

Dentre as mudanças conferidas pela lei, está a superação da dicotomia antes autorizada. Isto é, anteriormente, o juiz, no intento de assegurar a instrução criminal e a aplicação da lei penal, dispunha de apenas duas opções: decretar a prisão preventiva ou conceder a liberdade provisória. Assim, com a nova redação, a autoridade judicial pode aplicar uma medida cautelar mais compatível com o caso, fazendo com que a privação antecipada da liberdade seja opção extrema e que o acusado não sofra, desde logo, com o cárcere e com o processo de despersonalização supracitado.<sup>4</sup>

Nesse contexto de excepcionalidade da prisão, o legislador, no artigo 282, §6º, do CPP, se manifesta:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se:  
§6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).<sup>5</sup>

Assim, surgem as medidas cautelares diversas da prisão, expostas no artigo 319, do CPP, *in verbis*:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:  
I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;  
II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;  
III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;  
IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;  
V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;  
VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

<sup>1</sup> SITE. *Medidas cautelares penais (Lei nº 12.403/11): novas regras para a prisão preventiva e outras polêmicas*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI136905,31047-Medidas+cautelares+penais+lei+1240311+Novas+regras+para+a+prisao>>. Acesso em: 13 out. 2013.

<sup>2</sup> Idem.

<sup>3</sup> BRASIL. *Lei nº 12.403 de 4 de maio de 2011*. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm#art1)>. Acesso em 13 out. 2013.

<sup>4</sup> SITE. *Medidas cautelares penais (Lei nº 12.403/11): novas regras para a prisão preventiva e outras polêmicas*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI136905,31047-Medidas+cautelares+penais+lei+1240311+Novas+regras+para+a+prisao>>. Acesso em: 13 out. 2013.

<sup>5</sup> BRASIL. Código de Processo Penal (1941). Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 13 out. 2013.

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;  
VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;  
IX - monitoração eletrônica.<sup>1</sup>

E, no artigo 320, do CPP, outra medida cautelar:

Art. 320. A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.<sup>2</sup>

Pelo leitura dos artigos 319 e 320, do CPP, é possível, de igual forma, notar o caráter excepcional da prisão preventiva, sendo esta somente utilizada quando se mostrarem insuficientes e ineficazes medidas alternativas. Outrossim, percebe-se que as medidas cautelares não são estranhas à legislação brasileira, uma vez que já eram previstas como sanções restritivas de direitos ou espécies peculiares de cumprimento da pena privativa de liberdade.<sup>3</sup>

## 2 Sobre o instituto da detração penal

A detração penal é o cômputo da prisão provisória/cautelar na pena definitiva, visando a limitação do poder-dever punitivo do Estado e evitando *bis in idem*, isto é, punição repetida. O instituto é regulado pelo artigo 42, do Código Penal, qual seja:

Art. 42 - Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior.<sup>4</sup>

Nesse sentido, Nucci escreve que detração penal:

[...] é a contagem no tempo da pena privativa de liberdade e da medida de segurança do período em que ficou detido o condenado em prisão provisória, no Brasil ou no exterior, de prisão administrativa ou mesmo de internação em hospital de custódia e tratamento. Ex.: se o sentenciado foi preso provisoriamente e ficou detido por um ano até a condenação transitar em julgado, sendo apenado a seis anos de reclusão, cumprirá somente mais cinco.<sup>5</sup>

Da mesma forma, Mirabete esclarece:

Não é justo, realmente, que o prazo de duração do isolamento fique dependendo da maior ou menor celeridade no desenvolvimento do procedimento disciplinar. Institui-se, por isso, a detração da sanção disciplinar, que impede seja o condenado submetido à sanção disciplinar por período superior aquele que é fixado na decisão.<sup>6</sup>

Haroldo Caetano da Silva conceitua que:

Detrair, do latim *detrahere*, quer dizer abater o crédito de. Já a detração penal, prevista no art. 42 do CP, significa o cômputo na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, do tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou similar. Por força desse instituto, deverão ser detraídos, por ocasião da execução da pena ou da medida de segurança, o período de prisão provisória ou administrativa, bem como o tempo de internação provisória. Pena detraída é pena cumprida, executada.<sup>7</sup>

Na enciclopédia Direito Penal Esquemático, há o seguinte exemplo:

<sup>1</sup> Idem.

<sup>2</sup> Ibidem.

<sup>3</sup> BRASIL. *Código Penal (1940)*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 13 out. 2013.

<sup>4</sup> Idem.

<sup>5</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. São Paulo: RT, 2009.

<sup>6</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal – Comentários*. São Paulo: Atlas, 2012.

<sup>7</sup> SILVA, Haroldo Caetano da. *Execução Penal: com as inovações da Lei nº 10.792/03*. Porto Alegre: Magister, 2006, p. 187.

De acordo com o art. 42 do Código Penal, detração [...], em suma, significa que, se o sujeito permaneceu preso em razão de prisão preventiva, flagrante ou qualquer outra forma de prisão provisória tal período deve ser descontado do tempo de pena ou medida de segurança aplicado na sentença final. Se o sujeito foi condenado a 5 anos e 4 meses e havia ficado preso por 4 meses durante o tramitar da ação, deverá cumprir apenas o 5 anos restantes.<sup>1</sup>

Diante do exposto, inegável que a prisão provisória, compreendida pela prisão preventiva e pela prisão temporária, a prisão administrativa, por exemplo, estrangeiro preso nos procedimentos de deportação, expulsão ou extradição, e a internação em hospital de custódia e tratamento específico devem ser diminuídas da pena aplicada na sentença. Embora o Diploma Repressivo tenha sido omissivo em relação às penas restritivas de direitos, o entendimento jurisprudencial atual é de cabível a detração penal nestas penas. Isso, porque o juiz converte a pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos com a duração da primeira.<sup>2</sup>

Aplicável a detração penal também em crimes diferentes na mesma ação, ainda que por um deles o acusado tenha sido absolvido. Por exemplo, num processo, o réu, denunciado pelos delitos de roubo e lesão corporal grave e preso preventivamente durante todo o trâmite, quando da sentença, se absolvido pelo crime de roubo, mas condenado por lesão corporal grave, ainda terá direito à detração penal. E quando houver dois processos diferentes, mas que guardam nexos entre si, se absolvido num deles primeiramente e depois condenado pelo outro, será detraído da pena definitiva o tempo preso provisório.<sup>3</sup>

## 2.1 Da (in)aplicabilidade da detração penal

A partir do advento da Lei nº 12.403/11 e a reforma no Código de Processo Penal, no que tange a prisão, as medidas cautelares e a liberdade provisória, surgiu na doutrina um tema novo, mas polêmico: a detração penal das medidas cautelares diversas da prisão. A divergência emerge, visto que as medidas cautelares são aplicadas quando em situação de prisão preventiva, mas não são cumpridas em estabelecimento penal e não possuem equiparação com a pena definitiva.<sup>4</sup>

Outrossim, as medidas cautelares diversas da prisão são aplicadas diante de situação autorizadora de prisão preventiva. Isto é, o magistrado, no caso em testilha, constata que é necessária a custódia preventiva do acusado, por qualquer um dos motivos do artigo 312, do CPP, seja pela garantia da ordem pública, pela garantia da ordem econômica, pela conveniência da instrução criminal ou pela aplicação da lei penal, mas verifica que a aplicação de uma medida cautelar do artigo 319, do CPP, é mais eficiente para assegurar o trâmite processual. Portanto, durante o tempo em que o réu está cumprido uma medida cautelar, ele está vinculado à prisão preventiva, pois no momento em que descumprir à alternativa, poderá ser levado à segregação cautelar.<sup>5</sup>

De outra banda, o instituto da detração penal visa computar o tempo da pena provisória na pena definitiva, evitando, dessa forma, *bis in idem* ou pena em dobro. Por esse motivo, o cumprimento das medidas cautelares deve ser detraído da pena final, visto que consiste em pena antecipada, ainda que mais branda. Isso, porque o acusado que cumpre medida cautelar possui, de uma ou de outra forma, restrição à sua liberdade de ir e vir, de frequentar determinados lugares, de realizar específicas atividades etc., ou seja, sendo punido previamente à sentença penal.

Noutro sentido, a ignorância do cumprimento de medidas cautelares diversas da prisão parece ser uma afronta ao princípio da individualização da pena. Isso, porque o magistrado deve atentar a diversos fatores que circundaram, tanto o fato delituoso, quanto as condições pessoais do agente e o processo-crime. Por isso, não se mostra razoável, simplesmente, ignorar o tempo em que o acusado esteve condicionado ao cumprimento de uma reprimenda antecipada.

<sup>1</sup> ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito Penal esquematizado: parte geral*. 2. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2013, p. 496.

<sup>2</sup> Idem.

<sup>3</sup> Idem.

<sup>4</sup> BRASIL. *Código de Processo Penal* (1941). Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 13 out. 2013.

<sup>5</sup> BRASIL. *Código de Processo Penal* (1941). Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 13 out. 2013.

Sobre o tema, o Código Penal Espanhol é explícito, na Seção 6:

*Artículo 58*

*1. El tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado en su totalidad por el Juez o Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada [...].*  
*4. Las reglas anteriores se aplicarán también respecto de las privaciones de derechos acordadas cautelarmente.<sup>1</sup>*

Ainda, sobre a diferença na natureza da medida cautelar e da pena definitiva:

*Artículo 59*

*Quando las medidas cautelares sufridas y la pena impuesta sean de distinta naturaleza, el Juez o Tribunal ordenará que se tenga por ejecutada la pena impuesta en aquella parte que estime compensada.<sup>2</sup>*

Da mesma forma, o Código Penal Português elenca:

Artigo 80º

1 - A detenção, a prisão preventiva e a obrigação de permanência na habitação, sofridas pelo arguido no processo em que vier a ser condenado, são descontadas por inteiro no cumprimento da pena de prisão que lhe for aplicada.  
2 - Se for aplicada pena de multa, a detenção, a prisão preventiva e a obrigação de permanência na habitação são descontadas à razão de 1 dia de privação da liberdade por, pelo menos, 1 dia de multa.<sup>3</sup>

Contudo, o legislador pátrio se manteve omissivo, tanto no Código Penal, quanto no Código de Processo Penal, em relação à detração penal das medidas cautelares. Entretanto, referida omissão não proíbe a aplicação do instituto, visto que no Direito Penal é cabível, perfeitamente, analogia *in bonam partem*, isto é, entendimento capaz de beneficiar o réu. Ora, se a prisão preventiva, se a prisão temporária, se a prisão administrativa e se a internação devem ser detraídas, nada impede que a medida cautelar também o seja, uma vez que o cômputo é favorável ao acusado.<sup>4</sup>

No intento de se manifestar acerca do tema, o projeto do novo Código de Processo Penal (PSL 156), até então, prevê no artigo 607:

Art. 607. O tempo de recolhimento domiciliar será computado no cumprimento da pena privativa de liberdade, na hipótese de fixação inicial do regime aberto na sentença condenatória.  
Parágrafo único. Substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nesta será computado o tempo de duração das medidas cautelares previstas nos arts. 588, 591, 595, 597 e 598.<sup>5</sup>

Depreende-se da leitura do dispositivo que para ocorrer, primeiro, a detração penal do tempo do recolhimento domiciliar é preciso que a sentença condenatória fixe o regime inicial em aberto; e, segundo, a detração penal das específicas medidas cautelares, é necessário que a pena privativa de liberdade seja convertida em restritiva de direitos. No entanto, tais condições são limitativas, visto que não abordam a detração penal das medidas cautelares em casos de penas definitivas privativas de liberdade em regime semi-aberto ou fechado, perfeitamente cabível.<sup>6</sup>

Esse parece ser o posicionamento daqueles contrários à detração penal das medidas cautelares, afirmando que as medidas alternativas não implicam na perda da liberdade e não sujeitam o indivíduo a uma equiparação do cárcere fechado, visto que esse é o objetivo da detração: diminuir a pena já cumprida antecipadamente. Outros possuem entendimento maleável conforme as circunstâncias particulares do caso. Norberto Avena, em nota no seu *síte* oficial, esclarece:

<sup>1</sup> ESPANHA. *Código Penal (1995)*. Disponível em: <[http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Penal/lo10-1995.11t3.html#a59](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo10-1995.11t3.html#a59)>. Acesso em: 13 out. 2013.

<sup>2</sup> Idem.

<sup>3</sup> PORTUGAL. *Código Penal (1982)*. Disponível em: <[http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Penal/lo10-1995.11t3.html#a59](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo10-1995.11t3.html#a59)>. Acesso em: 13 out. 2013.

<sup>4</sup> PRADO. Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro, volume 1: parte geral, arts. 1º ao 120*. 10ª ed. São Paulo: RT, 2010.

<sup>5</sup> BRASIL. *Redação final do Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009*. Código de Processo Penal. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=85509&tp=1>>. Acesso em: 13 out. 2013.

<sup>6</sup> Idem.



Dúvidas, porém, existem em relação à possibilidade de detração das medidas cautelares diversas da prisão estipuladas nos arts. 319 e 320 do CPP, já que a Lei 12.403/2011, ao modificar o Código de Processo Penal, nada estabeleceu a respeito. Ora, a detração apenas pode ocorrer entre penas da mesma espécie. Sendo assim, compreendemos que, na ausência de uma disciplina legal expressa, não é aceitável que medidas cautelares que não impliquem privação da liberdade possam implicar abatimento da pena de prisão imposta ao réu condenado.<sup>1</sup>

Fernando Capez segue em linha mais rígida:

A questão que se coloca é: cabe detração penal nas medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP, como se fossem modalidades de prisão provisória? A resposta, a princípio, é não. O CP é claro: só cabe detração da prisão provisória (art. 42), não sendo possível nas providências acautelatórias de natureza diversa. Convém notar que o caput do art. 319 do CPP é expresso ao dizer que tais providências são medidas cautelares diversas da prisão. Ora, sendo diversas da prisão provisória, com ela não se confundem. [...] A redação é clara ao indicar que as medidas cautelares alternativas não constituem espécie de prisão provisória, mas restrições que acompanham a liberdade provisória. Duas são as opções: prisão preventiva ou liberdade provisória (acompanhada ou não de medidas restritivas). Na primeira cabe detração, na segunda, não.<sup>2</sup>

De outro lado, Paulo Rangel trata da detração, mas somente versa sobre o recolhimento domiciliar. Vejamos:

Se houve cerceamento à sua liberdade de locomoção seja por qual tempo for e a qualquer título (prisão cautelar preventiva domiciliar ou medida cautelar diversa da prisão de recolhimento noturno) a detração penal é imperiosa, pois a detração é abater ou computar na pena privativa de liberdade o tempo de prisão preventiva ou provisória, e o de internação em hospital ou manicômio. Logo, se a lei nova criou outra forma de cerceamento à liberdade de locomoção há que se adaptá-la a detração penal para fins de justiça e equidade, tratando a todos igualmente. Não seria razoável dizer que o preso preventivo terá direito à detração penal (art. 42 CP), mas se cumprir a prisão preventiva domiciliarmente não fará jus. Absurdo e injustiça. No mesmo sentido aquele que teve cerceado o seu direito de locomoção nos termos do art. 319, V do CPP, pois ferido de morte estaria o princípio da isonomia.<sup>3</sup>

Como antes mencionada, a posição doutrinária é divergente e apenas refere de modo superficial a aplicabilidade ou não da detração penal. Nesse caso, necessária, pois, a análise pormenorizada das medidas cautelares diversas da prisão.

## 2.2 Das medidas cautelares diversas da prisão

Logo após a discussão sobre a aplicabilidade ou não da detração penal nas medidas cautelares diversas da prisão de forma genérica, mister se faz elenca-las e compreender suas circunstâncias fáticas, a fim de salientar se cabível ou não o cômputo na pena definitiva. Referidas medidas cautelares foram criadas pela Lei nº 12.403/11 e estão previstas no Título IX, sendo que nove são previstas no artigo 319, do CPP, e uma no artigo 320, do CPP, as quais podem ser exigidas cumulativamente.<sup>4</sup>

O artigo 319, inciso I, do CPP elenca:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;<sup>5</sup>

A medida do comparecimento periódico em juízo não é novidade no ordenamento jurídico brasileiro, eis que conhecida na suspensão condicional do processo, nos termos da Lei

<sup>1</sup> SITE. *Medidas cautelares diversas da prisão e detração penal*. Disponível em: <<http://www.norbertoavena.com.br/detalhes-noticias-norberto-avena.php?menu=noticias&id=58>>. Acesso em: 13 out. 2013.

<sup>2</sup> SITE. *Fernando Capez: Prisão preventiva, medidas cautelares e detração penal*. Disponível em: <<http://apamagis.jusbrasil.com.br/noticias/2852190/fernando-capez-prisao-preventiva-medidas-cautelares-e-detracao-penal>>. Acesso em: 13 out. 2013.

<sup>3</sup> RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 20ª ed. São Paulo : Atlas, 2012, p. 882.

<sup>4</sup> BRASIL. *Código de Processo Penal* (1941). Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 13 out. 2013.

<sup>5</sup> Idem.

nº 9.099/05<sup>1</sup>. A apresentação é pessoal e obrigatória, exigindo senso de responsabilidade do indivíduo. A norma não aduz prazo, podendo este ser semanal, quinzenal, mensal, bimensal, trimestral etc. Parece mais razoável que a detração penal compute tão pouco o dia do comparecimento em juízo. Entretanto, a detração pode ser estendida por todo o período de prova, visto que a liberdade do sujeito fica restringida a dois fatores: primeiro, o réu sabe que, em determinado dia e hora, deverá comparecer em juízo, tendo que se abster de outras atividades nesse período; e segundo, caso não apresente justificativa plausível, pois não está realizando atividade lícita, o benefício será revogado e poderá ser decretada sua prisão preventiva.<sup>2</sup>

O artigo 319, inciso II, do CPP prevê:

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;<sup>3</sup>

A medida cautelar de proibição de acesso ou frequência a determinados lugares também já é conhecida pelo ordenamento brasileiro e talvez seja a mais eficaz, se o magistrado possuir controle sobre seu cumprimento. Isso, porque é uma medida cautelar que tem vinculação direta com o fato delituoso, em tese, praticado. O exemplo clássico da doutrina jurídica é a lesão corporal grave durante um jogo de futebol em determinado estádio, ficando o sujeito, então, proibido de frequentar qualquer estádio. Ou ainda briga em uma boate, sendo-lhe proibido frequentar casas noturnas durante o processo. Evidente que, nestes casos, a detração penal poderá ser aplicada, tendo em vista que a liberdade do sujeito fica restrita a diversos locais e já pode ser considerada uma antecipação de pena.<sup>4</sup>

Tem-se o artigo 319, inciso III, do CPP, que narra:

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;<sup>5</sup>

De mesma banda, a medida cautelar de afastamento de determinada pessoa é conhecida pelo direito penal brasileiro nos casos da Lei nº 11.340/06<sup>6</sup>. Entretanto, neste caso, não se trata tão-somente de vítima-mulher, mas de qualquer pessoa que necessite do afastamento do acusado. Por exemplo, vítima-homem, contra qual o denunciado, em tese, praticou lesão corporal grave ou uma testemunha que foi ameaçada. Então, com o condicionamento da liberdade a uma distância específica, por exemplo, cabível a detração penal.<sup>7</sup>

Depois, o artigo 319, inciso IV, do CPP, que traz:

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;<sup>8</sup>

Esta medida cautelar é a mais contraposta ao pressuposto da decretação da prisão preventiva por conveniência da instrução criminal antes citado, visto que o indivíduo fica proibido de se ausentar da comarca em que responde ao processo-crime. Com tal medida, evita-se a evasão do sujeito à instrução criminal e à aplicação da lei penal. Por óbvio, a detração penal deve ser aplicada quando desta medida, pois limita a liberdade a uma determinada circunscrição.<sup>9</sup>

Ainda, o artigo 319, inciso V, do CPP, aduz:

<sup>1</sup> BRASIL. *Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995*. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/9099.htm)>. Acesso em: 13 out. 2013.

<sup>2</sup> RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 20ª ed. São Paulo : Atlas, 2012, p. 883.

<sup>3</sup> BRASIL. *Código de Processo Penal* (1941). Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 13 out. 2013.

<sup>4</sup> RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 20ª ed. São Paulo : Atlas, 2012, p. 884.

<sup>5</sup> BRASIL. *Código de Processo Penal* (1941). Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 13 out. 2013.

<sup>6</sup> BRASIL. *Lei nº 11.340 de 7 de agosto de 2006*. Lei Maria da Penha. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm)>. Acesso em: 13 out. 2013.

<sup>7</sup> RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 20ª ed. São Paulo : Atlas, 2012, p. 885

<sup>8</sup> BRASIL. *Código de Processo Penal* (1941). Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 13 out. 2013.

<sup>9</sup> RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 20ª ed. São Paulo : Atlas, 2012, p. 886.

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;<sup>1</sup>

A medida de recolhimento domiciliar noturno, a qual não pode ser confundida com prisão domiciliar, espécie de pena privativa de liberdade, é, talvez, a mais interventiva na liberdade do acusado, visto que este fica obrigado a se recolher em sua própria residência durante um período estipulado pelo juiz, por exemplo, das 20h às 06h. Não restam dúvidas acerca da aplicabilidade da detração penal, uma vez que, neste caso, o denunciado somente pode sair de casa durante o dia, ficando, de certa forma, preso durante à noite e durante os períodos de folga, como finais de semana. Nada mais justo que este tempo recolhido seja diminuído quando da sentença condenatória.<sup>2</sup>

Por sua vez, o artigo 319, inciso VI, do CPP, refere:

VII - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;<sup>3</sup>

A medida cautelar de suspensão do exercício de função pública ou atividade de natureza econômica/financeira, os quais eram utilizados para a prática delitiva é, sem controvérsias, punição antecipada. Exemplo prático trata do enfermeiro que utiliza a ambulância de um hospital público para transportar entorpecentes, que, por sua vez, deverá ficar afastado do cargo enquanto durar a medida cautelar. Isto é, pena antecipada, pena detraída, em caso de condenação.<sup>4</sup>

Já o artigo 319, inciso VII, do CPP, fala:

VIII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;<sup>5</sup>

Da mesma forma, aquele que fica internado provisoriamente durante determinado período está cerceado de sua liberdade, devendo este tempo ser computado na pena como cumprido. Neste caso, cabe a ressalva de que referido dispositivo é contraditório. Ora, se os peritos já atestaram pela inimputabilidade ou semi-imputabilidade do acusado, cabe ao juiz absolver-lo impropriamente e aplicar-lhe determinada medida de segurança.<sup>6</sup>

Vejamos o artigo 319, inciso VIII, do CPP, que trata:

IX - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;<sup>7</sup>

A fiança é medida já conhecida no ordenamento jurídico brasileiro. O indivíduo paga um valor arbitrado pela autoridade judiciária e será restituído ao final do processo-crime, a fim de assegurar o comparecimento a todos os atos e evitar a obstrução do andamento processual. Em relação à detração penal, por se tratar de diminuição no patrimônio do acusado, ou seja, pena, pode ser aplicada. A exemplo, tem-se o Código Penal Português, referido anteriormente, que compensa 1 (um) dia-multa diminuindo por 1 (um) dia da privação da liberdade. Então, se o réu pagou fiança a razão de 100 (cem) dias-multa, poderia ter detraído 100 (cem) dias da pena final. Necessária, entretanto, regulamentação que disponha sobre tal reversão.<sup>8</sup>

E o artigo 319, inciso IX, do CPP, expõe:

X - monitoração eletrônica.<sup>9</sup>

<sup>1</sup> BRASIL. *Código de Processo Penal* (1941). Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 13 out. 2013.

<sup>2</sup> RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 20ª ed. São Paulo : Atlas, 2012, p. 886.

<sup>3</sup> BRASIL. *Código de Processo Penal* (1941). Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 13 out. 2013.

<sup>4</sup> RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 20ª ed. São Paulo : Atlas, 2012, p. 887.

<sup>5</sup> BRASIL. *Código de Processo Penal* (1941). Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 13 out. 2013.

<sup>6</sup> RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 20ª ed. São Paulo : Atlas, 2012, p. 889.

<sup>7</sup> BRASIL. *Código de Processo Penal* (1941). Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 13 out. 2013.

<sup>8</sup> RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 20ª ed. São Paulo : Atlas, 2012, p. 890.

<sup>9</sup> BRASIL. *Código de Processo Penal* (1941). Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 13 out. 2013.

A medida cautelar de monitoração eletrônica gera calorosas discussões, no que tange ao aceite por parte do réu, à falta de investimentos em equipamentos e programas de monitoramento, à forma do equipamento, se pulseira, se tornozeleira, se *chip*, enfim. Mas no que concerne à detração penal, além de ter a sua liberdade vigiada pela autoridade policial, o que não deixa de ser uma restrição da mesma, caso o sujeito não aceite se equipar com o dispositivo, sua prisão preventiva poderá ser decretada, deixando sua liberdade, novamente, ameaçada.<sup>1</sup>

Por último, o artigo 320, do CPP, diz:

Art. 320. A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.<sup>2</sup>

A medida cautelar de proibição de se ausentar do país cumulada com a entrega do passaporte à autoridade judiciária é, verdadeiramente, destinada aos réus dos crimes de colarinho branco, eis que, como regra geral, são estes que possuem condições financeiras suficientes para viajar ao exterior. Se perquirida a fundo, referida medida é inócua devido à formação do bloco econômico entre países da América do Sul, denominado MERCOSUL, pois este permite a livre circulação de pessoas, portando, quando muito, um documento de identificação e as cidades fronteiriças são imensas conturbações geográficas, em que não se sabe quando uma cidade termina e a outra começa, por exemplo, Santana do Livramento – RS e Rivera, no Uruguai, Uruguaiana – RS e Paso de Los Libres, na Argentina e Foz do Iguazu – PR e Puerto Iguazú, na Argentina, e Ciudad del Este, no Paraguai. Mas em relação à detração penal, da mesma forma que a medida cautelar de proibição de se ausentar da comarca, aplicável, tendo em vista a limitação da liberdade ao território nacional.<sup>3</sup>

Por mais que as medidas cautelares diversas da prisão não equiparem o indivíduo ao regime fechado, o que autorizaria a detração penal, durante o curso destas medidas, a liberdade do sujeito está ameaçada, restrita e, por vezes, sofre certa antecipação da pena. Ou seja, não é liberdade plena, muito menos liberdade positiva. É liberdade negativa, vez que está-se livre para algumas coisas, mas para outras não. Portanto, tem-se perfeitamente a aplicabilidade da detração penal nas medidas cautelares diversas da prisão, devendo o juiz atender aos pressupostos de admissibilidade, adequação e necessidade. Faltando apenas dispositivos legislativos específicos autorizadores ou precursoras jurisprudências.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil possui uma população carcerária de pouco mais que quinhentos mil presos, sendo que, deste número, 37,5% são presos provisórios, isto é, presos preventivamente ou temporariamente. Além disso, a superlotação, as condições insalubres e precárias, a falta de investimentos públicos e privados, a ineficácia de políticas de reinserção do preso à sociedade marcam a vida e a personalidade daqueles que devem passar pelo sistema prisional, ainda que não condenados definitivamente. Por isso, faz-se necessária especial atenção à reforma e melhorias no sistema carcerário.

Atualmente, quando preenchidos os requisitos da prisão em flagrante, o juiz, ao receber o auto informando a prisão do indivíduo, deverá relaxar a prisão ilegal, ou conceder a liberdade provisória ou decretar a prisão preventiva. Para o decreto desta última, mister observar os requisitos do artigo 312, do CPP, quais sejam garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal, aplicação da lei penal, quando houverem prova de existência de crime e indício suficiente de autoria, mas com o advento da Lei nº 12.403/2011, o magistrado deve justificar a não aplicação de uma das medidas cautelares diversas da prisão, previstas no artigo 319 e 320, do CPP. Estas, resumidamente, comparecimento periódico em juízo, proibição de acesso e frequência em determinados lugares, proibição de manter contato com determinada pessoa, proibição de se ausentar da comarca, recolhimento domiciliar noturno, suspensão da profissão pública ou econômica, internação provisória, fiança, monitoração eletrônica e entrega do passaporte.

<sup>1</sup> RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 20ª ed. São Paulo : Atlas, 2012, p. 891.

<sup>2</sup> BRASIL. *Código de Processo Penal* (1941). Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-  
lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 13 out. 2013.

<sup>3</sup> RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 20ª ed. São Paulo : Atlas, 2012, p. 893.

Nesse sentido, indispensável pensar a respeito da detração penal nas medidas cautelares diversas da prisão, isto é, o cômputo na pena final de sentença penal condenatória do tempo cumprido como medida cautelar. Isso, porque, ainda que o indivíduo não esteja em regime equiparado ao fechado, sua liberdade está cerceada de uma ou de outra forma e vive sob a constante ameaça de que, caso não cumpra uma das condições previstas, poderá ser decretada sua prisão preventiva.

Como o Código Penal e o Código de Processo Penal não proíbem taxativamente o desconto na pena final do tempo das medidas cautelares, por meio da analogia *in bonam partem*, é possível a detração penal. Ademais, com a aplicação do referido instituto, observa-se o princípio da individualização das penas, devendo o juiz atentar para todas as circunstâncias do crime, do agente e do curso do processo. Imperioso se faz pensar acerca do tema, tendo em vista que se está em discussão a liberdade de uma pessoa, cuja pena terá de cumprir mais dia ou menos dia no universo paralelo das prisões brasileiras, tendo sua personalidade moldada e marcada até o fim de sua vida.

#### REFERÊNCIAS

- BRASIL. *Código de Processo Penal* (1941). Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 13 out. 2013.
- \_\_\_\_\_. *Código Penal* (1940). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 13 out. 2013.
- \_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil* (1988). Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 13 out. 2013.
- \_\_\_\_\_. *Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995*. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm)>. Acesso em: 13 out. 2013.
- \_\_\_\_\_. *Lei nº 11.340 de 7 de agosto de 2006*. Lei Maria da Penha. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm)>. Acesso em: 13 out. 2013.
- \_\_\_\_\_. *Lei nº 12.403 de 4 de maio de 2011*. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm#art1)>. Acesso em 13 out. 2013.
- \_\_\_\_\_. *Redação final do Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009*. Código de Processo Penal. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=85509&tp=1>>. Acesso em: 13 out. 2013.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 14ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.
- ESPANHA. *Código Penal* (1995). Disponível em: <[http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Penal/lo10-1995.l1t3.html#a59](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo10-1995.l1t3.html#a59)>. Acesso em: 13 out. 2013.
- ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito Penal esquematizado: parte geral*. 2. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013.
- GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. 4ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Manicômios, prisões e conventos*. 8ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2008, p. 159-160.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal – Comentários*. São Paulo: Atlas, 2012.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. São Paulo: RT, 2009.
- PORTUGAL. *Código Penal* (1982). Disponível em: <[http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Penal/lo10-1995.l1t3.html#a59](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo10-1995.l1t3.html#a59)>. Acesso em: 13 out. 2013.
- PRADO. Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro, volume 1: parte geral, arts. 1º ao 120*. 10ª ed. São Paulo: RT, 2010.
- RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- SILVA, Haroldo Caetano da. *Execução Penal: com as inovações da Lei nº 10.792/03*. Porto Alegre: Magister, 2006, p. 187.



SITE. *Fernando Capez: Prisão preventiva, medidas cautelares e detração penal*. Disponível em: <<http://apamagis.jusbrasil.com.br/noticias/2852190/fernando-capez-prisao-preventiva-medidas-cautelares-e-detracao-penal>>. Acesso em: 13 out. 2013.

\_\_\_\_\_. *Medidas cautelares diversas da prisão e detração penal*. Disponível em: <<http://www.norbertoavena.com.br/detalhes-noticias-norbertoavena.php?menu=noticias&id=58>>. Acesso em: 13 out. 2013.

\_\_\_\_\_. *Medidas cautelares penais (Lei nº 12.403/11): novas regras para a prisão preventiva e outras polêmicas*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI136905,31047-Medidas+cautelares+penais+lei+1240311+Novas+regras+para+a+prisao>>. Acesso em: 13 out. 2013.

\_\_\_\_\_. *Ministério da Justiça: Execução Penal*. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/depend>>. Acesso em: 13 out. 2013.

\_\_\_\_\_. *Ministro da Justiça diz que preferia morrer a cumprir pena em presídio brasileiro*. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Brasil/noticia/2012/11/ministro-da-justica-diz-que-preferia-morrer-cumprir-anos-em-presidio-brasileiro.html>>. Acesso em: 13 out. 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 628.

### 1.2.7 Pornografia infantil na sociedade em rede: uma abordagem crítica da previsão legal no estatuto da criança e do adolescente e o verbo nuclear “ver”<sup>1</sup>

João Pedro Seefeldt Pessoa<sup>2</sup>  
Marcelo Mendes Arigony<sup>3</sup>

#### RESUMO

A pornografia é muito antiga e, com o advento de novas tecnologias audiovisuais, sua quantidade aumentou, facilitando também a pornografia infantil, a qual é medida pela chamada escala COPINE ou pela escala SAP. A Organização das Nações Unidas recomenda o combate à violência sexual contra crianças e adolescentes e o Brasil adere a essa luta através do Estatuto da Criança e do Adolescente. Os crimes previstos nos artigos 240, 241, 241-A, 241-B e 241-C, do referido estatuto, criminalizam a fotografia, filmagem ou registro de cenas de sexo explícito ou pornográficas envolvendo menores. Entretanto, nenhum verbo nuclear dos tipos penais incrimina a conduta de ver pornografia infantil. Contudo, é possível fazer analogia com o verbo “trocar”, uma vez que o usuário envia e recebe dados na Internet, ou com o verbo “armazenar”, tendo em vista o armazenamento na memória temporário do computador de um material acessado. O artigo é dividido em dois blocos: um primeiro que trata sobre os aspectos gerais da pornografia; e um segundo que aborda, especificamente, os crimes de pornografia infantil e a crítica aos verbos nucleares. A pesquisa se insere na área de concentração da FADISMA “Direito, Sociedades Globalizadas e Diálogo entre Culturas Jurídicas” e na linha de pesquisa “Constitucionalismo, Concretização de Direitos e Cidadania”.

**Palavras-chave:** Pornografia infantil. Verbo “ver”. ECA.

#### INTRODUÇÃO

Com a difusão faraônica dos meios de telecomunicação e compartilhamento de dados, a Internet se tornou um ambiente de vivência, convivência e sobrevivência. A conectividade dos computadores em diferentes lugares do mundo representa a aproximação das pessoas em detrimento à força das fronteiras. Espaço para diversas novas possibilidades de ser, a internet também é lugar para a prática de crimes, os quais nem sempre são puníveis devido à dificuldade estatal em acompanhar a rede. Dentre esses delitos, está a pornografia infantil, uma vez que o avanço das mídias audiovisuais e a facilidade de compartilhamento possibilitam sua expansão.

O artigo aborda, especificamente, a criminalização da pornografia infantil pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e faz uma reflexão sobre a conduta de “ver pornografia infantil”, a qual não é, em tese, punida. Para tanto, a pesquisa é dividida em dois grandes blocos: um primeiro, tratando de aspectos gerais da pornografia infantil e a previsão legal; e um segundo, sobre as normas penais que incriminam tal material, além da crítica sobre o verbo “ver” e as possíveis analogias para sua punição. Foi elaborada por meio de doutrina e referência legislativa e se revela pelo método dedutivo.

#### 1 Sobre a pornografia infantil

É sabido que a prática de relações sexuais entre adultos e jovens era comum e louvável na Grécia Antiga, no instituto da pederastia, em que os garotos eram iniciados sexualmente por mestres. Da mesma forma, a sexualidade explícita é uma forma de arte antiga, tanto que em Pompeia, na Itália, cidade destruída por uma erupção em 79 d.C., foram encontradas inúmeras pinturas eróticas.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> O presente artigo foi elaborado como forma de avaliação parcial na disciplina de Direito Penal IV da Faculdade de Direito de Santa Maria, sob a orientação do Prof. Esp. Marcelo Mendes Arigony. O trabalho se insere na área de concentração da FADISMA “Direito, Sociedades Globalizadas e Diálogo entre Culturas Jurídicas” e na linha de pesquisa “Constitucionalismo, Concretização de Direitos e Cidadania”.

<sup>2</sup> Autor. Graduando do sexto semestre do curso de Direito pela Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA. Monitor da disciplina de Direito Penal I na Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA. Membro do Núcleo Experimental de Webcidadania – NEW da Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA. Estagiário da 3ª Vara Criminal de Santa Maria do Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul. Membro do Projeto Rondon participante da Operação Velho Monge Janeiro/2014, em Palmeiras – PI. E-mail: jpseefeldt@hotmail.com

<sup>3</sup> Orientador. Graduado em Direito pela UFSM; Especialista em Violência Contra Criança pela USP; Especialista em Direito Constitucional pela UNISUL; Tutor EAD SENASP; Delegado Regional de Polícia; Professor da Academia de Polícia (ACADEPOL/RS); Professor da Área de Direito Penal. E-mail: marcelo.arigony@fadisma.com.br

<sup>4</sup> SITE. A (indiscreta) história da pornografia. Disponível em: <[http://super.abril.com.br/superarquivo/2005/conteudo\\_376790.shtml](http://super.abril.com.br/superarquivo/2005/conteudo_376790.shtml)>. Acesso em: 12 jun. 2013.

Com a invenção da fotografia e, mais tarde, da filmografia, a pornografia começou a se expandir exponencialmente, a fim de registrar e guardar as imagens por um longo período, facilitando dessa forma tanto a pornografia adulta, quanto a infantil. Traduzindo, no que, hoje, se considera um dos maiores males da rede mundial de computadores.<sup>1</sup>

Hodiernamente, os dados sobre a pornografia infantil são bastante incertos, uma vez que o material é difundido na rede de forma anônima e/ou criptografada, dificultando em muito o trabalho de investigações policiais. A pornografia infantil encabeçou as denúncias de crimes cibernéticos entre janeiro de 2006 e outubro de 2012, no *ranking* elaborado pela ONG Safernet Brasil, revelando que 38,65% das denúncias de crimes na rede são relacionadas à pornografia infantil, cerca de 4.161 relatos.<sup>2</sup>

### 1.1 Da caracterização de “pornografia infantil”

A Constituição Federal do Brasil de 1988 traz no capítulo sobre a família, criança, adolescente, jovem e idoso, os direitos fundamentais das crianças e adolescentes, especificamente:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.<sup>3</sup>

A lei brasileira define criança e adolescente na lei 8.069 de 13 de julho de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 2º, qual seja:

Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.<sup>4</sup>

Além disso, o artigo 5º, da lei supracitada, prevê:

Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.<sup>5</sup>

Porém, a atividade sexual entre crianças e adolescentes e adultos, por mais que outrora permitida, é repugnada pela maioria dos países do globo. Essas nações entendem que tal prática consiste em violência sexual, corrompendo a “inocência” e “ingenuidade” da criança e do adolescente. O ato sexual entre um indivíduo maior de dezesseis anos e outro na pré-puberdade, segundo a Organização Mundial da Saúde, caracteriza pedofilia. Esta, por sua vez, é classificada como uma parafilia, ou seja, distúrbio psíquico pela obsessão por prática sexual não aceita pela sociedade.<sup>6</sup>

A pedofilia, portanto, é ato, o qual o homem médio espera uma punição e cabe ao Estado editar normas que combatam esse tipo de violência. Então, a gravação dessa violência sexual em mídia audiovisual e a consequente divulgação e/ou exploração comercial representa extrema afronta à dignidade humana dos menores envolvidos.<sup>7</sup>

No final da década de 1990, a Unidade de Combate à Pedofilia da Polícia de Londres, juntamente com a *University College Cork*, desenvolveu níveis para caracterizar a pornografia, com base em fotos e vídeos encontrados na rede. A escala COPINE (sigla para *Combating Paedophile Information Networks in Europe*, em tradução livre, Combate às Redes de Informação Pedófilas na Europa) consiste em dez níveis, quais sejam:

<sup>1</sup> Ibidem.

<sup>2</sup> SITE. *Pornografia infantil lidera crimes cibernéticos no Brasil*. Disponível em: <<http://www.fecomercio.com.br/crimeseletronicos/2012/11/pornografia-infantil-lidera-crimes-ciberneticos-no-brasil/>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

<sup>3</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 12 jun. 2013.

<sup>4</sup> BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências*. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 12 jun. 2013.

<sup>5</sup> Idem.

<sup>6</sup> SITE. *Transtornos de preferências sexuais*. Disponível em: <[http://www.medicinanet.com.br/cid10/1555/f65\\_transtornos\\_da\\_preferencia\\_sexual.htm](http://www.medicinanet.com.br/cid10/1555/f65_transtornos_da_preferencia_sexual.htm)>. Acesso em: 12 jun. 2013.

<sup>7</sup> BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências*. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 12 jun. 2013.

Nível 1. Indicativa. Imagens não-eróticas e não-sexualizadas que mostram crianças em suas roupas íntimas, roupas de natação, tanto de fontes comerciais ou álbuns de família. Imagens de crianças brincando em ambientes normais, em que o contexto ou a organização de imagens pelo coletor indica inadequação.

Nível 2. Nudista. Imagens de crianças nuas ou seminuas em ambientes apropriados de nudismo e de fontes legítimas.

Nível 3. Erótica. Imagens, sorrateiramente, tiradas de crianças em áreas de lazer ou outros ambientes seguros mostrando roupas íntimas ou vários graus de nudez.

Nível 4. Pose. Deliberadamente, imagens de crianças completamente vestidas, parcialmente vestidas ou nuas (onde o valor, contexto e organização sugerem interesse sexual).

Nível 5. Pose erótica. Imagens de crianças totalmente, parcialmente vestidas ou nuas, sexualizadas ou em poses provocantes.

Nível 6. Pose erótica explícita. Imagens enfatizando áreas genitais, onde a criança está nua, ou parcialmente, ou totalmente vestida.

Nível 7. Atividade sexual explícita. Imagens que retratam toque, automasturbação ou masturbação mútua, sexo oral e relação sexual por uma criança, não envolvendo um adulto.

Nível 8. Assalto. Imagens de crianças sendo sujeitas a agressão sexual, envolvendo toque e um adulto.

Nível 9. Assalto grosseiro. Imagens obscenas grosseiras de agressão sexual, envolvendo sexo com penetração, masturbação ou sexo oral, juntamente com um adulto.

Nível 10. Sadismo/Bestialidade. Imagens que mostram uma criança sendo amarrada, presa, espancada, chicoteada, ou sujeita a alguma coisa que implique dor. E imagens onde o animal está envolvido em alguma forma de comportamento sexual com a criança.<sup>1</sup>

Há, ainda, a escala SAP (sigla para *Sentencing Advisory Panel*, em tradução livre, Painel Consultivo de Sentença), surgida em 2002, no Reino Unido, que traz cinco categorias de pornografia digital. Isso, porque, os níveis anteriores eram melhor utilizados em estudos sociais. Para a aplicação da lei, outros níveis seriam necessários, os quais possuem elevação da pena aplicada, quais sejam:

Nível 1. Nudismo ou poses eróticas sem atividade sexual.

Nível 2. Atividades sexuais entre crianças e adolescente ou masturbação.

Nível 3. Atividades sexuais sem penetração entre um adulto e uma criança.

Nível 4. Atividades sexuais com penetração entre um adulto e uma criança.

Nível 5. Sadismo ou bestialidade.<sup>2</sup>

O Brasil define pornografia infantil no Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 241-E, assim elencado:

Art. 241-E. Para efeito dos crimes previstos nesta Lei, a expressão "cena de sexo explícito ou pornográfica" compreende qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais.<sup>3</sup>

Em referência à escala COPINE, a primeira parte do artigo que trata de cena de sexo explícito corresponde aos níveis de 7 a 10; enquanto que a segunda parte indica os níveis de 1 a 6. Em relação à escala SAP, a primeira situação mostra os níveis de 2 a 5, já a segunda forma sugere o nível 1.

## 1.2 Da criminalização da pornografia infantil

A Organização das Nações Unidas editou e abriu às assinaturas, em 20 de novembro de 1989, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, a qual previa inúmeras garantias e recomendações para assegurar os direitos fundamentais das crianças e adolescentes. Na ordem internacional, o tratado entrou em vigor em 2 de setembro de 1990, sendo o Brasil, signatário em 26 de janeiro de 1990, e quase a totalidade dos Estados-membros adeptos, com exceção dos Estados Unidos da América e Somália.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> SITE. *Copine Scale*. Disponível em: <[http://en.wikipedia.org/wiki/Copine\\_scale](http://en.wikipedia.org/wiki/Copine_scale)>. Acesso em: 12 jun. 2013.

<sup>2</sup> Ibidem.

<sup>3</sup> BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 12 jun. 2013.

<sup>4</sup> SITE. *Convenção sobre os direitos das crianças*. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dc-conv-sobre-dc.html>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

Em seu texto, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças prevê expressamente o combate à violência sexual, no artigo 34<sup>o</sup>, conforme:

- Art. 34<sup>o</sup>. Os Estados Partes comprometem-se a proteger a criança contra todas as formas de exploração e de violência sexuais. Para esse efeito, os Estados Partes devem, nomeadamente, tomar todas as medidas adequadas, nos planos nacional, bilateral e multilateral para impedir:
- Que a criança seja incitada ou coagida a dedicar-se a uma atividade sexual ilícita;
  - Que a criança seja explorada para fins de prostituição ou de outras práticas sexuais ilícitas;
  - Que a criança seja explorada na produção de espetáculos ou de material de natureza pornográfica.<sup>1</sup>

O Brasil, na lei 8.069 de 13 de julho de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente, trata sobre matérias que envolvam crianças e adolescentes, tanto em questões de direitos e garantias fundamentais, deveres, procedimentos, atos infracionais e crimes contra o segmento infante-juvenil. Especificamente, no Título VII, “Dos Crimes e Infrações Administrativas”, no Capítulo I, “Dos Crimes”, e na Seção II, “Dos Crimes em Espécie”, as infrações penais referentes à pornografia infantil são abordadas.<sup>2</sup>

## 2 Sobre o crime de pornografia infantil no Brasil

Os crimes desse tipo são compreendidos por seis artigos distintos. Em sua grande maioria, o sujeito ativo dos tipos penais é qualquer pessoa imputável, tratando-se então de crime comum. O sujeito passivo é, necessariamente, a criança ou o adolescente, conforme definição da referida lei, vítima da conduta. A objetividade jurídica dessas normas é a garantia da integridade física e moral, mas principalmente, da dignidade sexual da criança e do adolescente. O objeto material, em suma, desses dispositivos é o material contendo cenas de sexo explícito ou pornográficas envolvendo crianças e/ou adolescentes, na forma de fotografia (imagem estática), vídeo (imagem dinâmica) e registro, podendo este abarcar toda e qualquer menção à matéria. O elemento subjetivo é, precisamente, o dolo e não há previsão para a modalidade culposa.

Em relação aos núcleos dos tipos, estes contêm inúmeros verbos nucleares, a fim de abranger todas as possíveis condutas que infrinjam os bens tutelados por estas normas. Entretanto, esses verbos possuem diferenças semânticas quase que imperceptíveis, mas de vital importância no momento de indiciamento, denúncia e julgamento, uma vez que elencam penas diversas. Então, imperioso se faz a diferenciação de referidos verbos.<sup>3</sup>

O artigo 240, da lei 8.069/90, prevê:

- Art. 240. Produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente:  
Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.  
§1º Incorre nas mesmas penas quem agencia, facilita, recruta, coage, ou de qualquer modo intermedeia a participação de criança ou adolescente nas cenas referidas no caput deste artigo, ou ainda quem com esses contracena.<sup>4</sup>

Os verbos nucleares desse tipo penal tratam de condutas humanas ligadas à cinematografia, ainda que profissional, amadora ou caseira. Na indústria do cinema, produzir significa captar recursos para concretizar o roteiro, supervisionar as finanças e dar existência ao projeto. Entende-se por reproduzir a exibição da foto e/ou filme e/ou registro do ato. Já dirigir denota controlar as ações dos atores envolvidos para identificá-los ao roteiro. Fotografar consiste em uma imagem instantânea, filmar incide sobre vídeos de certa duração, enquanto que registrar versa sobre a escrita e detalhamento do fato. Ainda, ao final do artigo, são elencados os verbos “agenciar”, que significa negociar e vender a participação envolvida; “facilitar”, isto é, ajudar na participação; “recrutar”, que trata de chamar para o ato; “coagir”, ou seja, exercer violência moral ou física sobre alguém; e “contracenar”, abrangendo quem se envolve na cena fotografada/filmada/registada.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Idem.

<sup>2</sup> BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm)>. Acesso em: 12 jun. 2013.

<sup>3</sup> Ibidem.

<sup>4</sup> Ibidem.

<sup>5</sup> Ibidem.



O artigo 241, do ECA, elenca:

Art. 241. Vender ou expor à venda fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:  
Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.<sup>1</sup>

O artigo supracitado, claramente, enfatiza o comércio de pornografia infantil. O Dicionário Online Michaelis traz o significado de “vender” como alienar mediante certo preço, trocar por dinheiro, negociar. Enquanto que “expor à venda”, num mesmo raciocínio, é apresentar, anunciar e exibir por algum valor. Isto é, explorar financeiramente a foto, o filme ou o registro.<sup>2</sup>

Ainda, o artigo 241-A, do mesmo Estatuto, diz:

Art. 241-A. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:  
Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.<sup>3</sup>

Os verbos nucleares acima são extremamente idênticos. “Oferecer” faz alusão à apresentar e propor algo.<sup>4</sup> “Trocar” é o binômio dar-receber, permutar, dar algo em troca de outro.<sup>5</sup> “Disponibilizar” é dar acesso a informações e serviços, tornar acessível e colocar à disposição.<sup>6</sup> “Transmitir” faz sentido a transportar-se e propagar-se.<sup>7</sup> “Distribuir” é entregar a diversos alguéns.<sup>8</sup> “Publicar” é levar ao conhecimento do público.<sup>9</sup> Enquanto que “divulgar” é propagar e difundir ao público.<sup>10</sup>

Ademais, o artigo 241-B, da referida lei, antevê:

Art. 241-B. Adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:  
Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.<sup>11</sup>

Este dispositivo trata do arquivamento de foto, vídeo e registro de pornografia infantil. O verbo “adquirir” relaciona-se com a ideia de obter para si, alcançar e conseguir.<sup>12</sup> “Possuir” alude a ter em seu poder ou a sua disposição e ter domínio.<sup>13</sup> E “armazenar” é depositar, guardar, salvar em determinado local.<sup>14</sup>

Somando, o artigo 241-C, traz:

<sup>1</sup> Ibidem.

<sup>2</sup> SITE. *Dicionário Michaelis da Língua Portuguesa Online: vender*. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=vender>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

<sup>3</sup> BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em:* <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 12 jun. 2013.

<sup>4</sup> SITE. *Dicionário Michaelis da Língua Portuguesa Online: vender*. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=oferecer>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

<sup>5</sup> \_\_\_\_\_, *Dicionário Michaelis da Língua Portuguesa Online: vender*. Disponível em: <[http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/definicao/trocar%20\\_1059770.html](http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/definicao/trocar%20_1059770.html)>. Acesso em: 12 jun. 2013.

<sup>6</sup> \_\_\_\_\_, *Dicionário da Língua Portuguesa Online: disponibilizar*. Disponível em: <<http://www.dicio.com.br/disponibilizar/>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

<sup>7</sup> SITE. *Dicionário da Língua Portuguesa Online: transmitir*. Disponível em: <<http://www.dicio.com.br/transmitir/>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

<sup>8</sup> \_\_\_\_\_, *Dicionário da Língua Portuguesa Online: distribuir*. Disponível em: <<http://www.dicio.com.br/distribuir/>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

<sup>9</sup> \_\_\_\_\_, *Dicionário da Língua Portuguesa Online: publicar*. Disponível em: <<http://www.dicio.com.br/publicar/>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

<sup>10</sup> \_\_\_\_\_, *Dicionário da Língua Portuguesa Online: divulgar*. Disponível em: <<http://www.dicio.com.br/divulgar/>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

<sup>11</sup> BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em:* <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 12 jun. 2013.

<sup>12</sup> SITE. *Dicionário da Língua Portuguesa Online: adquirir*. Disponível em: <<http://www.dicio.com.br/adquirir/>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

<sup>13</sup> \_\_\_\_\_, *Dicionário da Língua Portuguesa Online: possuir*. Disponível em: <<http://www.dicio.com.br/possuir/>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

<sup>14</sup> \_\_\_\_\_, *Dicionário da Língua Portuguesa Online: armazenar*. Disponível em: <<http://www.dicio.com.br/armazenar/>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

Art. 241-C. Simular a participação de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica por meio de adulteração, montagem ou modificação de fotografia, vídeo ou qualquer outra forma de representação visual:  
Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.<sup>1</sup>

A norma supra aborda a criminalização do induzimento, proposital ou não, para crer que o material pornográfico envolve criança ou adolescente. A adulteração trata-se da falsificação e corrupção;<sup>2</sup> a montagem é o preparo ou a disposição de peças para lembrar algo ou alguém;<sup>3</sup> e a modificação é a alteração feita em coisa ou pessoa.<sup>4</sup> Em outras palavras, a adulteração está mais para a modificação perfeita, enquanto que a montagem é superficial.

O artigo 241-D também fala de violência sexual contra criança ou adolescente, porém não trata de material pornográfico como objeto material do dispositivo, mas sim como meio de alcançar o fim da norma, que é o ato libidinoso com a criança ou adolescente.<sup>5</sup>

## 2.1 Do verbo “ver”

Após o detalhamento de todos os verbos nucleares dos tipos penais que envolvam a violência sexual contra crianças e adolescentes na forma de pornografia infantil, constata-se que, em nenhum momento, há a tipificação da conduta “ver” foto ou imagem ou registro de material contendo cena de sexo explícito ou pornográfica com criança e adolescente. É possível afirmar, então, que assistir pornografia infantil não é crime previsto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, ainda que seja prática condenável pela cultura de certos países.

Tal discussão é válida, uma vez que a incidência de alguma normal penal incriminadora depende de fatores mínimos, singelos, ou seja, há uma linha bem tênue entre, simplesmente, assistir à pornografia infantil e incorrer nas sanções dos artigos 240 e subsequentes, da lei 8.069/90. Isso, porque ver pornografia infantil é permitido, mas salvar a imagem no computador pessoal é crime previsto no artigo 241-B. Da mesma forma, olhar vídeo de sexo explícito é permitido, porém repassar o filme para um amigo é crime elencado no artigo 241-A. Assim como, ver uma imagem pornográfica envolvendo criança ou adolescente não é crime, publicar nas redes sociais pedindo que os internautas denunciem é crime definido, também, no artigo 241-A.<sup>6</sup>

No mundo dos fatos, possivelmente, uma pessoa que assiste à pornografia infantil tem salvo em seu computador pessoal, ou compartilha com outras pessoas imagens, vídeos ou registros. Entretanto, é necessário tecer uma linha que separa as condutas, ainda que seja amplamente divulgado pela mídia a penalização da pornografia infantil.<sup>7</sup>

Não se sabe ao certo se o legislador deixou de tipificar a conduta propositadamente ou, por infortúnio, esqueceu. No primeiro caso, talvez, por considerar que o Direito não é mecanismo modelador de preferências sexuais, ainda que moralmente repugnantes. Ou, ainda, entender que o Direito não possui força suficiente para alcançar a conduta, que depende de um tempo e espaço mínimos. Entretanto, assim como é possível encontrar páginas de pornografia infantil, há maneiras de se descobrir o endereço de IP, forma de identificação na rede dos computadores que acessam esses sites. Então, perfeitamente punível, mas não razoável.<sup>8</sup>

<sup>1</sup> BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 12 jun. 2013.

<sup>2</sup> SITE. Dicionário da Língua Portuguesa Online: adulteração. Disponível em: <<http://www.dicio.com.br/adulteracao/>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

<sup>3</sup> \_\_\_\_\_, Dicionário da Língua Portuguesa Online: montagem. Disponível em: <<http://www.dicio.com.br/montagem/>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

<sup>4</sup> \_\_\_\_\_, Dicionário da Língua Portuguesa Online: modificação. Disponível em: <<http://www.dicio.com.br/modificacao/>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

<sup>5</sup> BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 12 jun. 2013.

<sup>6</sup> BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 12 jun. 2013.

<sup>7</sup> SITE. Polícia Federal investiga denúncia de pornografia infantil. Disponível em: <<http://www.diariodamanha.com/noticias.asp?id=44408>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

<sup>8</sup> \_\_\_\_\_, Como a polícia consegue descobrir o seu endereço IP? Disponível em: <<http://www.gamevicio.com/l/noticias/124/124800-como-a-policia-consegue-descobrir-o-seu-endereco-ip/index.html>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

Em caso de esquecimento do legislador, não é possível imputar nenhuma pena à quem assiste pornografia infantil, uma vez que no Direito Penal brasileiro é proibida a analogia, ainda que a norma incriminadora possua diversos núcleos verbais. Isto, por força do princípio da legalidade e taxatividade da lei penal, o qual:

exige-se que o legislador descreva da forma mais exata possível o fato punível. Diz respeito, em especial, à técnica de elaboração da lei penal, que deve ser suficientemente clara e precisa na formulação do conteúdo do tipo do injusto e no estabelecimento da sanção para que exista segurança jurídica. [...] Visa cumprir a exigência de certeza (*lex certa*), no sentido de que o conteúdo possa ser conhecido por seus destinatários, permitindo-lhes diferenciar entre o penalmente lícito e o ilícito. [...] deve ele [o julgador] interpretar e aplicar a norma penal incriminadora nos limites estritos em que foi formulada, para satisfazer a exigência de garantia, evitando-se eventual abuso judicial.<sup>1</sup>

Por isso, faz-se necessário definir os limites legais dos verbos nucleares que dizem respeito à pornografia infantil. Isso, porque, seguindo tal princípio, não é possível fazer uma interpretação abrangente e se utilizar de termos técnicos alheios à ciência jurídica para criminalizar uma conduta.

## 2.2 Da troca de dados e da memória temporária

Acerca da discussão sobre o verbo “ver”, é possível tecer duas considerações que consistem em exceções à não punibilidade da conduta. Tais temas não são ainda abordados pela doutrina ou pela jurisprudência, tendo em vista que são novidades legislativas e, normalmente, envolvem crimes tipificados, como dito anteriormente.

A primeira indagação trata sobre o compartilhamento de dados na rede mundial de computadores. Evidente que tal assunto necessita de uma abordagem mais técnica, mas, de forma superficial, a Internet funciona a partir da troca de informações entre os computadores. A cada momento que um computador está conectado à Internet, a máquina envia e recebe dados, numa fração de segundos e em uma viagem internacional. Isto é, quando uma página é acessada, o computador pelo qual é feito o acesso transmite dados para uma linha telefônica através de um modem. Esta linha chegará na central telefônica do usuário, a qual é ligada a um provedor. Este, por sua vez, é conectado através de cabos a uma estação central, da qual saem cabos submarinos que estão acoplados num servidor em um determinado lugar do mundo. Recebidas essas informações e entendida a requisição inicial, o servidor transfere os dados por cabos submarinos até a estação central, a qual manda esses para um provedor, que distribui às centrais telefônicas, interligadas por linhas telefônicas, chegando no computador pessoal que acessou a página e mostrando os tais dados.<sup>2</sup>

Ora, pois, quando uma pessoa entra em um *site* de pornografia infantil, ela transmite informações requisitando a página para um servidor, o qual a retorna permitindo o acesso. Caracterizando, neste momento, o delito previsto no artigo 241-A, da lei 8.069/90, no que tange a troca de imagens, vídeos e registros de cenas de sexo explícito ou pornográficas envolvendo crianças e adolescentes.<sup>3</sup>

Diante dessa afirmação, é possível fazer uma nova abordagem crítica, uma vez que não houve a troca de material pornográfico, mas sim de dados específicos da rede mundial de computadores. Entretanto, quando o servidor retorna os dados à pessoa que assinou, o material contendo a pornografia está codificado na linguagem de sistemas de informações, sendo, portanto uma forma de registro da pornografia. Então, talvez, trata-se de troca de registro, objeto material do dispositivo.<sup>4</sup>

A segunda constatação sobre o verbo nuclear “ver” possui relação com a memória temporária do computador, assunto, de igual forma, exigente de conhecimento técnico. Existem, dentre outras, dois tipos de memória do computador, capacidade da máquina de

<sup>1</sup> PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120*. 10ª ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010, p 141-4.

<sup>2</sup> SITE. *Como funciona a Internet (ilustração)*. Disponível em: <<http://www.tecmundo.com.br/internet/34066-como-funciona-a-internet-ilustracao-htm>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

<sup>3</sup> BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências*. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm)>. Acesso em: 12 jun. 2013.

<sup>4</sup> SITE. *Assistir vídeo com pornografia infantil na internet é crime?* Disponível em: <<http://direito.folha.uol.com.br/1/post/2010/08/assistir-vdeo-com-pornografia-infantil-na-internet-crime.html>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

processar dados e programas. Uma delas é a memória não-volátil ou permanente, exemplo disso, a memória “ROM”, em que os dados são gravados uma única vez, normalmente pelas fabricantes, e não podem mais serem alterados. E a outra é chamada de memória volátil ou temporária, como exemplo, a memória “RAM”, a qual os dados e programas são executados e apagados assim que o sistema é desligado. Isso existe devido ao espaço físico do computador pessoal, uma vez que não existiria lugar para gravar permanentemente todos os dados que são coletados e, por isso, estes são apagados, para que outros sejam salvos. É o que acontece quando se troca informações de rede na Internet, ou seja, elas são recebidas, armazenadas por alguns momentos e, logo após o uso, apagadas automaticamente.<sup>1</sup>

Então, após essa constatação, é determinável que a pessoa que acessa uma página de pornografia infantil e vê um vídeo, este, por exemplo, é salvo, na forma de dados, no seu computador pessoal, ainda que de forma temporária. Portanto, configurando, nesta situação, o crime previsto no artigo 241-B, do Estatuto da Criança e do Adolescente, uma vez que houve o armazenamento de imagens, vídeos ou dados de cenas explícitas de sexo ou pornográficas envolvendo criança ou adolescente.<sup>2</sup>

No entanto, quem assiste à pornografia infantil não possui o dolo específico na conduta de trocar dados na rede mundial de computadores ou armazenar dados na memória temporária do computador pessoal. Isso, porque, quiçá, a pessoa que acessou a página não possui conhecimento técnico a respeito disso e não antevê que a sua conduta enquadra em determinado tipo penal. Então, nesse sentido, o agente poderia recair em erro sobre elemento do tipo, ou ainda, em erro sobre a ilicitude do fato<sup>3</sup> e, dependendo, isento de pena.<sup>4</sup>

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

É sabido, então, que a pornografia, especialmente a categoria infantil, assola os cantos mais obscuros da web. Não se tratando de uma forma de prazer, mas sim um meio de violência moral e física, a fim de violar a ingenuidade, a inocência e a dignidade sexual das crianças e dos adolescentes. O Brasil, firmando pacto internacional de combate a esse tipo de violência, pune de forma rigorosa a prática de pornografia infantil, tendo em vista que as penas variam, genericamente, entre 1 ano e 8 anos de reclusão e multa.

O presente artigo, em nenhum momento, quer fazer uma apologia, incitando à conduta de ver pornografia infantil. Pelo contrário, traz uma abordagem crítica em relação a uma tecnicidade legislativa, isto é, por uma lacuna da lei, o legislador não criminalizou tal atitude, proposadamente ou não. Portanto, numa análise restritiva e taxativa, conforme primam os princípios do Direito, simplesmente, assistir à pornografia infantil não é crime previsto em nossa legislação pátria.

Entretanto, é possível fazer uma analogia com o verbo “trocar” do artigo 241-A, ECA, uma vez que o usuário que acessa a página de pornografia infantil envia e recebe dados de um servidor, caracterizando portanto uma forma de registro de material contendo cena de sexo explícito, ainda que na linguagem da rede. Além dessa, pode-se incorrer no verbo “armazenar” do artigo 241-B, ECA, pois, no momento em que uma foto/vídeo/registro é acessado pelo usuário, esses dados ficam armazenados na memória temporária do computador, sendo apagados quando do seu desligamento. Porém, essa interpretação gera uma discussão acerca dos erros de tipo previstos na legislação e do conhecimento da ilicitude do fato a partir de ignorância sobre o verbo nuclear.

Diante disso, faz-se necessária uma maior debate sobre o tema da pornografia infantil, em seus diversos aspectos e nuances. Isso, porque, além de matéria repugnante ao homem médio, trata-se de crime relativamente novo, em comparação com o avanço das tecnologias informacionais. Além disso, o Direito e, especialmente, o Direito Penal, tendo em vista sua rigidez para satisfazer a segurança jurídica, não consegue acompanhar a evolução da sociedade em rede. Assim, a pornografia infantil deve ser amplamente debatida, em ambientes escolares, em pesquisas científicas, em reuniões comunitárias etc. A rede mundial de

<sup>1</sup> SITE. *A memória do computador*. Disponível em: <<http://www.infowester.com/memoria.php>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

<sup>2</sup> BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências*. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 12 jun. 2013.

<sup>3</sup> Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 12 jun. 2013.

<sup>4</sup> PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120*. 10ª ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010, p 404-14.

computadores permite que usuários se conectem simultaneamente onde quer que estejam, aproximando pessoas e coisas e diminuindo barreiras, porém, ao mesmo tempo, que a Internet está em todos os lugares, esconde muitos perigos codificados em seus *bits*.

#### REFERÊNCIAS

- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 12 jun. 2013.
- \_\_\_\_\_. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal*. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 12 jun. 2013.
- \_\_\_\_\_. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências*. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 12 jun. 2013.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120*. 10ª ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- SITE. *A (indiscreta) história da pornografia*. Disponível em: <[http://super.abril.com.br/superarquivo/2005/conteudo\\_376790.shtml](http://super.abril.com.br/superarquivo/2005/conteudo_376790.shtml)>. Acesso em: 12 jun. 2013.
- \_\_\_\_\_. *A memória do computador*. Disponível em: <<http://www.infowester.com/memoria.php>>. Acesso em: 12 jun. 2013.
- \_\_\_\_\_. *Assistir vídeo com pornografia infantil na internet é crime?* Disponível em: <<http://direito.folha.uol.com.br/1/post/2010/08/assistir-vdeo-com-pornografia-infantil-na-internet-crime.html>>. Acesso em: 12 jun. 2013.
- \_\_\_\_\_. *Como a polícia consegue descobrir o seu endereço IP?* Disponível em: <<http://www.gamevicio.com/i/noticias/124/124800-como-a-policia-consegue-descobrir-o-seu-endereco-ip/index.html>>. Acesso em: 12 jun. 2013.
- \_\_\_\_\_. *Como funciona a Internet (ilustração)*. Disponível em: <<http://www.tecmundo.com.br/internet/34066-como-funciona-a-internet-ilustracao-.htm>>. Acesso em: 12 jun. 2013.
- \_\_\_\_\_. *Convenção sobre os direitos das crianças*. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dc-conv-sobre-dc.html>>. Acesso em: 12 jun. 2013.
- \_\_\_\_\_. *Copine Scale*. Disponível em: <[http://en.wikipedia.org/wiki/Copine\\_scale](http://en.wikipedia.org/wiki/Copine_scale)>. Acesso em: 12 jun. 2013.
- \_\_\_\_\_. *Dicionário da Língua Portuguesa Online*. Disponível em: <<http://www.dicio.com.br/>>. Acesso em: 12 jun. 2013.
- \_\_\_\_\_. *Dicionário Michaelis da Língua Portuguesa Online*. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/>>. Acesso em: 12 jun. 2013.
- \_\_\_\_\_. *Polícia Federal investiga denúncia de pornografia infantil*. Disponível em: <<http://www.diariodamanha.com/noticias.asp?id=44408>>. Acesso em: 12 jun. 2013.
- \_\_\_\_\_. *Pornografia infantil lidera crimes cibernéticos no Brasil*. Disponível em: <<http://www.fecomercio.com.br/crimeseletronicos/2012/11/pornografia-infantil-lidera-crimes-ciberneticos-no-brasil/>>. Acesso em: 12 jun. 2013.
- \_\_\_\_\_. *Transtornos de preferências sexuais*. Disponível em: <[http://www.medicinanet.com.br/cid10/1555/f65\\_transtornos\\_da\\_preferencia\\_sexual.htm](http://www.medicinanet.com.br/cid10/1555/f65_transtornos_da_preferencia_sexual.htm)>. Acesso em: 12 jun. 2013.



### 1.2.8 Relativização da impenhorabilidade do bem de família: equilíbrio baseado na dignidade do homem<sup>1</sup>

Douglas Rotta<sup>2</sup>

#### RESUMO

A análise da relativização no que tange a impenhorabilidade do bem de família é o objeto central do presente estudo. Trata-se de instituto consolidado no sistema jurídico pátrio, que tem como finalidade a proteção do imóvel residencial da entidade familiar contra a possibilidade de penhora por dívidas. Com o advento da Constituição Federal de 1988, assim como todas as normas infraconstitucionais, a disciplina acerca do bem de família precisou adequar-se ao novo modelo de Estado e ao novo sistema jurídico, que prega a proteção do ser humano em face do patrimônio. Por meio de uma abordagem constitucional é que se desenvolve este trabalho, com o estudo da legislação que disciplina o bem de família e a possibilidade de relativização da norma quanto à impenhorabilidade, levando-se em consideração as particularidades do caso concreto.

**Palavras-chave:** Constituição Federal. Bem de família. Impenhorabilidade. Dignidade humana.

#### INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo proceder à análise do instituto do bem de família, com relação à impossibilidade de este ser alvo de penhora para satisfazer as pretensões do credor.

Tal análise se inicia com a conceituação de bem de família e segue com uma abordagem constitucional, no sentido de demonstrar que todo sistema jurídico deve estar em conformidade com o que dispõe a Constituição Federal. Ainda, o estudo é direcionado observando as disposições da Lei 8.009/90, na tentativa de se encontrar interpretação distinta e flexível da norma, possibilitando ao julgador a sua aplicação axiológica e não literal.

Para tanto, vale-se das contribuições trazidas pela Hermenêutica Contemporânea, que adota critérios filosóficos e ontológicos no processo de interpretação, abandonando a questão metodológica e a busca pelo sentido único da norma. Permite-se, então, a partir do mesmo texto legal atribuir novos sentidos à legislação, visando atender aos interesses de ambas as partes que perfazem o conflito.

Ainda, refere-se aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e adequação no sentido de fundamentar o juízo de ponderação que deve permear a análise do caso concreto, levando-se em consideração todas as peculiaridades que o revestem.

Por fim, há o exame da relativização da impenhorabilidade do bem de família, resgatando as ideias antes trabalhadas no desenvolvimento do trabalho ao transcender à literalidade da norma pura.

O bem de família é um antigo instituto dentro da Ciência Jurídica que visa garantir ao devedor o direito fundamental a uma vida digna, deixando a salvo das investidas do credor o imóvel habitado pela família daquele.

Entretanto, com o desenvolvimento do estudo, percebe-se que não apenas devemos tratar de garantir os direitos do devedor, mas também tentar, dentro das possibilidades, atender aos direitos do credor, sempre buscando analisar o caso concreto, com suas peculiaridades, para que se tenha uma decisão equânime.

Entende-se que a impenhorabilidade do bem de família se trata de um instituto válido, o qual deve ser preservado dentro do sistema jurídico brasileiro. Todavia, o objeto do estudo é demonstrar que esse não deve ser um entendimento absoluto, sendo que cabe à particularidade do caso concreto demonstrar ser razoável a aplicação da norma. Assim, posiciona-se pela manutenção do instituto, porém se defende a sua flexibilização frente a determinadas situações específicas, como se verá a seguir.

<sup>1</sup> Atividade realizada junto à Faculdade de Direito de Santa Maria - FADISMA. Este artigo é objeto de avaliação continuada da disciplina de Direito Processual Civil III, pertencente à grade curricular do 6º semestre do curso de Direito e ministrada pelo Prof. Ms. Jair Pereira Coitinho. Em novembro de 2012.

<sup>2</sup> Acadêmico de Direito do 6º semestre da Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA. Sob orientação do Prof. Ms. Jair Pereira Coitinho.

## I. O BEM DE FAMÍLIA

O instituto do bem de família teve início com a *Homestead Exemptio Act* por volta de 1840, objetivando resguardar as famílias radicadas no Estado do Texas por meio da proteção da pequena propriedade de terra, isentando-a da penhora, quando destinada à residência do devedor (FORNI, 2007, p. 10).

Percebe-se, desde logo, que o surgimento do bem de família se deu em virtude de blindar os bens do devedor, para que este não seja privado do necessário para manter uma vida digna. De fato é uma importante conquista jurídica, em virtude de preservar a dignidade da pessoa humana, princípio norteador de toda relação social e de direito em âmbito global.

Álvaro Villaça Azevedo define o bem de família como “meio de garantir um asilo à família, tornando-se o imóvel onde ela se instala domicílio impenhorável e inalienável, enquanto forem vivos os cônjuges e até que os filhos completem sua maioridade” (AZEVEDO, *apud* GONÇALVES, 2007, p. 518). Nesse sentido, o bem de família serve de instrumento para manutenção do direito à moradia da entidade familiar, resguardando o lar e evitando acentuar um grave problema social, que diz respeito à política habitacional.

Ainda nomeado *lar de família*, é em 1893 que tal instituto foi inicialmente adotado no Brasil (MADALENO, 2008, p. 755). Posteriormente, o Código Civil de 1916 trouxe no Capítulo V, do Livro II da Parte Geral o termo bem da família, disciplinando o instituto nos artigos 70 a 73.

Atualmente, o instituto do bem de família está previsto na Lei 8.009/90, sendo que o Código Civil de 2002 inovou com a previsão do bem de família voluntário. Nota-se, então, que ambas as espécies de bem de família estão regulamentadas em legislações distintas.

Dispõe o artigo 1º da Lei 8.009/90:

O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.

Do dispositivo se identifica o chamado bem de família legal, pois decorrente do próprio texto legislativo. Da mesma forma Rizzardo (2007, p.871), ao dizer que “certos bens estão afastados da execução por dívidas e, assim, da penhora, por determinação expressa da lei, que os especifica”, referindo-se à Lei 8.009/90. A nomenclatura deriva da inexistência de formalidade para sua instituição, gerando uma proteção automática decorrente do texto legal (BATISTA, 2012, p.150), colocando a salvo o imóvel residencial da entidade familiar quanto à possibilidade de penhora.

Entretanto, como mencionado anteriormente, o Código Civil de 2002 dispõe nos seus artigos 1.711 e 1.712 acerca do bem de família voluntário, que é instituto diverso do bem de família legal, tanto na sua concepção quanto na sua aplicação. Eis o disposto no referido Código:

Art. 1.711. Podem os cônjuges, ou a entidade familiar, mediante escritura pública ou testamento, destinar parte de seu patrimônio para instituir bem de família, desde que não ultrapasse um terço do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição, mantidas as regras sobre a impenhorabilidade do imóvel residencial estabelecida em lei especial.

Art. 1.712. O bem de família consistirá em prédio residencial urbano ou rural, com suas pertencas e acessórios, destinando-se em ambos os casos a domicílio familiar, e poderá abranger valores mobiliários, cuja renda será aplicada na conservação do imóvel e no sustento da família.

O bem de família voluntário é derivado da deliberação, quando certa pessoa convencionou destinar determinados bens para residência e manutenção da família. Tais bens, definidos como bem de família, gozam da proteção oriunda do instituto, restando imunes contra execuções de dívida, salvo quando advinda de tributos do imóvel ou despesas de condomínio (RIZZARDO, 2007, p. 862). Não goza, portanto, da proteção automática que engloba o bem de família legal, resultando de proteção advinda da formalidade que institui o bem de família voluntário.

A finalidade do instituto aqui estudado, como ensina o ilustre doutrinador Rolf Madaleno (2008, p. 756), é “proteger o direito de propriedade que serve de abrigo para a família, não no propósito de abrigar o mal pagador e sim no sentido de equilibrar o processo executivo”. Assim, deve-se observar tal instituto sob à luz dos Princípios Gerais do Direito, como por exemplo, os Princípios da Razoabilidade e da Dignidade da Pessoa Humana, visto

que o bem de família atende às necessidades do ser humano, não sendo cabível sua utilização como meio de se esquivar de possível execução ou ludibriar os credores.

Nesse sentido, oportuno se faz adequar o instituto do bem de família conforme as diretrizes constitucionais, que é norma máxima do sistema jurídico estatal, patrocinando os interesses do devedor, no entanto sem desamparar os direitos do credor, abordagem esta que se dará na sequência deste estudo.

## II. A INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

É absolutamente consolidada no meio científico jurídico a ideia de que a Constituição é a norma suprema de um Estado, sendo que todas as demais normas devem se conformar com a Lei Maior, resultado da conhecida hierarquia das leis.

Nesse sentido, faz-se necessário analisar o instituto do bem de família de acordo com o espírito da norma constitucional brasileira, bem como do contexto social na qual se insere, para que se possa aplicá-lo da melhor maneira possível na intenção de preservar os interesses de ambas as partes, sempre fundamentado na dignidade do homem.

Segundo lição de Maria Berenice Dias (2007, p.521):

O Estado assegura especial proteção à família (CF 226). O direito à moradia é reconhecido como um direito social (CF 6º) e a casa, o asilo inviolável do indivíduo (CF 5º XI). O direito à moradia é considerado um dos direitos da personalidade inerente à pessoa humana, quer como pressuposto do direito à integridade física, quer como elemento da integridade moral do indivíduo. A moradia é tutelada como objeto de direito, tratando-se de um direito subjetivo, representando um poder da vontade e que implica no dever jurídico de respeito daquele mesmo poder por parte dos outros.

Nota-se que a Constituição Federal de 1988 preocupou-se primeiramente com o cidadão, almejando garantir-lhe uma vida digna. A dignidade, com relação ao instituto do bem de família, consiste em oportunizar o mínimo necessário para o desenvolvimento e manutenção da entidade familiar, a fim de proporcionar o conforto adequado para que o indivíduo se realize enquanto pessoa.

Diante disso, ao se observar a impenhorabilidade do bem de família sob o espírito dos preceitos constitucionais, entende-se que tal proteção deverá estar limitada ao razoável. Se o indivíduo possui um único imóvel que consiste na residência familiar, entretanto trata-se de um imóvel luxuoso, muito acima do padrão de normalidade em face da realidade social, não nos parece adequado tal bem gozar da proteção do instituto estudado.

Neste contexto, percebe-se a nítida aplicação do princípio constitucional da razoabilidade, que, ao derivar da Lei Maior, irradia seus efeitos por todo o sistema jurídico vigente, inclusive o Direito Civil, o qual necessariamente deve estar em conformidade com os ditames constitucionais. Imperioso, então, o juízo de ponderação quando da análise do bem imóvel, considerando-se a realidade social da qual faz parte.

Verifica-se, aqui, fenômeno importante pelo qual passa o Direito privado, qual seja, a constitucionalização do Direito Civil, tema em voga na atualidade. A patrimonialidade, que era o foco da atuação e proteção do Direito Civil, gradativamente é substituída pela pessoalidade, fruto da solidificação dos direitos humanos na esfera internacional e do advento da Constituição Federal de 1988 no âmbito nacional.

Magno Batista, citando Rolf Madaleno, afirma que:

A concepção protetiva da família deve focar na prevalência do valor humano sobre o direito de propriedade, sendo certo que o abrigo familiar não pode mais ser visto como reserva de capital e garantia patrimonial, mas deve ser reconhecido em razão de sua finalidade social e da necessidade da preservação da moradia familiar, ou mesmo de uma só pessoa (MADALENO, *apud* BATISTA, 2012, p. 153).

A quebra de paradigma do Direito Privado é fruto das conquistas que acompanham a evolução da sociedade. Assim, não se abdica da proteção patrimonial, porém se reconhece que antes a proteção será direcionada ao ser humano.

Adiante abordaremos a questão da relativização da impenhorabilidade do bem de família, teoria alicerçada nas razões acima expostas. É notório que a adequação da norma infraconstitucional com a Lei Maior é diretamente responsável pela humanização do Direito, bem como a influência dos tratados internacionais que versam sobre direitos do homem exerce papel relevante nesse processo.

Deve-se à interpretação conforme a norma constitucional a ampliação do conceito de entidade familiar, tema recentemente abordado pelo Supremo Tribunal Federal em julgamento da ADI 4277 e da ADPF 132. Resulta que o instituto do bem de família não está adstrito às famílias oriundas do casamento, mas sim, é cabível a toda e qualquer entidade familiar, inclusive ao indivíduo que habita sozinho imóvel com status de residência. Em virtude do novo sentido dado à entidade familiar, amplia-se também a proteção resultante do bem de família, prova de que a norma constitucional irradia seus efeitos por todo o sistema jurídico vigente.

Ainda, é notória a carga principiológica que a Constituição Federal de 1988 trouxe ao sistema jurídico brasileiro. Com isso, deixa-se de aplicar apenas a norma crua ao caso concreto. Deve-se atentar para a particularidade do caso, analisar e adequar as normas a ele e revestir a interpretação de tais regras dos princípios que norteiam o sentido de justiça e que foram consagrados pela Lei Maior.

Tal entendimento se coaduna com a evolução da hermenêutica jurídica, processo iniciado com os ensinamentos de Heidegger e Gadamer, os quais romperam com a ideia da Hermenêutica tradicional, fundamentada no método e que visava encontrar o exato sentido do texto, e trazer aspectos filosóficos e ontológicos à processo interpretativo, afirmando que a interpretação é decorrente do exame do intérprete e das condições em que ocorre a compreensão (NUNES JUNIOR, 2003).

Assim, é a particularidade do caso concreto que deverá delimitar se determinado bem pode ser penhorado ou não. É essencial a ruptura com um modelo estático, que apenas reproduz o que é determinado no texto legal sem no entanto atentar às peculiaridades da relação jurídica e do conflito que requer a intervenção do Poder Judiciário.

Resta claro que a Constituição Federal trouxe um contexto oportuno para que se priorizassem as garantias do ser humano a uma vida digna. É nesse sentido que surge o instituto do bem de família, intocável para satisfazer as pretensões executivas do credor. Entretanto, o direito do credor de ter a contraprestação da obrigação assumida não é satisfeito. Surge um impasse, que entendemos pode ser solucionado buscando o espírito, a intenção e o contexto em que norma está inserida face à singularidade do caso concreto, afim de que credor e devedor sejam abraçados pelo Direito.

Assim, é necessário que se equilibre a relação entre credor e devedor quanto à impenhorabilidade do bem de família, analisando no caso concreto, com todas as suas peculiaridades, se é possível ou não a norma ser flexibilizada para se atender aos ideais constitucionais, que nutrem todo nosso sistema jurídico desde 1988.

### III. LEI 8.009/90

A Lei 8.009 advém da Medida Provisória 143 de 8 de março de 1990, proposta pelo então Presidente da República José Sarney, tendo sido aprovada pelo Congresso Nacional e promulgada como lei pelo presidente do Senado Federal, entrando em vigor em 29 de março de 1990.

Como exposto anteriormente, o Código Civil de 2002 tratou apenas do bem de família voluntário. Coube à Lei 8.009/90 instituir o bem de família e definir uma série de proteções sobre os bens do devedor.

Eu seu artigo 1º, a Lei determina ser impenhorável o imóvel residencial da entidade familiar, o qual não poderá responder por dívidas civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, que tenha sido contraída pelos cônjuges, pelos pais ou filhos que detenham a propriedade do imóvel e nele residem.

Contudo, como bem salientado por Araken de Assis (2007, p. 237), tal proteção se trata de impenhorabilidade relativa e não absoluta, pois a própria legislação prevê hipóteses excepcionais à impenhorabilidade do bem de família.

Diz o artigo 3º da referida lei:

Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:  
I - em razão dos créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias;  
II - pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato;  
III - pelo credor de pensão alimentícia;  
IV - para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar;

- V - para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar;
- VI - por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens.
- VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação

Observa-se que o próprio texto legal admite não ter a impenhorabilidade do bem de família caráter absoluto. Não pode ter o instituto caráter relativo em determinados casos e absoluto em outros, sendo ele relativo como um todo. Esta interpretação nos permite aprofundar o estudo quanto à relativização da impenhorabilidade do bem de família, objeto central do presente estudo e que será abordado adiante.

A Lei disciplina a amplitude da impenhorabilidade, que compreenderá o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias e os equipamentos, incluindo aí os equipamentos de uso profissional ou os móveis que guarnecem a casa, desde que quitados.

Todavia, estarão excluídos da proteção do instituto estudado os veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos. Como bem definido por Araken de Assis (2007, p. 240), porquanto a polêmica acerca da expressão “adornos suntuosos” resta superada em face do disposto no art. 649, II do Código de Processo Civil, o qual dispõe que são absolutamente impenhoráveis “os móveis, pertences e utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado”, colocando a salvo os que possuem elevado valor ou superem “as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida”.

O artigo 5º da Lei 8.009/90 determina que “para os efeitos de impenhorabilidade, de que trata esta lei, considera-se residência um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente”. Ressalta-se que, como já mencionado anteriormente, com a ampliação do conceito de família, a impenhorabilidade estende-se a toda e qualquer espécie de entidade familiar.

Ainda, segundo Maria Berenice Dias (2007, p. 528-529):

O bem de família busca novos rumos, novas finalidades, e a tendência é reconhecer o instituto como direito social, invocando-se o direito constitucional à moradia. Com essa preocupação, tanto a doutrina como a jurisprudência têm conferido significado mais amplo ao conceito de bem de família.

O processo de constitucionalização do Direito Civil permite novos processos interpretativos acerca dos textos infraconstitucionais, dotando-os de novos sentidos para que estejam adequados ao contexto histórico, jurídico e social, onde se situa a população brasileira. Assim, apesar da literalidade da norma permanecer idêntica, ao alterar o processo de interpretação da mesma será possível atingir um novo resultado que permitirá a aplicação da legislação de modo equânime e justo.

Enfim, pelo fato de o Direito Civil estar deixando de ser um ramo do Direito preocupado com questões estritamente patrimoniais e passar a se preocupar com o lado humano, verifica-se a influência dos ideais constitucionais na tentativa de garantir ao homem o direito a uma vida digna. Tal efeito é responsável por flexibilizar diversos institutos, e neste contexto é que se encaixa a relativização da impenhorabilidade do bem de família, assunto que será tratado a seguir.

#### IV. DA RELATIVIZAÇÃO DA NORMA

Diante do que foi tratado anteriormente, nota-se a transformação de certos paradigmas tradicionais da Ciência Jurídica. O fato de se dar às normas uma interpretação constitucional determinou a prevalência da essência humana em um contexto historicamente patrimonial.

A lei 8.009 surge com a finalidade de limitar a ação executiva do Estado, atribuindo medidas protetivas em relação ao bem de família ao salvaguardar o direito à moradia do devedor, além de garantir condições dignas de subsistência (LIBRELOTTO, 2011, p. 55). É, sem dúvida, grande garantia do cidadão, que se vê abraçado pelo Direito em virtude da proteção a um direito constitucional, qual seja, o direito de moradia.

De outra parte, também se preserva a questão social, visto que o déficit habitacional brasileiro gira em torno de 5,4 milhões de residências. O déficit habitacional, expressão que está relacionada ao número de moradias inadequadas e de cidadãos que as habitam, engloba domicílios precários, situação de coabitação, domicílios cujo aluguel é superior à 30% da renda



domiciliar e domicílios alugados com mais de três habitantes utilizando o mesmo cômodo (IPEA, 2013). É notório que a preservação do direito à moradia pela legislação pátria atende ao programa nacional de habitação, que visa combater o déficit habitacional brasileiro.

Todavia, é inevitável que a garantia contra a penhora da qual está revestido o bem de família acabe por frustrar o direito do credor de receber a quantia que lhe é devida. O embaraço causado pela frustração à um direito em face da preservação de outro sempre deve ser fonte de análise minuciosa do caso concreto, considerando-se todas suas peculiaridades, para que se decida qual o direito a ser preservado, adotando-se os critérios de ponderação. É possível, então, em determinados casos, a inversão do direito preservado e frustrado, como pode ocorrer em relação à (im)penhorabilidade do bem de família.

Ressalta-se a importância da aplicação dos princípios da adequação e da proporcionalidade no caso concreto, a fim de equilibrar a relação jurídica entre credor e devedor. Nesse sentido a doutrina e a jurisprudência se inclinam a entender como possível a relativização da regra da impenhorabilidade do bem de família, principalmente pela possibilidade de desmembramento do imóvel, como demonstra a ementa a seguir:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DO DEVEDOR. INÉPCIA DA INICIAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO. BEM DE FAMÍLIA. PENHORA DE PARTE COMERCIAL DO IMÓVEL. POSSIBILIDADE.I - Segundo a jurisprudência desta Corte, "o indeferimento da petição inicial, quer por força do não preenchimento dos requisitos exigidos nos artigos 282 e 283, do CPC, quer pela verificação de defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, reclama a concessão de prévia oportunidade de emenda pelo autor e o transcurso in albis do prazo para cumprimento da diligência determinada, ex vi do disposto no artigo 284, do CPC." (REsp 812.323/MG, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ 2.10.08).282283CPC284CPCII - É possível a penhora de parte do bem que não se caracteriza como bem de família quando, levando-se em conta as peculiaridades do caso, não houver prejuízo para a área residencial do imóvel também utilizado para o exercício de comércio.III - Hipótese em que o andar inferior do imóvel é ocupado por duas lojas, ficando restrita a moradia dos recorridos ao andar superior. Recurso Especial provido. (1018102 MG 2007/0306174-0, Relator: Ministro SIDNEI BENETI, Data de Julgamento: 12/08/2010, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/08/2010)

Banhado pelo espírito da norma constitucional, a análise da impenhorabilidade do bem de família tende cada vez mais a se acentuar no sentido de se equilibrar os interesses tanto do credor como do devedor. Quando pensamos ser este um instituto de caráter absoluto, estamos privilegiando apenas a situação do devedor, pouco importando a satisfação dos direitos do credor.

O juízo de ponderação que permite a relativização da impenhorabilidade do bem de família se fundamenta no processo interpretativo da norma, onde a Hermenêutica Contemporânea possui peso relevante, ao passo que adota meios filosóficos e ontológicos para a formação da interpretação, permitindo ao mesmo texto legal a sua aplicação de maneira diversa (NUNES JUNIOR, 2003).

Entendemos ser a impenhorabilidade do bem de família um instituto que se aplica na intenção de garantir o mínimo vital ao devedor, para que possa ter uma vida digna. Assim, não parece idôneo que ao possuir um único imóvel familiar de caráter residencial, porém um imóvel de enorme valor, o devedor fique desobrigado à satisfazer as obrigações contraídas com o credor. É viável que se proceda à penhora desse bem de grande valor para que as dívidas, ou parte delas, sejam remidas, servindo o excedente para que o devedor constitua novo lar com padrão de conforto comum à sociedade brasileira.

Padrão de vida digno é critério objetivo que se remete à equidade. Assim, independente da classe social à que a pessoa pertence, a vida digna para o rico e para o pobre não é proporcional, mas sim igualitário. Quer dizer, mesmo que o devedor pertença à alta sociedade, o padrão de vida digno para ele não é baseado naquilo que detém e sim no que é comum a maior parte dos cidadãos brasileiros. Nesse sentido, o imóvel residencial que serve de abrigo à família não pressupõe luxo e superfluidades, bastando atender o padrão adequado de moradia para que a entidade familiar não tenha impedimentos de gozar de seu direito a uma vida digna.

Dessa maneira, deve ser relativizada a impenhorabilidade do bem de família permitindo que o credor receba aquilo que faz jus, deixando a salvo ao devedor a mínima parte de seus bens que lhe permita sobreviver com dignidade (REDONDO, 2010, p. 44). Claro que a relativização da proteção dada pela legislação ao bem de família depende de análise

minuciosa das peculiaridades do caso concreto, com o conseqüente juízo de ponderação a fim de que se determine que o direito do credor deva prevalecer em face dos direitos do devedor.

Ainda, quando se põe a salvo a mínima parte dos bens do devedor, permitindo-lhe a sobrevivência com dignidade, procura-se atender, tanto quanto possível, aos interesses do devedor e do credor, para que a solução da controvérsia ocorra na proximidade do sentimento de justiça. Existe, então, o entendimento de que a dignidade humana baseia-se na realidade onde se enquadra o mínimo vital, que não impede o indivíduo de realizar-se enquanto pessoa humana.

Nesse sentido leciona Maria Berenice Dias (2007, p. 522), referindo-se à ideia de mínimo vital:

Os novos valores a serem protegidos pelo bem de família podem ser resumidos na noção de mínimo vital, que visa a preservar as bases de dignidade do devedor para que possa recomeçar a vida, mantendo íntegra a sua personalidade. O princípio da dignidade humana leva o Estado a garantir o mínimo existencial para cada ser humano em seu território. **A tendência é encontrar instrumentos hábeis que preservem o devedor e que, ao mesmo tempo, não frustrem a garantia do credor.** Nesse sentido, o Brasil lidera verdadeira revolução silenciosa, impulsionada pelos tribunais, que vêm realizando o direito em sua concretude e **atribuindo à lei o seu sentido social**, deixando de lado a visão extremamente positivista e literal a que está acostumada a tradição jurídica brasileira (grifos nossos).

Percebe-se claramente que não há sentido em preservar apenas os direitos do devedor, ao passo que credor resta desprotegido. Há, necessariamente, o choque entre a dignidade humana do devedor e a dignidade humana do credor (DIDIER JÚNIOR, *apud* LIBRELOTTO, 2011, p. 59). Portanto, inevitável o juízo de ponderação, evocando os princípios da razoabilidade, proporcionalidade, adequação, bem como os fundamentos da Hermenêutica Contemporânea, a fim de equacionar o conflito entre as partes.

Assim, é possível a ocorrência da relativização da impenhorabilidade do bem de família, devendo o magistrado proceder a análise das peculiaridades do caso concreto, interpretando o verdadeiro significado da norma em conformidade com a Constituição Federal, atribuindo à lei seu sentido social com vistas a garantir os direitos do devedor, mas, também, objetivando satisfazer os direitos do credor.

## V. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo foi desenvolvido com o intuito de examinar a possibilidade de relativização da impenhorabilidade do bem de família. Para tanto, vale-se de uma interpretação em conformidade com as disposições constitucionais, que garante ao indivíduo o direito a uma vida digna.

Primeiramente, cabe ressaltar que não se quer aqui defender a extinção do instituto do bem de família. Conforme abordado anteriormente, entende-se que tal instituto não deve ser encarado como de caráter absoluto, cabendo sua flexibilização em situações específicas que o caso concreto apresenta.

Ademais, já se encontra consolidado na jurisprudência o entendimento de que é possível o desmembramento do imóvel, deixando a salvo a área suficiente para que a família do devedor constitua sua residência.

A preservação do lar familiar atende à política habitacional, que visa concretizar o direito constitucional à moradia, através de programas de habitação que combatem o déficit habitacional que atormenta o cenário nacional atualmente.

Por outro lado, entendemos pela possibilidade de penhora de um imóvel de elevado valor, em que parte da importância levantada atenda aos direitos do credor e outra parte atenda ao direito fundamental do devedor à moradia, para que este constitua nova residência, dentro do padrão de vida médio da sociedade brasileira, permitindo que goze de uma vida digna.

Nesse sentido apelamos para o espírito da norma, que, em conformidade com os ditames constitucionais, nos permite entender que além da garantia dos direitos do devedor, há que se priorizar a satisfação dos direitos do credor, visto que é o devedor que está em débito com a obrigação assumida.

Para tanto, invoca-se os ensinamentos da Hermenêutica Contemporânea, que prega a multiplicidade de verdades e que viabiliza, através do processo interpretativo sob a luz de aspectos filosóficos e ontológicos, a atribuição de novos sentidos ao mesmo texto legal.

Resta claro que há um choque entre direitos fundamentais tanto do devedor quanto do credor. Com isso, é por meio da análise do julgador, ao levar em consideração as peculiaridades do caso concreto e decidir com critérios de equidade, aplicando o juízo de ponderação, que se buscará o equilíbrio entre as partes e se estará aproximando o sentimento de justiça à relação jurídica.

Enfim, devemos nos desapegar ao tradicional modelo jurídico estritamente positivista, deixando de aplicar a norma em sua literalidade e buscando, sempre, a sua aplicação em conformidade com as particularidades que o caso apresenta, através da criação, por meio de novos processos interpretativos, de distintos sentidos dado ao texto legal. Dessa forma entendemos ser possível a relativização da impenhorabilidade do bem de família, na intenção de manifestar uma decisão fundada na justiça para todas as partes envolvidas.

#### REFERÊNCIAS

- ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- BATISTA, Magno Alexandre Silveira. *Bem de família ofertado: penhorabilidade ou impenhorabilidade?* In: Revista Jurídica da Unifil. Londrina. Ano IX, nº. 9, p. 149 – 167, 2012. Disponível em:  
[http://www.unifil.br/portal/servicos/publicacoes/revista\\_juridica/revista\\_juridica\\_\\_ano\\_ix\\_%E2%80%93\\_n\\_10\\_%E2%80%93\\_2012/](http://www.unifil.br/portal/servicos/publicacoes/revista_juridica/revista_juridica__ano_ix_%E2%80%93_n_10_%E2%80%93_2012/). Acesso em 28 de outubro de 2012.
- BRASIL. Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916. *Código Civil*. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm). Acesso em 07 de novembro de 2012.
- \_\_\_\_\_. Lei 8.009, de 29 de março de 1990. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8009.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8009.htm). Acesso em 27 de outubro de 2012.
- \_\_\_\_\_. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em 27 de outubro de 2012.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- FORNI, Tatiane de Lara. *Possibilidade de penhora do bem de família e do salário à luz do projeto de lei nº 51/2006*. Orientador: Prof. Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior. São Paulo: [s.n.], 2007. Disponível em: [http://www.univem.edu.br/cursos/tc\\_direito/tatiane\\_lara.pdf](http://www.univem.edu.br/cursos/tc_direito/tatiane_lara.pdf). Acesso em 25 de outubro de 2012.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, vol. VI: direito de família. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Nota técnica estima o déficit habitacional brasileiro*. Disponível em:  
[http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=18179](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=18179). Acesso em: 14 de outubro de 2013.
- LIBRELOTTO, Priscila Bresolin. *A flexibilização da impenhorabilidade no processo de execução por quantia certa: análise legislativa e doutrinária*. Ijuí: UNIJUI, 2011. Disponível em:  
<http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/492>. Acesso em 26 de outubro de 2012.
- MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. *A pré-compreensão e a compreensão na experiência hermenêutica*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 62, 1 fev. 2003. Disponível em:  
<http://jus.com.br/artigos/3711>. Acesso em: 14 outubro de 2013.
- REDONDO, Bruno Garcia. *Projeto de Novo CPC e impenhorabilidade: sugestão normativa para generalização da relativização restrita*. In: Temas Atuais de Processo Civil. Vol.1, nº 3, p. 38 – 55, 2011. Disponível em:  
[http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/images/stories/revista/2011-09/Temas\\_Atuais\\_3\\_4.pdf](http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/images/stories/revista/2011-09/Temas_Atuais_3_4.pdf). Acesso em 25 de outubro de 2012.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família: Lei 10.406 de 10.01.2002*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

### 1.2.9 O protagonismo e as reinvenções do sistema democrático: Uma reflexão sobre as proposições de Robert Dahl<sup>1</sup>

Thiago Kozorosky Palmeiro<sup>2</sup>  
Francini Feversani<sup>3</sup>

#### Resumo

A realidade contemporânea tendentemente democrática é um reflexo de uma sociedade que buscou seus direitos e sua soberania em um contexto em que a democracia possuía um teor meramente utópico. A construção do protagonismo do sistema democrático teve como pano de fundo os inúmeros processos de reinvenções e aperfeiçoamentos dessa instituição que vislumbra adequar-se aos paradigmas axiológicos e aos projetos e objetivos de uma sociedade. O artigo foi fundamentado sobre a estrutura propositiva de Robert Dahl e, sobre reflexões de ordem experimental de quem ainda faz parte das reformulações deste sistema. O referido ensaio tem o intento de narrar a construção da democracia desde sua gênese, permeando entre seu conceito, critérios e adequações elucidando uma realidade em que a sociedade reassume a soberania em um contexto onde quem sobrepujava era o despotismo.

**Palavras-chave:** Democracia. Reinvenções. Governo. Sociedade.

#### 1. Introdução

Vive-se em um Estado regido por leis que expressam as diretrizes comportamentais, jurídicas e valorativas. Neste Estado impera o governo popular, ou o autogoverno, compreendendo-se que o povo é o soberano que delega funções a seus respectivos representantes.

O processo de sua construção é penoso e cotidiano, tratando-se de obra em constante adaptação e aperfeiçoamento. Nesse contexto, a ciência jurídica objetiva a acompanhar as constantes mudanças sociais, sendo imperativo comum a compreensão de que o Direito deve ser pautado por uma certa flexibilidade para acompanhar os avanços sociais. Mas e a democracia, será que ela acompanhou a evolução de tais processos?

Este ensaio, sobre a estrutura propositiva de Robert Dahl complementado por reflexões e questionamentos dos reais atores do sistema democrático, objetiva a analisar as possíveis releituras decorrentes do conceito flutuante de democracia que, através dos tempos, vem ganhando novos contornos e incorporando novas ferramentas. Visa também, a elucidar como a sociedade chegou ao estágio atual pontuando cada etapa da construção de uma nova democracia que insiste em se fazer nova. Para se atingir aos objetivos propostos, utiliza-se como método de abordagem o dedutivo, analisando-se as premissas gerais de forma a se alcançar as conclusões, ainda que parciais, de pesquisa.

Assim, o desvendar da construção do protagonismo democrático fundamentado nas reinvenções do autogoverno é construído neste artigo a partir da gênese da democracia perpassando pelo seu conceito e respectivos critérios estruturais, abordando a relação com as circunstâncias atuais de um mundo globalizado de forma a mapear a época e sociedade inserida.

#### 2. A gênese e os avanços da formulação democrática

Seria cômodo acreditar, sem um prévio questionamento, que o processo histórico de construção da democracia teve início há aproximadamente 2.500 anos, na Grécia antiga, conforme Wolkmer (2006).

Para Dahl (2001), as condições propícias para o surgimento da democracia ocorreram em diferentes localidades e em diferentes épocas, com sociedades pré-políticas que traziam consigo valores de igualdade e determinado senso de justiça. Porém, destaca-se que tais povos eram providos de certa inocência e desconhecimento das benesses econômicas e políticas advindas do domínio sobre outros povos, pois, quando essas sociedades fixaram-se

<sup>1</sup> Artigo elaborado como projeto de pesquisa do Curso de Direito da Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA.

<sup>2</sup> Aluno do Curso de Direito da FADISMA – 2º Semestre – email: thiagopalmeiro@gmail.com.

<sup>3</sup> Professora do Curso de Direito da FADISMA – email: [francini.feversani@fadisma.com.br](mailto:francini.feversani@fadisma.com.br).

em decorrência da agricultura e do comércio, vislumbraram esse domínio oportunizando o aparecimento de governos despóticos e opressores.

Em 500 a.C, tais condições ressurgem em sociedades mais avançadas e a democracia é reinventada pelas cidades-estados gregas com seu expoente em Atenas, com a duração de aproximadamente dois séculos. Segundo Dahl (2001), foram os gregos que instituíram o termo *demokratia*, no qual: *demos*, significa o povo e *kratos*, governar, “o governo do povo”. Têm-se então, o que atualmente é denominada democracia direta.

Segundo Maciel (2008), governo assentava-se em uma assembleia geral de participação restrita aos cidadãos, na qual eram privados os direitos políticos dos estrangeiros e dos escravos. Prezando pela igualdade, os cidadãos eram escolhidos por sorteio para o exercício de seus deveres públicos onde inexistia o método da eleição. Nessa assembleia não somente eram decididas as atribuições públicas dos cidadãos como eram deliberadas as soluções práticas para as demandas sociais vigentes.

Aproximadamente na época em que surgiu a democracia na Grécia, em Roma é introduzido um governo popular designado por república, onde: *res*, em latim significa coisa ou negócio, e *publica*, do povo, “o negócio do povo”. A república conforme Dahl (2001) diferenciava-se da democracia apenas em sua nomenclatura, pois o conceito de governo popular era basicamente o mesmo. A exemplo da democracia grega, na república romana os direitos políticos eram restritos a pequenos grupos, no caso os Patrícios ou aristocratas, que com o transcorrer da história foram dividindo os direitos com os Plebeus ou pobres, que garantiram a participação no governo através de muita luta e persistência.

Na tentativa da consolidação dos povos subjugados, os romanos foram disseminando sua república além dos limites da Itália e, não obstante, atribuíam a cidadania romana com os mesmos direitos e deveres dos romanos genuínos. Entretanto, conforme Dahl (2001), em 130 a.C a ditadura de Júlio César sobrepujou a república romana que, de qualquer forma, permaneceu por maior tempo a todo governo popular existente até então. Salvo em tribos esparsas, a democracia em grande escala e politicamente estruturada vem a reaparecer cerca de mil anos após sua extinção.

Os Vikings também deixaram um legado consistente para o governo popular com as assembleias regionais e posteriormente nacionais e representativas, por volta de 930 d.C. Essas assembleias, ou *Ting* como eram chamadas, foram implantadas precisamente na Islândia, Noruega, Dinamarca e Suécia, consubstanciando tradições que, embora não estabelecessem conexões diretas com as assembleias atuais, favoreceram e influenciaram fortemente em suas aparições, conforme Dahl (2001).

No norte da Itália por volta de 1.100 d.C, Dahl (2001) denota o ressurgimento de focos isolados de governos populares em pequenas cidades-estados que deram origem a determinadas cidades italianas, como Florenza e Veneza, por exemplo. Eram cidades prósperas de rica produção intelectual e com destaques na arquitetura, música, pintura, urbanismo e poesia. Esse cenário marcou o fim da idade média e ilustrou o início do Renascimento. Entretanto, no século XV mais uma vez os governos autocráticos tomam o poder, reaparecendo a democracia somente em meados do século XIX, na Inglaterra, com o governo representativo.

Paim (2010), atenta para a classificação de Huntington sobre as frentes de adesões a democracia pelos países independentes a partir de 1828, século XIX, designando como primeira, segunda e terceira onda democrática, a saber:

Para Huntington, essa primeira onda durou aproximadamente um século (de 1828 a 1926). Nessa primeira onda, de 64 nações independentes, 24 eram democráticas, (equivalentes a 45,3%), seguindo-se a brutal reversão ocorrida entre 1922 e 1942 (nesse último ano, as nações independentes haviam se reduzido a 61, e apenas 12 – 19,7% - preservaram no sistema democrático). A segunda onda de democratização transcorreu entre 1943 e 1962. Devido à derrocada dos sistemas coloniais, em 1962 o número de estados ascendia a 111, elevando-se as nações democráticas a 36, isto é, 32,4%. A segunda reversão tem lugar entre 1958 e 1975. Em 1973, para 122 estados nacionais havia apenas 30 (24,6%) democracias. Em 1990, as nações democráticas equivalem a 58 (45% do total). Esta seria a terceira onda (PAIM, 2010: p.7/8).

Segundo na classificação de Huntington, Paim (2010) apresenta o grupo de posicionamentos dos países enquadrados em suas respectivas ondas democráticas, como segue: o primeiro seguimento é constituído por países que não alteraram seu sistema político, mas sim, este foi insuficiente para manter a democracia participando tanto dos ciclos da



democratização quanto da reversão, formado por Argentina, Brasil, Peru, Bolívia e Equador, na América Latina e Turquia e Nigéria em outros continentes; o segundo seguimento é constituído por países que fizeram parte do processo de democratização da primeira onda, porém sem sustenta-lo, mas acabaram tendo sucesso na segunda como Alemanha, Itália, Áustria, Japão, Venezuela e Colômbia, ou estão próximos de alcança-lo na terceira como Espanha, Portugal, Grécia, Polônia, Coréia e Checoslováquia; o terceiro segmento é constituído pela Índia, Filipinas, Uruguai e Chile, países que interromperam o sistema democrático após tê-lo estabilizado por longo período; o quarto seguimento é constituído por países que sofreram a transição abrupta de um sistema totalitário estável diretamente para a democracia, como Romênia, Bulgária, Taiwan, México, Guatemala, El Salvador, Honduras e Nicarágua.

Existem critérios distintos para reconhecer se o país é efetivamente democrático ou não, e, dentre os levantamentos atuais, destaca-se o publicado por Olivon (2013), onde os critérios incorporados são: processo eleitoral e pluralismo, liberdades civis, funcionamento do governo, participação política e cultura política. Segundo Olivon (2013), de 167 nações, 116 possuem algum tipo de democracia diferenciando-se entre plena, imperfeita e regimes híbridos, sendo os 51 países restantes classificados como regimes autoritários.

Posto o panorama histórico, o que segue é uma democratização dos países ante o descrédito dos governos autocráticos, das ditaduras militares, das oligarquias hereditárias, enfim, dos antagonistas do governo popular. Muitos dos países que ainda sobrevivem com tais governos, travestem-se de populares tirando partido de alguns arranjos e instituições tipicamente democráticas, não se fazendo suficiente para tanto. A real democracia demanda muito mais que simples artifícios políticos, ela demanda, fundamentalmente, do controle e da vontade de uma nação.

### 3. Afinal, o que é democracia?

A busca para a definição sobre o que é realmente democracia é de solução tão controversa e improvável quanto seu próprio destino. Conceitos e doutrinas divergem, e, sobre o que está posto, a definição de democracia estritamente como um sistema de governo, ainda que complexa, parece passível a tentativas. Todavia, a proposição deste artigo foi pautada na compilação de teorias, experimentações e reflexões para sua melhor formulação.

Alguns questionamentos e abstrações convergem para essência do sistema democrático, dentre eles, destaca-se os mais relevantes, a saber: Porque em cargos eletivos a exigência da qualificação profissional parece inexistir ante as qualificações exigidas pelo mercado de trabalho? Afinal, gerir um país deve ser mais complicado que gerir uma empresa! E porque isso fere alguns princípios democráticos? A democracia, nesse caso, não estaria sobrepujando algumas questões que nos parecem, evidentemente, beneficiar a sociedade? E o povo, será que teria o condicionamento necessário para resolver as complexas demandas impostas pelo mundo moderno?

Tais questionamentos e, muitas vezes, a falta de uma argumentação consistente por parte dos defensores do autogoverno, fomentaram a busca por respostas mais substanciais do que meramente ratificar o "valor transcendental" alcançado pela democracia.

Voltando-se as reflexões, a realidade empiricamente sugere parecer mais lógico ater-se a questões objetivas e pragmáticas do que meramente valorativas. Todavia, além do imediatismo, depara-se com uma espécie de oligarquia dos preparados se oportunizar apenas os que possuem nível superior, ou demais qualificações específicas, em um país em que não oferece condições iguais a todos. Não obstante, as principais deliberações do governo não demandam puramente de questões de conhecimento científico, mas também de questões éticas e valorativas. Os especialistas, no caso de governos populares, incumbiriam-se de questões específicas.

Mas se o foco fosse o desenvolvimento econômico, a exemplo da China, sendo implementada uma economia de mercado e aumentada exaustivamente à jornada de trabalho, mesmo que para isso fossem instituídos governos centralizados e totalitários, não acelerar-se-ia o desenvolvimento?

Talvez sim, mas além da cultura político-social do povo ser diferente as potencialidades a serem exploradas pelo país também as são, ademais, o povo não elegeu a democracia em virtude tão somente do desenvolvimento que ela tenderia a propiciar, mas, precipuamente, da legitimidade do controle do governo pelo povo. Hoje se tem um objetivo, amanhã outro, e dele só o povo é sabedor.

Então, qual o preço que se paga pelo desenvolvimento? Tem-se que a democracia abarcaria o desenvolvimento se agregado ao bem estar social, a autodeterminação das aspirações e a liberdade para mudança de planos e objetivos, sendo o povo depositários da soberania, no qual, governaria seu próprio país do seu próprio jeito.

E isso não seria perigoso? Determinados grupos não ficariam a mercê das necessidades de grupos majoritários? Pois seria nesse ponto que interviria o direito, com uma constituição bem elaborada garantidora do bem estar social e dos direitos fundamentais, defendendo não só o impulso progressista do ser humano, mas questões de ordem igualitária e requerentes de certo altruísmo. São em focos de impasse como esse que o debate e a informação alternativa fazem-se necessários, pois o povo precisa, com propriedade, entender algumas intervenções estatais em prol de causas transcendentais e não somente oportunas, ademais, ainda não foi pensado em um sistema livre de escolhas, onde nestas, invariavelmente, algumas não seriam prejudicadas.

Para tal, o sistema democrático fundamenta-se em rede e conexões de confiança, tanto entre os cidadãos como entre os cidadãos e as instituições estatais. Afinal, são delegadas decisões tanto as instituições quanto a sociedade, tornando a democracia um complexo sistema e, muitas vezes, questionável por isso. Até mesmo pensadores como Rousseau (2011), outrora, questionaram a democracia temerosos de que degenerasse para a anarquia. É bem verdade que, em sua época, o autogoverno não soava nada promissor, pois ainda não haviam sido criados mecanismos e instituições para seu pleno desenvolvimento. Contudo, o que hoje se questiona são justamente alguns arranjos e instituições democráticas e não o sistema democrático em si.

Logo, com a referida busca de soluções a tais questionamentos, tem-se a tentativa de abstração da essência de um sistema democrático, como segue: a democracia é uma obra social de caráter continuado, inacabado, servindo tão somente aos anseios de um povo sob a égide de um ordenamento jurídico consubstanciado por este. Uma obra passível a aperfeiçoamentos e as mudanças sociais, vislumbrando o desenvolvimento e, não obstante, a igualdade política e o estabelecimento do controle do governo pelo povo.

### 3.1 Critérios democráticos

A construção de um sistema democrático, como visto, é bastante complexa e pode se configurar sob diversas formas. Existem alguns modelos de democracia, que serão abordados em capítulos posteriores, em que há certas adaptações e variações da mesma, contudo, sem perder o caráter democrático estabelecido. Abaixo, os cinco critérios essenciais do caráter democrático:

**Participação efetiva** - Antes de ser adotada uma política pela associação, todos os membros devem ter oportunidades iguais e efetivas para fazer os outros membros conhecerem suas opiniões sobre qual deveria ser esta política.

**Igualdade de voto** - Quando chegar o momento em que a decisão sobre a política for tomada, todos os membros devem ter oportunidades iguais e efetivas de voto e todos os votos devem ser contados como iguais.

**Entendimento esclarecido** - Dentro de limites razoáveis de tempo, cada membro deve ter oportunidades iguais e efetivas de aprender sobre as políticas alternativas importantes e suas prováveis consequências.

**Controle do programa de planejamento** - Os membros devem ter a oportunidade exclusiva para decidir como e, se preferirem, quais as questões que devem ser colocadas no planejamento. Assim, o processo democrático exigido pelos três critérios anteriores jamais é encerrado. As políticas da associação estão sempre abertas para a mudança pelos membros, se assim estes escolherem.

**Inclusão dos adultos** - Todos ou, de qualquer maneira, a maioria dos adultos residentes permanentes deveriam ter o pleno direito de cidadãos implícito no primeiro de nossos critérios. Antes do século XX, este critério era inaceitável para a maioria dos defensores da democracia. Justifica-lo exigiria que examinássemos por que devemos tratar os outros como nossos iguais políticos (DAHL, 2001: p.49).

Estes critérios foram estabelecidos para garantir a igualdade política entre os membros e, caso haja a violação de algum deles, há prevalência de determinados grupos em detrimento de outros. Igualdade política advinda de oportunidades iguais de livre informação e debate para exposições de propostas e deliberações subsequentes, conforme Dahl (2001).

#### 4. A construção do protagonismo

Até início do século XX, não se questionava a prevalência dos governos não democráticos sobre os democráticos. Esse cenário era justificado pela suposta incapacidade da população em gerir um governo, cabendo o mister aos mais sábios, segundo Dahl (2001). De fato, no sistema democrático as incertezas são maiores por sua complexidade, natureza e grau de competição entre os atores, ou seja, pela heterogeneidade de interesses e objetivos envolvidos.

Por tais circunstâncias, por vezes, o povo era subjugado pelos autocratas, quer seja pelo teor psicológico de suas argumentações, quer seja por coerção física imposta pelos militares do governo.

O revés da ideologia popular, para Vovelle (2012), teve por início na revolução francesa e americana, marcos das reivindicações populares que elucidaram uma realidade de exploração e acenderam ideais transformadores na população. Em decorrência, o povo vislumbrou ser possível desvencilhar-se das amarras de um governo despótico e opressor, para então, finalmente, reassumi-lo.

Paim (2010) cita Huntington versando sobre suas proposições das ondas democráticas, mapeando a construção do protagonismo da democracia que vem alastrando-se até os dias atuais. Huntington, conforme supracitado, designa a primeira onda, ocorrida entre 1828 a 1926, onde de 64 nações independentes 24 eram democráticas. Na segunda onda, 1943 a 1962, de 111 nações independentes 36 eram democráticas, e, na terceira onda, de 1990, o número de nações democráticas oscila entre 58 e 60. É atribuída essa oscilação atual, para Paim (2010), dentre outras razões, a institucionalização da democracia nos países do leste europeu com o fim da União Soviética em contraponto as baixas democráticas na América do Sul.

Contudo, até o cenário de tendência democrática virar uma realidade, Dahl (2001) elencou três condições essenciais e duas favoráveis para a instauração e estabelecimento da democracia. E antes de apresentar os motivos pelo então protagonismo democrático, faz-se assaz importante elucidar as condições propícias para sua instituição.

Condições essenciais: a) controle dos militares e da polícia - pois representam uma forte ameaça interna para a democracia; b) cultura política e convicções democráticas - é essencial, principalmente, para a consolidação do sistema; c) nenhum controle estrangeiro hostil à democracia - potências como União Soviética e Estados Unidos, por exemplo, por motivos políticos e financeiros, tanto impediram como cessaram os já existentes sistemas democráticos de determinados países.

Condições favoráveis: a) uma sociedade e uma economia de mercado modernas - pois gera desenvolvimento econômico e decorrentes recursos para investimentos na otimização da qualidade de vida e estruturação do Estado. Além de descentralizar as decisões econômicas, impedindo que os recursos fiquem somente a disposição do governo, circunstância que fomenta o surgimento de estados absolutos; b) Fraco pluralismo subcultural - evita que algumas culturas subjuguem as demais ou que impossibilitem acordos ou resoluções de conflitos de forma democrática.

Importante salientar, ilustrando a relevância da cultura política e do controle dos militares, ou seja, duas das condições essenciais para a instituição da democracia, a atual situação do Egito. Oriundo de governos autocráticos e, muito em virtude dessas duas condições, depôs seu primeiro presidente eleito democraticamente em menos de dois anos. As circunstâncias convergem para acreditarmos que o cenário criado até então desfavoreceu o estabelecimento da democracia no país. Tem-se aí, uma constatação da substancial relevância das condições elencadas por Dahl, até que outro revés venha a acontecer.

##### 4.1 Causas para predileção

Dahl (2010) versa sobre a tendência atual dos países à adesão das condições supracitadas, as quais, embasariam o implemento e a disseminação do sistema democrático. Tais adesões são advindas empiricamente de algumas vantagens que os países regidos pelo autogoverno apresentaram até então, elencadas por Dahl (2010):

a) A democracia ajuda a evitar o governo de autocratas cruéis e corruptos: líderes totalitários, como assim denota a história, impuseram suas convicções, ideologias e até mesmo crenças religiosas sob as custas da exploração do povo, tirando partido da estrutura do estado

para tanto. Situação criada em nome de uma causa própria, de apenas um indivíduo, ficando evidente e livre de maiores esclarecimentos, as vantagens do autogoverno ante a situação posta.

b) A democracia garante a seus cidadãos uma série de direitos fundamentais que os sistemas não democráticos não concedem: se considerarmos os critérios democráticos elencados no capítulo 3 como participação efetiva, igualdade de voto, aquisição de entendimento esclarecido, controle definitivo do planejamento político e a inclusão veremos a impossibilidade de governos autocráticos de rivalizarem com tais disposições.

c) A democracia garante a seus cidadãos uma liberdade pessoal mais ampla do que qualquer alternativa viável a ela: a liberdade de expressão e de plena participação política refletidas nas possibilidades da vida civil, lógico, sob restrições legais com as quais o povo mesmo propõe, ilustra o grau de liberdade proporcionado pelo sistema democrático.

d) A democracia ajuda as pessoas a proteger seus próprios interesses fundamentais: consequência da admissão do poder soberano, ou seja, na condição de depositário do poder, o povo tem a legitimidade de defender seus próprios interesses.

e) Apenas um governo democrático pode proporcionar uma oportunidade para as pessoas exercitarem a liberdade da autodeterminação, ou seja, viverem sob leis de sua própria escolha: a possibilidade dos cidadãos manifestarem-se antes de uma lei ser promulgada, ou seja, de participar de seu processo ativamente, mesmo que suas proposições não tenham sido atendidas, já fazem parte da construção de um processo deliberativo.

f) A democracia promove o desenvolvimento humano mais plenamente do que qualquer opção viável: pois proporciona as condições para exercitar os debates, ponderar seus interesses e resolver de forma diplomática os problemas que todos enfrentam. Considerar não somente os seus, mas os objetivos da coletividade exercitando a honestidade, justiça, solidariedade e o amor ao próximo.

g) Apenas um governo democrático pode promover um grau relativamente elevado de igualdade política: dentro dos critérios da democracia está a igualdade política, jamais alcançada por outra forma de governo.

h) As democracias representativas modernas não guerreiam umas com as outras: os países com sistemas democráticos, empiricamente, se relacionam de forma mais diplomática distanciando-se cada vez mais das guerras. Isso advém do exercício das resoluções de conflitos e/ou interesses que quase sempre são feitas onde uma parte tem que ceder, exercitando o diálogo, debate e, principalmente, priorizando a ordem e a paz. Essa relação favorece também a economia, muito em decorrência do livre mercado, da não restrição estatal com determinados tipos de relações econômicas e da boa relação entre os países oriundas das práticas democráticas de resoluções diplomáticas. A prova está nos dados, pois nenhuma das 34 guerras internacionais ocorridas entre 1945 a 1989 ocorreu entre países democráticos, valendo também para o período anterior a 1945.

i) Países com governos democráticos tendem a ser mais prósperos do que países com governos não democráticos: nas circunstâncias de um mundo globalizado o mercado aberto, a comunicação facilitada e a economia não regulada pelo estado favorecem as relações econômicas e culturais entre os países.

A construção do protagonismo foi pautada nas vantagens supracitadas, onde o capitalismo de mercado e a globalização, facilitadoras do processo, ajudaram a abrir as fronteiras econômicas, políticas e culturais para subsidiar a implementação e disseminação do sistema democrático.

#### **4.2 Capitalismo e democracia**

Em tempos de globalização, onde o conceito sobre o próprio tempo troca constantemente de sentido, o capitalismo apenas consubstancia sua própria acepção. O modelo econômico americano, com o fim da guerra fria, encontra menos entraves para sua disseminação onde subsidia a democracia e, não obstante, marca uma nova era na economia mundial.

Os reflexos de uma economia capitalista de mercado para o sistema democrático são assaz satisfatórios, influenciando precipuamente na descentralização do controle do governo sobre a economia. Onde uma economia planificada, coordenada tão somente pelo Estado, fomenta o surgimento de governos totalitários criando subsídios para tanto. Não obstante, com as entidades econômicas sob a luz dos ditames do mercado e com a concorrência dos diversos atores envolvidos, o capitalismo mostra-se mais eficiente na produção de bens e



serviços do que qualquer alternativa viável, pois estrutura financeiramente o Estado criando recursos para assistir as demandas prioritárias como educação e segurança pública, por exemplo.

Dentre as evidências experimentadas e corroborando com o protagonismo construído pelo sistema democrático, Dahl (2010) aponta que as democracias representativas modernas resistiram apenas a países com uma economia predominantemente de mercado, sendo taxativo quando afirma que a democracia jamais permaneceu em países com economias planificadas.

Todavia, dentre as inúmeras vantagens, existem determinadas resistências ideológicas quanto ao capitalismo de mercado que influenciam diretamente na democracia. Discorrem sobre bitolar a sociedade em decorrência do alto grau de competitividade entre os atores, direcionando suas vidas tão somente ao trabalho e ao acúmulo de capital em detrimento a consciência humanitária e ao bem estar social. Circunstância defendida por Santos (2001):

A perversidade sistêmica que está na raiz dessa evolução negativa da humanidade tem relação com a adesão desenfreada aos comportamentos competitivos que atualmente caracterizam as ações hegemônicas. Todas essas mazelas são direta ou indiretamente imputáveis ao presente processo de globalização (SANTOS, 2001: p.20).

Tais posicionamentos podem ser determinantes para o rumo do sistema democrático, haja vista que outras ameaças já não fazem parte do imaginário popular. Ponderações de ordem humanitária e social não podem ser desconsideradas, pois aumentando a liberdade aumenta-se também a responsabilidade, e, visto que para sobrevivência do sistema democrático, nas circunstâncias atuais, o modelo econômico capitalista é imprescindível, a responsabilidade social e a consciência humanitária devem ser mais bem trabalhadas.

#### 4.3 Partidos políticos e democracia

A inserção dos partidos políticos no capítulo da construção do protagonismo democrático se dá por tratar-se de uma instituição que, de regra, representa as inúmeras vertentes ideológicas da sociedade (ou deveria representar), contribuindo para consolidação do sistema.

Qual seria então o melhor sistema a ser adotado, o bipartidário, preferido pelas democracias de fala inglesa, ou o multipartidário? Como anteriormente posto, a democracia depende muito da cultura política do país, porém, acredita-se que o sistema multipartidário, independente do caráter político adotado, mais representaria os princípios democráticos por oportunizar as propostas de todos os núcleos.

Mas se a representatividade atualmente é baixa e, dificilmente os partidos seguem a ideologia proposta, qual seria a diretriz teórica ao adotar um partido? Como é de fundamental importância posicionar-se, ter opiniões e predileções no cenário político, os conceitos, ainda que incertos de esquerda e direita, seriam o melhor norteador ideológico para tanto.

Mas afinal, o que é efetivamente esquerda e direita? Uma boa explanação que elucida a realidade de tais posicionamentos foi dada pelo pensador Hélio Jaguaribe:

“ (...) A esquerda moderna visa ao máximo de bem-estar social, com o decorrente intento de minimização das diferenças sociais, dentro de condições compatíveis com a satisfatória preservação da competitividade internacional da respectiva sociedade. A direita moderna visa ao máximo de eficácia e de competitividade, para a respectiva sociedade, dentro de condições compatíveis com satisfatórios níveis de bem-estar social e de redução das desigualdades.”  
(JAGUARIBE, apud. PAIM, 2010: p.30/31).

O fato é que os partidos políticos não se denominam de direita por ser considerado esse um conceito atualmente pejorativo. Já a esquerda é moderada, por motivos progressistas e por questões de competitividade e sobrevivência econômica. Os partidos políticos atingiram um estágio intermediário onde se torna cada vez mais dificultoso sua fiel representatividade, e, ainda mais penoso, escolher uma ideologia para filiar-se em meio a tamanhas vicissitudes e ponderações políticas. Contudo, para a construção do protagonismo democrático, fizeram-se de fundamental importância.

#### 5. As reinvenções e os novos mecanismos do autogoverno

A sociedade contemporânea assumiu um caráter ideológico democrático. A última etapa da construção desse processo foi a decorrência do período pós-guerra fria, no final da década de 80. O capitalismo é sintomático da liberdade preconizada pela democracia, assim



como, a globalização, que, apesar de imposta pelos EUA para disseminação de seu modo de vida, demanda de certa liberdade para seu pleno gozo.

Assim como inúmeras vantagens, a globalização trouxe consigo, também, algumas desvantagens. Com a abertura das fronteiras econômicas os EUA, maior potência econômica mundial, tiraram partido da alta qualidade de seus produtos para disseminá-los mundialmente, conforme Santos (2001). Alguns países com potencialidades econômicas distintas, como o Brasil, por exemplo, expoente mundial na exportação de alimentos, conseguiram alavancar suas economias posta às facilidades de negociação encontradas pela abertura das fronteiras.

Porém, para os países menos desenvolvidos, torna-se dificultoso tirar partido dessas “vantagens” por não possuírem tais potencialidades, pois disponibilizam apenas de uma pequena produção para sua própria subsistência. Não obstante, até dentro de suas fronteiras, esses países veem perdendo mercado pela invasão desleal dos produtos externos propiciada pela globalização.

Ou seja, com os contornos assumidos pela democracia, onde o capitalismo, de certa forma, subsidia e estrutura a mesma, ainda o sistema democrático não ultrapassa as fronteiras de seus respectivos países pondo em pauta uma resolução de caráter global. Tais resoluções são sujeitas a tratados e organizações internacionais, dos quais, nem todos os países são signatários, mas todos ainda possuem soberania suficiente para não submeter-se a tais prescrições.

Enquanto na esfera internacional possuem apenas focos democráticos, ainda que tendentemente majoritários, onde a democracia não se faz plena e unívoca, determinados problemas tornam-se difíceis de serem solucionados. E na esfera nacional, como tratar dos problemas econômicos em países que já aderiram à democracia? Quais os contornos que a democracia vem tomando, ou deveria tomar, para adaptar-se tanto ao capitalismo e a globalização, quanto às mudanças de sua própria sociedade? A sociedade, então, efêmera como jamais vista, será que a resolução, tanto para os problemas econômicos como os de toda ordem, estaria em readaptar os mecanismos democráticos, ou se estaria meramente insistindo em uma instituição já defasada? Afinal, quais foram às reinvenções e os novos mecanismos criados pelo autogoverno para sua sobrevivência?

### 5.1 As reinvenções do sistema democrático

A história mostra os possíveis caminhos que uma sociedade pode tomar diante as graves crises políticas e sociais, onde, sem exceção, as sobreviventes tiram profundas lições na escolha de cada trajeto traçado. Como anteriormente citado, já não se receia às benesses que a adesão ao sistema democrático pode proporcionar, porém, o que ainda é passível a questionamentos, são as reinvenções de algumas instituições do mesmo.

Trazer à tona a autocracia e o despotismo já não faz parte do ideário político-social, a tarefa agora é saber como perpetuar o sistema sem ferir seus institutos. Para tanto, far-se-á um apanhado geral nos avanços feitos até então, que, além de modelarem a democracia em sua sociedade, foram responsáveis diretos por sua sobrevivência.

Desde o berço da democracia política na Grécia, o sistema democrático passou por diversas adequações em decorrência a fatores que influenciaram e influenciam diretamente a sociedade, a saber: localidade geográfica; dimensões territoriais; estrutura política; constituições; cultura; época; influências externas; sistemas econômicos; influências militares. Contudo, a democracia encontrou uma maneira para adequar-se aos parâmetros predeterminados, visto que a primeira, na Grécia antiga, apresenta-se completamente distinta da encontrada hoje, porém, não perdendo seus pressupostos.

Para Maciel (2008), a democracia na Grécia antiga em 500 a.C, mais precisamente em Atenas, era o que tem-se hoje por democracia direta, onde um grupo seletivo de homens reuniam-se em praça pública, a ágora ateniense, deliberando sobre questões de ordem política. Destacando-se a inexistência das eleições, pois as atribuições públicas eram decididas mediante sorteio, por assim acharem justo, e, atentando também para a ausência da inclusão dos adultos, pois somente os cidadãos gregos, uma parcela restrita da população, tinham a regalia de constituírem as assembleias.

Posteriormente, em Roma, segundo Dahl (2001), a democracia perpetua-se com os mesmos princípios, onde os Patrícios, os cidadãos de Roma, com o tempo e por questões de estratégia política, difundiram os direitos aos Plebeus, a classe pobre da época. Não há um entendimento pacificado quanto ao poder das assembleias populares de Roma frente ao senado, ou seja, não se tem um consenso entre os doutrinadores sobre a real relevância das

decisões políticas dessas assembleias. Entretanto, a democracia Romana, a mais duradoura de todos os tempos, permanecendo cerca de 500 anos, teve fim em 130 a.C. com a ditadura de Júlio César.

Por volta de 930 d.C. os Vikings desenvolveram o embrião da democracia representativa atual, as *Ting*, que eram assembleias regionais e posteriormente nacionais e representativas. Não estabeleceram conexões diretas com as assembleias atuais, mas influenciaram substancialmente em suas aparições, conforme Dahl (2001).

Com o desenvolvimento das assembleias em escala nacional, vislumbrou-se a possibilidade da implantação da democracia, outrora somente possível em unidades pequenas, agora em estados e países de grandes extensões territoriais. Desde o século XVIII, a democracia representativa vem sendo aplicada a países como EUA, França, Grã Bretanha, Noruega, Japão e Índia, por exemplo, conforme Dahl (2001). Efetua-se por meio de eleições, onde são escolhidos os representantes públicos responsáveis pelas demandas sociais vigentes. Com a representatividade, surgiu uma nova estrutura de instituições democráticas, que, diferentemente das pequenas unidades, agora se fazem necessárias para gerirem grandes extensões territoriais.

Contudo, apesar da democracia representativa ser instituída no século XVIII, foi somente no século XX que os direitos, com pouquíssimas exceções, foram estendidos a toda população e não somente a um seleto grupo como anteriormente. Consubstanciada essa realidade, Dahl (2001) viu a necessidade de nomear esse tipo específico de democracia passando a denominá-la por Democracia Poliarquica.

Poliarquia, do grego, palavras que remetem a “muitos” e “governo”, portanto, “o governo de muitos”. Dahl (2001) defende que só a Democracia Poliarquica apresentou os seis seguintes institutos: funcionários eleitos; eleições livres, justas e frequentes; liberdade de expressão; fontes de informação diversificadas; autonomia para as associações; cidadania inclusiva.

Atualmente, todos os países plenamente democráticos apresentam essas seis instituições resguardadas as devidas singularidades. Entretanto, apesar de tais instituições, seguidamente encontra-se alguma deficiências no sistema, decorrente de determinada inadequação política. Tratando-se de Brasil, dentre outros fatores, nota-se um distanciamento popular pelo sentimento de frustração com as instituições representativas e com a falta de efetividade das ações da população.

Na era da informação digital, da globalização e da releitura de conceitos informacionais e até dos próprios conceitos de tempo e distância, a sociedade surpreende reinventando a democracia e a forma de se fazer presente no curso político de seu país. Ferramentas inovadoras como as redes sociais deflagram a potencialidade representativa da nova sociedade e o subterfúgio dos parâmetros comodistas ditados pelos representantes. Políticas assistencialistas alienadoras e, até mesmo, a nova forma de vida implantada pelos americanos, tomaram-se o tempo e o interesse pela política, resgatados agora por mecanismos puramente democráticos, mas com a cara da nova sociedade, dos novos tempos. Tem-se a ciberdemocracia.

## 5.2 Ciberdemocracia: a hipertrofia do novo mecanismo

Vislumbrando uma plataforma que propiciasse maior autonomia informativa, fomentando, para tanto, a interação entre seus usuários, a internet despreziosamente encheu os olhos dos grandes empresários tomando proporções inimagináveis para seus criadores. O caráter social foi se perdendo, contudo, sem almejar qualquer intervenção política em sua proposta inicial, a mesma valia-se de profundos princípios democráticos como a liberdade de expressão e os meios alternativos para informação.

Com a abrupta adesão popular, a sociedade confrontou-se com uma realidade que mudara os conceitos de tempo, espaço e informação, gerando redes de conexões entre seus usuários transcendendo as barreiras geográficas adentrando de vez na era digital.

As informações, conforme Levy (2003), agora livres dos filtros políticos e ideológicos das mídias sociais, desprenderam-se também, das diretrizes Estatais. Na esfera nacional, o povo, então, conformado com a política alienadora do governo representativo, despertou para as circunstâncias que estavam sendo impostas. Conhecidas as potencialidades dessa nova ferramenta, cria-se então, o conceito de ciberdemocracia.

A sociedade evolui paralelamente a esses mecanismos de intervenções políticas e, subitamente, tirando partido dos mesmos. A ciberdemocracia hoje, segundo Levy (2003), é

vista nas deliberações de algumas demandas legislativas, na transparência de algumas plataformas virtuais do governo, nos debates e nas construções de entendimentos na plataforma virtual, nas associações em rede, no planejamento para manifestos, dentre inúmeros aspectos que, logo após o término deste artigo, eclodirão outros tantos.

Como exposto, a ciberdemocracia não é um tipo de democracia propriamente dita, mas um mecanismo de participação popular, de cunho político, que vem desenhando os novos contornos da sociedade contemporânea.

Oportuno versar, com um caráter mais pontual, porém, servindo como expressão dos sintomas desse novo mecanismo, sua influência direta nas manifestações de junho de 2013. Muito se questiona a efetividade desse mecanismo até pelo tempo de inoperância e comodismo da sociedade. Foi constatado que, por si só, tais iniciativas, puramente virtuais, talvez não sejam suficientes para o desenvolvimento de uma nova realidade. Mas, tendo o passado e o presente como parâmetros, e, tomando-se como parte de um processo de reconstrução de valores e princípios inerentes ao primeiro passo de manobras mais efetivas, fica explícita sua relevância.

Afinal, para toda e qualquer mudança de atitude o primeiro passo é fundamental, porém, ele nunca vem pronto, acabado, livre de erros e aperfeiçoamentos. Contudo, é o primeiro passo, podendo ser aprimorado e evoluído para algo mais efetivo, e, nunca desconsiderado. Ou, em pleno século XXI, alguém ainda duvida de alguma reinvenção democrática?

## 6. Considerações finais

Estruturado pelas proposições de Dahl, este artigo teve por objetivo elucidar a construção do protagonismo democrático em seu processo de reinvenção e adequação para tanto. O referido ensaio, além da estrutura propositiva de Dahl, traz também reflexões e questionamentos de ordem experimental, denotando a perspectiva de quem ainda vivencia as transformações deste sistema.

Partindo do pressuposto de que a democracia é uma obra em constante aperfeiçoamento, se pôde permear entre cada etapa desse processo até que se tivesse um panorama de sua relação contemporânea com o mundo globalizado. Destas fases, puderam-se extrair alguns parâmetros axiológicos que alicerçaram o sistema democrático até os dias atuais, mas que deram margem às flexões inerentes a uma instituição que vislumbra melhor comportar uma sociedade de valores e anseios flutuantes.

Constata-se que a sociedade atual, em sua maioria, é propensa ao desenvolvimento regimentado por valores sociais, primando por uma perspectiva coletiva, e, de certa forma, com valores de liberdade arraigados, mas com o reconhecimento de que a intervenção Estatal se faz oportuna para a garantia de tal circunstância. A responsabilidade social é o imperativo em um mundo que conquistou determinada liberdade econômica, conformando a busca do equilíbrio entre a garantia dessa liberdade e a preocupação com a desigualdade social em suas mazelas de todo gênero.

Assim, a democracia luta diariamente refletindo os anseios de uma sociedade que, então, se fez soberana. Afinal, o povo muda constantemente de planos e objetivos, onde a democracia muda por questões de sobrevivência, pois, se houver um dia em que tais mudanças já não mais ocorrerem, esse dia será tido como o dia em que a democracia chegou ao fim.

## REFERÊNCIAS

- DAHL, Robert A. **Sobre a Democracia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.
- LEVY, Pierre. **Ciberdemocracia**. Portugal: Instituto Piaget, 2003.
- MACIEL, José Fábio Rodrigues. **História do Direito**. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- OLIVON, Beatriz. **Noruega é o País mais Democrático; Brasil é 44º**. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/mundo/noticias/noruega-e-pais-mais-democratico-brasil-e-44o?page=1>>. Acesso em 10 de out. 2013.
- PAIM, Antonio. **A Questão Democrática**. São Paulo: 2010.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. Bauru: Edipro, 2011.
- SANTOS, Milton. **Por Uma Outra Globalização**. 6ªed. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- VOVELLE, Michel. **A Revolução Francesa**. São Paulo: Unesp, 2012.
- WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de História do Direito**. 3ªed. 2ªtir. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

### 1.2.10 O (não) reconhecimento dos direitos autorais como direito da personalidade: relações entre direitos morais e patrimoniais<sup>1</sup>

Jonathan Freitas Marques<sup>2</sup>  
Karoline Rodrigues de Melo<sup>3</sup>  
Viviane Teixeira Dotto Coitinho<sup>4</sup>

#### Resumo:

Este artigo apresentará uma discussão teórica acerca dos direitos da personalidade com destaque para os direitos autorais a fim de demonstrar como os reflexos patrimoniais podem contribuir para que se torne comum a atividade de reprodução e/ou apropriação da palavra de outrem. Para tanto, inicialmente serão tecidas considerações sobre os direitos da personalidade bem como seu conceito e suas principais características. Em seguida, serão apresentadas algumas das disposições legais que regem a temática do direito autoral e, por fim, serão realizadas as considerações finais a respeito da falta de reconhecimento do direito autoral como um direito da personalidade.

**Palavras-chave:** Direitos da personalidade. Direitos autorais. Proteção à intelectualidade.

#### Introdução:

Conforme sabemos, existe uma ordem jurídica que protege as pessoas de modo a garantir-lhes os direitos dos quais dispõe. Nesse sentido, cada vez mais é comum, nas sociedades, o reconhecimento dos direitos que podem ser apreciados economicamente, entretanto, existem aqueles valores os quais não são mensuráveis pecuniariamente, haja vista que nascem com a pessoa e, portanto, são inatos, intransmissíveis e, sobretudo, irrenunciáveis. São os chamados **direitos da personalidade** os quais muitas vezes passam despercebidos por grande parte das pessoas.

Desse modo, daremos destaque, neste trabalho, dentre os direitos da personalidade, ao das criações intelectuais por considerarmos um tema que merece ser discutido, uma vez que, comumente, ocorre a transmissão desautorizada da produção intelectual acarretando em violação de direito autoral.

Em vista disso, objetivamos com este trabalho realizar uma reflexão acerca das criações intelectuais como um direito da personalidade, tendo em vista o alto índice de apropriação do conteúdo intelectual do outro, sobretudo, no âmbito acadêmico no qual ainda hoje muito se presencia atitudes que configuram o plágio não só em trabalhos simplórios de graduação, mas também em monografias de final de cursos de graduação e pós-graduação e, até mesmo, em dissertações de mestrado e teses de doutorado.

Assim, inicialmente, discutiremos sobre os direitos da personalidade estudando seu conceito e suas principais características a fim de aclarar ao leitor esse tema jurídico, em seguida, centraremos no direito de proteção à palavra, para tanto, apresentaremos algumas disposições legais referentes aos direitos autorais de modo a atestar que a transmissão da palavra bem como a divulgação de escritos está amparada legalmente, devendo, portanto, ser respeitado como um direito intrínseco ao indivíduo, característica própria do direito da personalidade.

## 2. Direitos Autorais como próprios da personalidade

O Código Civil brasileiro passou por importantes alterações, dentre elas, destacamos a inserção de um capítulo destinado aos *direitos da personalidade* no Código Civil de 2002, o que evidencia uma inovação no perfil da codificação civil brasileira na medida em que é abandonado o caráter patrimonial que reinava no Código de 1916, fruto de uma sociedade agrária e conservadora. Nesse viés, emerge a preocupação com a esfera extrapatrimonial,

<sup>1</sup> Artigo apresentado à disciplina Direito Civil I da Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA) como requisito parcial de avaliação.

<sup>2</sup> Acadêmico do 2º semestre do curso de Direito da FADISMA. E-mail: jonatham4@gmail.com

<sup>3</sup> Acadêmica do 2º semestre do curso de da FADISMA. E-mail: karol.melo@hotmail.com

<sup>4</sup> Mestre em Direito pela UNISC e professora das áreas de Teoria do Direito e Direito Civil da Faculdade de Direito de Santa Maria. E-mail: vivianecoitinho@fadisma.com.br



destinando maior atenção ao indivíduo, ideia essa que vai ao encontro da proposta da Constituição Federal de 1988, a *Constituição Cidadã*.

Em vista disso, a maior atenção aos direitos não determináveis pecuniariamente constitui a essência dos direitos da personalidade, na medida em que esses são inerentes ao ser humano e à sua dignidade. Assim, os direitos da personalidade podem ser definidos como “direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual” (AMARAL apud GONÇALVES, p. 157, 2013).

A matéria pode ser vislumbrada no Código Civil (2002), nos artigos de 11 a 21 os quais apresentam alguns<sup>1</sup> desses direitos e como são tutelados, além de apresentar suas particularidades. No Código Civil são expressas duas características: intransmissíveis e irrenunciáveis; entretanto, a doutrina apresenta outras, as quais são fundamentais para o entendimento dos direitos extrapatrimoniais, dentre elas destacamos as seguintes: absolutos, imprescritíveis, impenhoráveis e extrapatrimoniais.

De maneira geral, entende-se por *intransmissível e irrenunciável* que os titulares dos direitos não podem transmiti-los a outrem, abandonando-os, haja vista que nascem com as pessoas e com elas devem extinguir-se. *Absoluto*, por sua vez, significa que os direitos da personalidade “são tão relevantes e necessários que impõem a todos um dever de abstenção, de respeito. Sob outro ângulo, têm caráter geral, porque inerentes a toda pessoa humana” (GONÇALVES, 2013, p. 158). Ao afirmar que o direito é *imprescritível* quer dizer que o direito da personalidade não se extingue, nem pelo uso nem com o passar do tempo<sup>2</sup>. Por *impenhorável* compreende-se que os direitos não podem ser penhorados e, por fim, por *extrapatrimonial* entende-se a ausência de conteúdo patrimonial **direto** mesmo que sua lesão acarrete efeitos econômicos.

Conforme sabemos, para as regras existem exceções, dessa forma devemos ter cautela quanto às generalidades. Nesse sentido, queremos chamar a atenção para as características: intransmissíveis, irrenunciáveis, impenhoráveis e extrapatrimoniais. Para a maioria dos direitos da personalidade tais como o direito à vida, à honra, à liberdade, ao nome e ao corpo elas se adéquam perfeitamente, entretanto, gostaríamos de atentar para o fato de alguns atributos da personalidade permitirem a cessão de seu uso, é o caso dos **direitos autorais**.

Segundo afirmam Gagliano & Pamplona Filho, acerca dos direitos autorais:

(...) dividem-se em direitos morais (estes sim direitos próprios da personalidade) e patrimoniais (direitos de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica, perfeitamente avaliável em dinheiro) do autor. Assim, é correto dizer que, em princípio, os direitos da personalidade são considerados extrapatrimoniais, não obstante, sob alguns aspectos, principalmente em caso de violação, possam ser economicamente mensurados. (p. 146, 2008).

Em virtude do exposto, podemos perceber que o direito autoral tem atributos de natureza patrimonial e moral, assim, as características mencionadas acima merecem algumas ressalvas ao tratarmos dos direitos autorais uma vez que mesmo sendo um direito da personalidade o qual não pode ser penhorável, há casos em que alguns desses direitos podem ter reflexos patrimoniais, conforme corrobora Gonçalves (p. 159, 2013). Segundo o autor, alguns dos direitos podem ser cedidos para “fins comerciais mediante retribuição pecuniária, como o direito autoral e o direito de imagem, por exemplo. Nesses casos, **os reflexos patrimoniais dos referidos direitos podem ser penhorados**”.

Desse modo, percebemos que essa particularidade referente aos direitos autorais contribui para uma ideia de afastamento do direito de proteção à palavra como um direito da personalidade na medida em que este defende que sejam salvaguardadas, também, a vida, a honra, a dignidade, a integridade física, dentre outros, cujas principais características estão relacionadas à impenhorabilidade e, sobretudo, à extrapatrimonialidade.

Assim, a transmissão da palavra e a divulgação de escritos estão no mesmo patamar dos direitos elencados acima, contudo, em razão da possibilidade de serem valorados economicamente, os direitos autorais aproximam-se daqueles patrimoniais e são visto, muitas

<sup>1</sup> De acordo com Gonçalves (2013), o número de direitos da personalidade não se limita ao exposto nos artigos 11 a 21, para ele, é impossível imaginar uma quantidade determinada de direitos e acrescenta que podem ser considerados direitos da personalidade o direito a alimentos, ao planejamento familiar, ao leite materno, ao meio ambiente ecológico, à velhice digna, ao culto religioso, à liberdade de pensamento, ao segredo profissional, à identidade pessoal etc.

<sup>2</sup> A prescrição do direito não deve ser confundida com a prescrição da ação de reparação de dano civil, essa deve obedecer aos prazos prescricionais determinados em lei, ao passo que o direito em si não prescreve.



vezes, na perspectiva de um objeto sem consideração ao momento de sua criação que envolve a inteligência e o pensamento daquele que produz, logo, componentes inerentes ao psiquismo humano. Sob essa ótica é que o direito autoral é considerado direito da personalidade e, portanto, acreditamos que esse aspecto precisa ser aclarado para as pessoas, pois a partir disso será possível diminuir a desvalorização da atividade intelectual.

### 3. Breve disposição sobre aparato legal por detrás da proteção dos Direitos Autorais no Brasil

No Brasil, foi possível identificar a primeira noção legal de direitos autorais em 1827, no documento que instaurava os dois primeiros cursos de Ciências Jurídicas no país. Conforme exposto no Art. 7º da lei de 11 de agosto de 1827, garantia-se a proteção aos materiais elaborados pelos professores para ministrarem suas disciplinas:

Art. 7.º - Os Lentes farão a escolha dos compêndios da sua profissão, ou os arranjarão, não existindo já feitos, contanto que as doutrinas estejam de acordo com o sistema jurado pela Nação. estes compêndios, depois de aprovados pela Congregação, servirão interinamente; submetendo-se porém à aprovação da Assembléia Geral, e o Governo os fará imprimir e fornecer às escolas, *competindo aos seus autores o privilégio exclusivo da obra, por dez anos.* [grifo nosso]

Percebemos, desse modo, que a proteção ao direito autoral não data de tempo recente haja vista que desde a época do Império objetivava-se salvaguardar as produções intelectuais. Para comprovar que essa temática não surgiu com o CC de 2002, ao contrário do que muitos podem pensar, é importante atentarmos para a Convenção de Berna firmada em 1886 em Paris, a qual se destina à proteção das obras literárias e artísticas e da qual o Brasil faz parte. Conforme o exposto no Art. 2º da Convenção de Berna, chama-nos a atenção a delimitação do que os direitos do autor abrangem, tais como textos, músicas, obras de arte, pinturas e esculturas e até mesmo as obras tecnológicas como programas de computador e bases de dados eletrônicas, delimitações tais que hoje se fazem presente na Lei dos Direitos Autorais. Ademais, é importante a ressalva que consta na própria Convenção de que os direitos autorais protegem apenas expressões concretas, ou seja, as **obras**, deixando de fora, portanto, o campo das ideias.

De acordo com Castro (2010),

Somente a partir desta Convenção internacional que o Brasil incluiu em seu texto constitucional a proteção dos direitos de autor aos brasileiros e estrangeiros residentes no país, insculpida na Constituição de 1891, ainda que a Constituição do Império, de 1824, já dispusesse em seu art. 179, XXVI, os princípios de proteção aos direitos de propriedade industrial. Após a primeira Constituição republicana, nossa primeira norma específica de direitos de autor foi editada através da Lei nº 496, de 1º de agosto de 1898, contemplando a proteção às obras literárias, científicas e artísticas, seguida pelo Código Civil de 1916, que estabeleceu normas semelhantes dentre os arts. 649 e 673, que passou a regular a matéria. Depois disso, veio a lei de direitos autorais anterior à vigente, a Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973, revogada pela atual lei autoral de 1998, que também revogou expressamente os citados artigos do antigo Código Civil.

Após essa breve retomada histórica, deteremo-nos na legislação atualmente em vigor no Brasil sobre os direitos autorais. A proteção ao direito autoral passou a ser efetivamente moldada e consolidada<sup>1</sup> em 1998, com a promulgação da Lei 9.610/98, a Lei dos Direitos Autorais (LDA), e, sobretudo, com o Código Civil Brasileiro de 2002.

De maneira geral, a LDA dispõe sobre os direitos do autor abarcando o que é considerado passível de proteção, quais as razões são determinantes para definir o autor de uma obra, dentre outros aparatos legais relacionados às obras intelectuais. Todavia, é de nosso interesse o destaque aos capítulos II, “Dos Direitos Morais do Autor” e III, “Dos Direitos Patrimoniais do Autor e de sua Duração” incluídos no Título III, “Dos Direitos do Autor”. Consoante tais disposições, o infrator poderá ser penalizado civilmente por danos *morais* e *patrimoniais* que causar ao elaborador da obra e/ou detentor dos direitos autorais.

<sup>1</sup> Entendemos por “moldada e consolidada” quando um assunto é discutido na doutrina, já possui uma palpável jurisprudência e, dessa forma, atinge o social. Por essa razão, em 1998, quando surge a Lei dos Direitos Autorais (LDA), mais conhecida como Lei 9.610/98, é onde há o primeiro resquício de posituação e trabalho com esse assunto, já que por meio do referido ato normativo que se tem uma “base” mais tangível, embora possa haver jurisprudência anterior a esse ato. É essa lei que orientou as futuras decisões e discussões acerca do tema.

Nesse sentido, percebemos que a preocupação em salvaguardar os direitos morais, com destaque ao Art. 27 da referida lei no qual: “*Os direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis.*”, demonstra a similitude com os direitos da personalidade, pois, conforme essas características é possível notarmos que o direito autoral é um direito da personalidade.

Todavia, há ainda a proteção aos direitos patrimoniais do autor, cuja seção na LDA é composta por dezessete artigos, ao passo que a seção dos direitos morais é composta por quatro artigos o que demonstra a prevalência dos reflexos patrimoniais sobre os direitos morais, contribuindo, desse modo, para um afastamento da percepção do direito autoral como um direito da personalidade.

Então, tendo em vista que os direitos autorais possuem atributos tanto morais quanto patrimoniais, é salutar destacarmos que:

O direito moral possui determinadas características, pois é um direito: personalíssimo de obras intelectuais, e somente ele poderá exercê-lo; irrenunciável, significando que o autor não pode desprezar os seus direitos morais; imprescritível por ser reclamado por via judicial a qualquer tempo; perpétuo; inalienável, pois, mesmo cedendo seus direitos patrimoniais, autor conserva ser direito moral; impenhorável contra todos (*erga omnes*); extrapatrimonial, pois não comporta quantificação pecuniária. (CASTRO, 2010).

Com base nas características referidas é que o direito autoral é considerado um direito da personalidade, sobretudo em virtude de a produção ser fruto de atividade intelectual, ou seja, do psiquismo humano. Sem dúvidas, o trabalho de produção merece seu reconhecimento que pode vir, na forma de pecúnia, por essa razão, o direito autoral possui atributos patrimoniais, os quais estão previstos entre os artigos 28 e 45 da LDA. Defendemos, entretanto, que os direitos morais devem gozar de mesma ou maior visibilidade do que os direitos patrimoniais, pois, dessa forma, a produção intelectual será vista como um direito da personalidade, o que tende a contribuir para que seja mais respeitada na sociedade.

Uma das maneiras de proteger os direitos do autor é estabelecer sanções as quais, civilmente, estão previstas nos artigos 101 a 110 da lei 9.610/98 em caso de violação dos direitos autorais. Conforme constatamos, há a predominância de sanções que visam salvaguardar os direitos patrimoniais do autor, ao passo que a minoria delas objetiva proteger os direitos morais. Com o intuito meramente exemplificativo, selecionamos as sanções as quais consideramos mais relevantes e separamos em duas categorias. A primeira delas diz respeito às sanções que, predominantemente, protegem os atributos patrimoniais:

Art. 103. Quem editar obra literária, artística ou científica, sem autorização do titular, perderá para este os exemplares que se apreenderem e *pagar-lhe-á o preço dos que tiver vendido.*

Parágrafo único. Não se conhecendo o número de exemplares que constituem a edição fraudulenta, *pagará o transgressor o valor de três mil exemplares*, além dos apreendidos.

Art. 104. *Quem vender, expuser a venda*, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a **finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto**, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior.

Art. 107. Independentemente da perda dos equipamentos utilizados, **responderá por perdas e danos, nunca inferiores ao valor que resultaria da aplicação do disposto no art. 103** e seu parágrafo único, quem: [...]

Art. 109. A execução pública feita em desacordo com os arts. 68, 97, 98 e 99 desta Lei sujeitará os responsáveis **a multa de vinte vezes o valor que deveria ser originariamente pago.**

Conforme exposto, podemos vislumbrar através dos termos em destaque que tais sanções civis são destinadas a punir atitudes que estejam voltadas ao uso das produções intelectuais para fins lucrativos, desse modo, entendemos que prevalece o caráter patrimonial do direito autoral, haja vista que o foco da sanção está na punição para aqueles que usufruírem dos atributos pecuniários provenientes da obra. Tais assertivas podem ser corroboradas através das expressões “*Quem vender, expuser a venda*”, “*com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto*”, “*a multa de vinte vezes o valor que deveria ser originariamente pago*”, as quais denotam o teor econômico da relação entre a obra produzida e seus fins lucrativos.

As sanções morais, por sua vez, podem ser vislumbradas nos seguintes artigos:

Art. 105. A transmissão e a retransmissão, por qualquer meio ou processo, e a comunicação ao público de obras artísticas, literárias e científicas, de interpretações e de fonogramas, **realizadas mediante violação aos direitos de seus titulares**, deverão ser imediatamente suspensas ou interrompidas pela autoridade judicial competente, sem prejuízo da multa diária pelo descumprimento e das demais indenizações cabíveis, independentemente das sanções penais aplicáveis; caso se comprove que o infrator é reincidente na violação aos direitos dos titulares de direitos de autor e conexos, o valor da multa poderá ser aumentado até o dobro.

Art. 106. A sentença condenatória poderá determinar a destruição de todos os **exemplares ilícitos**, bem como as matrizes, moldes, negativos e demais elementos utilizados para praticar o ilícito civil, assim como a perda de máquinas, equipamentos e insumos destinados a tal fim ou, **servindo eles unicamente para o fim ilícito**, sua destruição.

Art. 108. Quem, na utilização, por qualquer modalidade, de obra intelectual, **deixar de indicar ou de anunciar, como tal, o nome, pseudônimo ou sinal convencional do autor e do intérprete**, além de responder por danos morais, está obrigado a divulgar-lhes a identidade da seguinte forma:

I - tratando-se de empresa de radiodifusão, no mesmo horário em que tiver ocorrido a infração, por três dias consecutivos;

II - tratando-se de publicação gráfica ou fonográfica, mediante inclusão de errata nos exemplares ainda não distribuídos, sem prejuízo de comunicação, com destaque, por três vezes consecutivas em jornal de grande circulação, dos domicílios do autor, do intérprete e do editor ou produtor;

III - tratando-se de outra forma de utilização, por intermédio da imprensa, na forma a que se refere o inciso anterior. [grifo nosso]

A nosso ver, as sanções elencadas acima são consideradas predominantemente morais em virtude de as punições serem voltadas às atitudes que de certa maneira desrespeite o produtor e/ou responsável pela obra. É que pode ser constatado a partir de expressões como “a transmissão e a retransmissão [...] realizadas mediante violação aos direitos de seus titulares”, “servindo eles unicamente para o fim ilícito”, “deixar de indicar ou de anunciar, como tal, o nome, pseudônimo ou sinal convencional do autor e do intérprete” as quais demonstram que determinadas atitudes atingem diretamente a imagem da pessoa (produtora ou responsável da obra) podendo, inclusive, denegri-la, haja vista que ao ser usada para fins ilícitos, bem como não garantir os devidos créditos ao autor são atos que violam os direitos dos titulares e, portanto, haja vista que tais sanções destinam especial atenção às questões morais é que assim as classificamos.

Atualmente, é tanta a demanda social em busca de proteção aos direitos autorais que a resposta da lei em relação a esses direitos não se restringe apenas à esfera civil. Na esfera penal frisa-se também a proteção dessas garantias<sup>1</sup>, imputando uma resposta penal conforme disposto no artigo 184 do CP o qual prevê punição àquele que desrespeitar o direito autoral, sua redação diz:

Art. 184. Violar direitos de autor e os que lhe são conexos: (Redação dada pela Lei nº 10.695, de 1º.7.2003)

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa. (Redação dada pela Lei nº 10.695, de 1º.7.2003)

§ 1º Se a violação consistir em reprodução total ou parcial, com **intuito de lucro direto ou indireto**, por qualquer meio ou processo, de obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma, sem autorização expressa do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor, conforme o caso, ou de quem os represente: (Redação dada pela Lei nº 10.695, de 1º.7.2003)

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 10.695, de 1º.7.2003)

§ 2º Na mesma pena do § 1º incorre quem, com o intuito de **lucro direto ou indireto**, distribui, **vende, expõe à venda, aluga**, introduz no País, adquire, oculta, tem em depósito, original ou cópia de obra intelectual ou fonograma reproduzido com violação do direito de autor, do direito de artista intérprete ou executante ou do direito do produtor de fonograma, ou, ainda, **aluga original ou cópia de obra intelectual ou fonograma**, sem a expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente. (Redação dada pela Lei nº 10.695, de 1º.7.2003)

§ 3º Se a violação consistir no oferecimento ao público, mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para recebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, **com intuito de lucro, direto ou indireto**, sem autorização

<sup>1</sup> Título III – Dos crimes contra a propriedade imaterial, Capítulo I- Dos crimes contra a propriedade intelectual, Art. 184 (para nosso foco) do Código Penal Brasileiro.

expressa, conforme o caso, do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor de fonograma, ou de quem os represente: (Redação dada pela Lei nº 10.695, de 1º.7.2003)

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 10.695, de 1º.7.2003)

§ 4º O disposto nos §§ 1º, 2º e 3º não se aplica quando se tratar de exceção ou limitação ao direito de autor ou os que lhe são conexos, em conformidade com o previsto na Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, nem a cópia de obra intelectual ou fonograma, em um só exemplar, para uso privado do copista, sem intuito de lucro direto ou indireto.” (Incluído pela Lei nº 10.695, de 1º.7.2003)

Não há dúvidas de que a proteção às criações intelectuais na esfera penal por meio da punição em caso de violação tem maior poder intimidatório, demonstrando, dessa forma, a tentativa de efetividade dos direitos autorais e, principalmente, a importância do respeito à criação intelectual, haja vista que no CP, na elaboração legal do artigo 184, percebemos um agravamento na punição do infrator, tornando ainda mais séria essa conduta. Essa previsão legal em várias esferas do Direito contribui para que o respeito aos direitos autorais ganhe espaço e, assim, propicie um acréscimo no número de profissionais que serão amparados juridicamente, conforme disposto normativamente.

De acordo com o exposto no artigo 184, no tocante às sanções penais para aqueles que violarem direito autoral, identificamos que as penas previstas são resultantes de atitudes voltadas à violação aos danos patrimoniais, pois expressões em destaque, tais como “*lucro*”, “*vende*”, “*expõe à venda*”, “*aluga*” remetem ao campo semântico de viés econômico. Essa particularidade corrobora a ideia de que a violação de direito autoral está direcionada mais diretamente às questões patrimoniais, o que implica na predominância do ponto de vista de que o direito autoral está ligado aos “produtos” prontos para consumo, tais como livros, pinturas, esculturas, composições musicais disponíveis em CDs etc.

Ao prevalecer esse ponto de vista, tem-se a ideia, sobretudo no senso comum, de que aquelas criações não desenvolvidas com o intuito de venda, mas possivelmente para a obtenção de um título como o de mestre ou doutor ou até mesmo para a obtenção de certificado de conclusão de um curso de graduação, por exemplo, não desfrutam dos mesmos direitos daquelas produções intelectuais criadas para fins lucrativos. Por essa razão, é comum a violação ao direito autoral, sobretudo, no que se refere à apropriação das palavras de outrem que são inseridas em produções intelectuais sem os devidos méritos aos verdadeiros autores. Casos nos quais há o desrespeito ao direito autoral são comuns de ocorrer, entretanto, poucos chegam à esfera judicial sendo, muitas vezes, deixado de lado por aqueles que têm seus direitos violados. Em nosso entendimento, a prática do *plágio* muitas vezes ocorre por desconhecimento dos direitos que o autor detém por ser considerado um direito da personalidade. Em outras palavras, o leigo no âmbito jurídico dificilmente terá conhecimento sobre o que vem a ser um direito da personalidade, quanto mais que o direito autoral é considerado um deles, todavia, ele deve saber que a produção intelectual é muito séria e que, portanto, deve ser respeitada haja vista que é fruto de atividade psíquica a qual, sabemos, denota muito raciocínio, tempo e engajamento.

Atualmente, sabemos que conhecimentos esparsos sobre a legislação brasileira chegam até as pessoas de diferentes níveis sociais e diferentes áreas do conhecimento mais por meio de conversas informais do que da leitura de um código ou lei específica, nesse sentido, tendo em vista que há o predomínio dos atributos patrimoniais na legislação referente aos direitos autorais, é esperado que se saiba mais sobre eles do que sobre as questões morais que perpassam a violação do direito autoral. Por essa razão, defendemos que nosso papel enquanto professores e demais profissionais do Direito é passar ao público noções básicas sobre os direitos dos quais dispõem os autores e responsáveis por produções intelectuais, de modo que compreendam a seriedade e a necessidade de proteção a esses direitos, a fim de diminuir a recorrência de violação de direito autoral, mais precisamente de plágios, ainda comuns em ambientes acadêmicos.

Assim, referente à legislação, defendemos que a positivação no que tange à nossa discussão é indispensável para que se faça valer o direito à propriedade intelectual, elencando uma saliência à necessidade de proteção, sob a ótica de “*sempre que forem constatadas infrações aos referidos direitos, e não sendo o caso das exceções previstas em lei, é cabível a responsabilização*” (VIEIRA & UEBEL, 2002).

Não obstante tenha amplo amparo legal **formal**, ainda é muito difícil aplicá-lo. Um dos maiores obstáculos no processo de punição do infrator é exatamente identificá-lo. Assim, na



internet, por exemplo, essa identificação torna-se ainda mais difícil, cabendo ao *hospedeiro*<sup>1</sup>, nesse caso, responder legalmente. Elencamos, ainda, a importância da interposição do autor na busca de seus direitos, reforçando a força do ato normativo e, possivelmente, reeducando o infrator.

No que diz respeito à Constituição Federal, a norma que rege a concepção de todo o Estado, esta concebe como direitos individuais e coletivos, em seu Art. 5º, a proteção aos direitos autorais, com base nos incisos XXVIII e XXVIII, a, garantindo amplamente a **inviolabilidade do direito à propriedade**. Nessa linha, Pimentel bem expõe:

Cabe destacar que a ordem constitucional econômica brasileira<sup>2</sup>, funda-se na livre iniciativa e na observância dos princípios da propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor (...) Assegurando a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei infraconstitucional. (p. 25, 2005).

E é regido nesses princípios que o desenvolvimento desse direito, em particular o da personalidade, pôde se desenvolver, exemplificando como a lei possui um caráter moldador do espaço no qual o direito atuará e se desenvolverá.

Desse modo, o ponto imprescindível para os fins de nossa discussão centra-se na existência do Art. 20 do Código Civil (CC). Este artigo, incluído no Capítulo II do Código Civil, elencado juntamente com os direitos da personalidade, detém nosso foco. O artigo 11 do mencionado Código é taxativo com sua redação “Com **exceção** dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são **intransmissíveis e irrenunciáveis (...)**”. Os Direitos Autorais fazem parte dessa exceção. A relação desse direito com a pecúnia se mostra imprescindível para a disseminação do uso desse direito, visto que uma matéria não amparada em lei é prejudicada em número (quantidade). Exemplificando, se uma matéria não é protegida por lei, a pessoa que a exerce fica sem nenhuma garantia, caso precise, ficando sujeita apenas ao entendimento do intérprete – o que varia de um intérprete para outro.

Portanto, destacamos que os direitos elencados no referido Art. 20, bem como em todo o Capítulo II do CC, são imprescindíveis para a vida na sociedade atual, visto que a demanda em relação a eles é maior, dada a valoração atribuída pelo social, em vista disso, devem ser de conhecimento do público, principalmente de que o direito autoral desfruta dos mesmos direitos que outros importantes bens jurídicos, como, por exemplo, a vida, de acordo com as devidas proporções.

### Considerações finais

Não é de hoje que o Direito detém a necessidade (e o dever) de abarcar as diferenças e particularidades que são pilares – mesmo que poucos – culturais importantíssimos. Os chamados “bens de consumo” chegam prontos ao consumidor. Em um curso de Direito, por exemplo, no qual a gama de livros e material escrito é muito usado, torna-se cômodo (e até fácil) pensar naquele objeto de estudo como “o livro pronto, o artigo pronto”, ignorando todo o processo criativo por detrás da obra e, desse modo, ajudando a disseminar uma mentalidade alheia e despreocupada a este exímio processo.

Os direitos autorais, concebidos com importância e singularidade extrapatrimonial, estando até no mesmo patamar que a vida, possui, sim, um viés também patrimonial. Este uso do direito autoral de certa forma banaliza algo que é fruto da criação, produto da singularidade que, exteriorizado, é valorado pela sociedade, também passível de venda. É exatamente essa característica que o banaliza cotidianamente, tornando rotineira essa desvalorização e, o que é ainda pior, o desrespeito com o produto intelectual já pronto.

O Direito se preocupa com esses direitos, mas com a finalidade de que ninguém poderá usar material feito por outrem acreditando “*que possam explorar comercialmente os direitos autorais de terceiros sem nada pagar a seus titulares.*” (ROSSI, 2013). Essa

<sup>1</sup> O juiz não pode deixar de dar uma resposta legal. Partindo desse princípio, e na falta da identificação de um infrator, o hospedeiro de páginas, que é o *host*, detém a incumbência de identificar “os usuários de seus serviços”. Trazendo, assim, a concepção de que esses atos são passíveis, sim, de punição. (VIEIRA & UEBEL, 2013).

<sup>2</sup> Constituição Federal de 1988, art. 170.



positivação legal<sup>1</sup> contribui positivamente na valorização (subjetiva e objetiva) dos Direitos Autorais, mas tendo importante caminho a percorrer ainda: a consolidação destes como direito da personalidade, agora fora do âmbito jurídico. O problema que, a nosso ver, foge ao jurídico, é também social: virou rotina, prática brasileira de fotocopiar livros, documentos inteiros, ou incluir em seus trabalhos produções de outras pessoas como se suas fossem, resultando em um desrespeito para com a criação. É aí que o Direito, mais uma vez, torna latente uma de suas muitas funções: o de (re)educar a sociedade. A reiteração dos direitos da personalidade, agora também no social, é preciso para que se exalte a essência, a valorização da atividade pensante.

Ressaltamos, ainda, uma análise mais profunda e centrada no que tange à adequação material<sup>2</sup> desse assunto no montante de direitos e garantias individuais (mas que atingem o coletivo). A falta de hábito e presença de uma prática reiterada de algo (costume) é um problema sério na medida em que fere minorias, nesse caso, os que produzem esse material e que, realmente, dado esse cenário, se tornam ainda menos numerosos. Essa reeducação das grandes massas já ocorre e se prova lentamente eficaz. Ressaltamos, ainda, a ação deveras imprescindível da esfera civil no que toca à punição dos infratores, tornando latente mais uma vez o aspecto educador do Direito, já que a punição dos infratores (não só na esfera civil, como na penal também) corrobora em um acréscimo motivacional voltado à criação de novas obras (literárias ou não), “uma verdadeira celebração e continuidade em prol da particularidade intelectual como atividade”, conforme muito bem explana Vieira & Uebel (p. 6, 2002)

O papel do Direito, como exposto antes, nesse cenário começa com a positivação deste assunto, o que aclama o papel educador da norma (por meio da sanção). Ademais, é preciso cautela e paciência, afinal, um processo como esse é árduo e produz (positivamente) resultados a longo prazo. Cumpre fazermos nossa parte enquanto professores e profissionais do Direito.

#### Referências

- BRASIL. *Código civil*. 13ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico; 2012.
- \_\_\_\_\_. *Código penal*. 4ª ed. São Paulo: Conceito Editorial; 2009.
- \_\_\_\_\_. *Constituição Federal*, 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal; 2008.
- \_\_\_\_\_. *Lei nº 9.610, de 19 de Fevereiro de 1998*. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. In: WILLINGTON, João; OLIVEIRA, Jaury N. de. **A nova lei brasileira de direitos autorais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 67-93.
- \_\_\_\_\_. Lei de 11 de agosto de 1827. *Crêa dous Cursos de sciencias Jurídicas e Sociaes, um na cidade de S. Paulo e outro na de Olinda*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LIM/LIM-11-08-1827.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-11-08-1827.htm)>. Acesso em: 14 de out. de 2013.
- CASTRO, Lincoln Antônio de. *Noções sobre direito autoral*. Disponível em: <[http://www.uff.br/direito/index.php?option=com\\_content&view=article&id=40%3Anocoes-sobre-direito-autoral&catid=6&Itemid=14](http://www.uff.br/direito/index.php?option=com_content&view=article&id=40%3Anocoes-sobre-direito-autoral&catid=6&Itemid=14)>. Acesso em: 14 out. de 2013.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil I Esquematizado: parte geral, obrigações, contratos*. Saraiva, 2013.
- PARIS, *Convenção de Berna para proteção das obras literárias e artísticas*. Disponível em: <<http://www.camelier.com.br/legislacao/legislacao-direitos-autorias/42/convencao-de-berna.html>>. Acesso em: 14 out. de 2013.
- PIMENTEL, Luiz Otávio. *Propriedade Intelectual e universidade: aspectos legais*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. 182 p.
- ROSSI, Paulo Roberto Visani. *Desrespeito ao Direito Autoral*. Disponível em: <<http://espacovital.jusbrasil.com.br/noticias/104000/desrespeito-ao-direito-autoral>> Acesso em: 14 set. de 2013.

<sup>1</sup> Com a Lei 9.610/98, o Art. 5º, X, XXVII, e XXVIII, a, da Constituição Federal, o Art. 20 do Código Civil consolidam a positivação, um respeito para com os Direitos Autorais e também da personalidade, somando um marco importantíssimo nas garantias individuais e singulares, próprias da atividade intelectual e do indivíduo.

<sup>2</sup> Nosso enfoque aqui, diz respeito à adequação material (de fato) no mesmo patamar dos outros direitos da personalidade. A adequação formal já existe, contudo o “ser” no tocante a este assunto carece de maior adequação.

VIEIRA, Miguel Marques; UEDEL, Paulo Antônio. *A Responsabilidade Civil dos Infratores de Direitos Autorais na Internet*. Propriedade Intelectual & Internet, Curitiba: Juruá, 2002. 6p.

### 1.2.11 O advento da Lei 9.032/1995 e o exsurgimento do instituto da desaposetação<sup>1</sup>

Luís Octávio Outeiral Velho<sup>2</sup>

#### Resumo

A desaposetação vem perpetuando-se, em razão da ausência legislativa acerca da matéria. Isso se dá, pois, com o advento da Lei 8.887/1994 extinguiu o instituto do pecúlio, o qual beneficiava o segurado no pagamento de prestação única, referente ao tempo laborado após aposentadoria, em razão das contribuições aos cofres da Previdência Social. Acontece que, com a promulgação da Lei 9.032/1995, restaurou a obrigatoriedade da contribuição para os aposentados. Porém, sem qualquer espécie de benefício ao segurado em detrimento de suas contribuições mensais.

Palavras-chave: **Constituição. Previdenciário. Aposentadoria.**

#### Introdução

A discussão do tema dá-se em face da ausência legislativa acerca da matéria. Verifica-se, conquanto à aplicabilidade deste instituto aos aposentados quem voltam ao labor, e consequentemente também contribuem à Autarquia Previdenciária. Logo, o tempo laborado após aposentadoria, fica à mercê da opacidade legislativa, isto é, não há qualquer espécie de benefício ao segurado que contribui mensalmente ao Instituto Nacional da Seguridade Social. Haja vista tal desprendimento, a tese da desaposetação visa à possibilidade do segurado renunciar à aposentadoria anterior, tendo em vista que se trata de um ato administrativo, e assim, computar o tempo laborado após aposentadoria.

#### 1. O advento da Lei 8.870/1994 e a extinção do pecúlio

O advento Medida Provisória 381, de 06/12/1993, deu origem à Lei 8.870/1994, esta, extinguiu o instituto do pecúlio que consistia em benefício devido ao segurado pelo Regime Geral da Previdência Social. “O pecúlio é benefício de prestação única, prescrevendo em cinco anos contados da data do afastamento definitivo do trabalho” (ROCHA, 2008, p. 307).

De outro modo, os filiados ao Regime Geral de Previdência social que retornassem à labuta, faziam jus ao pecúlio, porquanto, contribuía normalmente aos cofres da previdência. Contudo, após o advento da Lei 8.870/1994 os mesmos ficaram isentos de contribuição, e com isso, a consequência extinção do pecúlio.

Tendo em vista a promulgação da Lei 8.870/1994, no que tange à prescrição, trouxe dúvida quanto à fruição do prazo prescricional. Assim sendo, a Turma Nacional de Uniformização da Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais, firmou entendimento quanto à prescrição. *In verbis*:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADO QUE VOLTA A EXERCER ATIVIDADE ABRANGIDA PELO RGPS. PECÚLIO. ARTIGO 81, II, DA LEI Nº 8.213/1991, REVOGADO PELA LEI Nº 8.870/1994. DIREITO ADQUIRIDO. PAGAMENTO. PRESCRIÇÃO. ARTIGO 103 § ÚNICO DA LEI Nº 8.213/1991. TERMO INICIAL PARA FINS DE COBRANÇA. AFASTAMENTO DA ATIVIDADE. 1. O pecúlio, tal como previsto na redação originária dos artigos 81 e seguintes, da Lei n.º 8.213/1991, consistia numa prestação única paga pela Previdência Social, correspondente à devolução daquilo que o segurado aposentado exercente de atividade abrangida pelo mesmo regime pagou a título de contribuição previdenciária. 2. Com a extinção do pecúlio a partir da vigência da Lei n.º 8.870/1994, há direito adquirido ao recebimento deste benefício (artigo 5º, XXXVI, CF/1988) somente aos segurados aposentados por idade, tempo de serviço ou especial, que permaneceram ou retornaram à atividade e que vinham contribuindo até 15/04/1994. 3. Em se tratando de benefício de prestação única (artigo 184, Decreto n.º 3.048/1999), eventual direito à restituição dos valores prescreve em 05 (cinco) anos, contados a partir da data do afastamento definitivo do trabalho. 4. Inteligência do artigo 103, § único, da Lei n.º 8.213/1991; TNU,

<sup>1</sup> O presente artigo é oriundo do capítulo 2 do Trabalho de Conclusão de Curso.

<sup>2</sup> Acadêmico do 9º da Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA), inscrito na OAB/RS sob o nº 45E200, Pesquisador do grupo Direito e Sustentabilidade pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), o presente trabalho é de orientação do Professor Fábio Porto. Endereço eletrônico: octavioouteiral@hotmail.com

PEDILEF 2005.84.13.001061-3 e Súmula n.º 02 TR-JEF-3ªR. 4. Hipótese em que houve o transcurso de lapso superior a cinco anos entre o afastamento da atividade e a propositura da ação. 5. Reconhecimento da prescrição quinquenal. 6. Improcedência mantida. (DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO Data de Divulgação: 08/03/2012 100/1348 Processo nº 2005.84.13.001061-3). (grifou-se)

Por fim, “[...] o pecúlio começa a fluir a partir do afastamento do trabalhador da atividade que ele estava exercendo, e não a partir da vigência da Lei nº 8.870/1994, que extinguiu o pecúlio” (KRAVCHYCHYN, 2013, p. 537). Após o julgado da Turma Nacional de Uniformização, firmou-se tal entendimento.

Noutra banda, vejamos os Artigos. 81 a 85 da Lei 8.213/91 (Lei dos Planos de Benefícios da Previdência Social) que previam a concessão do pecúlio. *In verbis*:

Art. 81. Serão devidos pecúlios:

I - ao segurado que se incapacitar para o trabalho antes de ter completado o período de carência; (Revogado dada pela Lei nº 9.129, de 1995)

II - ao segurado aposentado por idade ou por tempo de serviço pelo Regime Geral de Previdência Social que voltar a exercer atividade abrangida pelo mesmo, quando dela se afastar; (Revogado pela Lei nº 8.870, de 1994)

III - ao segurado ou a seus dependentes, em caso de invalidez ou morte decorrente de acidente do trabalho. (Revogado dada pela Lei nº 9.129, de 1995)

Art. 82. No caso dos incisos I e II do art. 81, o pecúlio consistirá em pagamento único de valor correspondente à soma das importâncias relativas às contribuições do segurado, remuneradas de acordo com o índice de remuneração básica dos depósitos de poupança com data de aniversário no dia primeiro.

Art. 82 No caso do inciso I do art. 81, o pecúlio consistirá em pagamento único de valor correspondente à soma das importâncias relativas às contribuições do segurado, remuneradas de acordo com o índice de remuneração básica dos depósitos de poupança com data de aniversário no dia primeiro. (Redação dada pela Lei nº 8.870, de 1994) (Revogado pela Lei nº 9.032, de 1995)

Art. 83. No caso do inciso III do art. 81, o pecúlio consistirá em um pagamento único de 75% (setenta e cinco por cento) do limite máximo do salário-de-contribuição, no caso de invalidez e de 150% (cento e cinquenta por cento) desse mesmo limite, no caso de morte. (Revogado pela Lei nº 9.032, de 1995)

Art. 84. O segurado aposentado que receber pecúlio, na forma do art. 82, e voltar a exercer atividade abrangida pelo Regime Geral de Previdência Social somente poderá levantar o novo pecúlio após 36 (trinta e seis) meses contados da nova filiação. (Revogado pela Lei nº 8.870, de 1994)

Art. 85. O disposto no art. 82 aplica-se a contar da data de entrada em vigor desta Lei, observada, com relação às contribuições anteriores, a legislação vigente à época de seu recolhimento. (Revogado pela Lei nº 9.032, de 1995)

Por outro lado, o Art. 24 da Lei 8.870/1994 estabeleceu que, o aposentado que voltasse à labuta abrangida pelo mesmo regime, seria este, isento de contribuição. Com a exceção do salário família e a reabilitação profissional, conforme os artigos 18 § 2º e 11 § 3º ambos da Lei 8.213/91 estão sujeitos à contribuição. *In verbis* respectivamente:

Art. 18. O Regime Geral de Previdência Social compreende as seguintes prestações, devidas inclusive em razão de eventos decorrentes de acidente do trabalho, expressas em benefícios e serviços:

§ 2º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social-RGPS que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ele retornar, não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado. (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997).

Art. 11. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas: (Redação dada pela Lei nº 8.647, de 1993)

§ 3º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social-RGPS que estiver exercendo ou que voltar a exercer atividade abrangida por este Regime é segurado obrigatório em relação a essa atividade, ficando sujeito às contribuições de que trata a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, para fins de custeio da Seguridade Social. (Incluído pela Lei nº 9.032, de 1995).

No entanto, sobreveio a Lei 9.032/1995, a qual restaurou a obrigatoriedade da contribuição para aposentados sem direito ao pecúlio como era previsto anteriormente. Desse modo, vejamos o artigo 11 § 3º da referida Lei. *In verbis*:

§ 3º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que estiver exercendo ou que voltar a exercer atividade abrangida por este Regime é segurado obrigatório em relação a essa atividade, ficando sujeito as contribuições de que trata a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, para fins de custeio da Seguridade Social.

Ante a irrisignação dos segurados, que a partir da promulgação de mencionada Lei, tornaram-se à revelia de nova prestação previdenciária, exsurge, nesse momento o instituto da desaposentação.

## 2. Desaposentação uma nova tese

No escólio dos princípios, e de todos os regramentos constitucionais e infraconstitucionais, vêm perpetuando-se o instituto da desaposentação, o qual prima pela concessão de um novo benefício, isto é, uma nova pretensão de direito material. Logo, ter-se-á a desconstituição da aposentadoria ora percebida por um novo benefício computando, desse modo, o tempo laborado após tal concessão.

Em outras palavras, (CASTRO, 2002, p. 488):

A desaposentação é ato de desfazimento da aposentadoria por vontade do titular, para fins de aproveitamento do tempo de filiação em contagem para nova aposentadoria, no mesmo ou em outro regime previdenciário.

O instituto da desaposentação vem alastrando-se como tese, pois sobre esta, não há qualquer disposição legal a seu respeito. Nesse sentido, o legislador fora omissivo, logo, olvidou das referentes benesses ao segurado para tal situação.

Neste viés, o Tribunal Regional da 2ª Região preleciona julgado acerca da ausência de previsão legal em relação à desaposentação:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO. DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA. **DESAPOSENTAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL.** DEVOLUÇÃO DE IMPORTÂNCIAS RECEBIDAS. NÃO OBRIGATORIEDADE. JUROS DE MORA. INAPLICABILIDADE DA LEI 11.960/2009 AOS PROCESSOS EM ANDAMENTO. RECURSO DO INSS DESPROVIDO. [...] – **Não há previsão legal expressa quanto à desaposentação no Direito brasileiro. Assim, a inexistência de dispositivo legal que proíba a renúncia ao benefício previdenciário legalmente concedido deve ser considerada como possibilidade para a revogação do benefício a pedido do segurado.** (TRF-2 - APELREEX: 200950010054971 RJ 2009.50.01.005497-1, Relator: Juiz Federal Convocado ALUISIO GONCALVES DE CASTRO MENDES, Data de Julgamento: 22/02/2011, PRIMEIRA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: E-DJF2R - Data: 03/03/2011 - Página: 109)

Outrossim, em relação ao mimetismo do legislador, o doutrinador (LAZZARI, 2012, p.137) entende que:

O legislador fica devendo as normas sobre a efetivação da seguridade social, por falta de definição política reconhecida incapacidade de efetivamente atender as diretrizes constitucionais da ambiciosa matéria. Seguridade Social é uma técnica de proteção social avançada em relação à Previdência Social, capaz de integrá-la com a assistência social e incorporar as ações de saúde. Mas, mais ainda, é um esforço nacional extraordinário no sentido de um amplo atendimento à população, obreira ou não, empenho cujos objetivos estão à distância.

De outra banda, “o encontro com o direito é diversificado, às vezes conflitivo e incoerente, às vezes linear e conseqüente.” (SAMPAIO, TÉRCIO, 2008, p. 1). É de notório saber jurídico que, a sociedade sempre está à frente do direito, porém, não se justifica, muitas vezes, as pretensões de direito material ficarem à revelia de regulamentação.

Viceja grande discussão, a opacidade legislativa, a qual malsina os direitos do segurado, tornando-se necessária criação de novos institutos; para dessa maneira, garantir-



lhes a dignidade da pessoa humana à luz do baluarte constitucional. Atualmente, em razão disso, advoga a tese da desaposentação.

Arraigado no mesmo ímpeto, de regulamentar o aludido instituto, o Deputado Inaldo Leitão, é mentor do projeto de Lei nº 7.154/02, datado de 27/08/2002, onde se encontra em trâmite na Câmara dos Deputados. O presente projeto de Lei tem por objetivo alterar a Lei 8.213/91, regulamentando o instituto da desaposentação. Vejamos:

Art. 1º Fica acrescentado ao art. 54, da L. 8.213/91, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, o seguinte parágrafo único:

Art. 54 [...]

Parágrafo único. As aposentadorias por tempo de contribuição e especial concedidas pela Previdência Social, na forma da lei, poderão, a qualquer tempo, ser renunciadas pelo Beneficiário, ficando assegurada a contagem do tempo de contribuição que serviu de base para a concessão do benefício. (NR)

Art. 2º Esta lei entre em vigor na data de sua publicação.

Desta feita, convém pôr em relevo, a deslinde do instituto da desaposentação. Assim sendo, pensando sempre na benesse do segurado, atualmente, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de repercussão geral no (RE) 661256, de relatoria do ministro Ayres Brito.

A questão é discutida em razão do instituto da desaposentação, “*por meio do qual seria permitida a conversão da aposentadoria proporcional em aposentadoria integral, pela renúncia ao primeiro benefício e o recálculo das contribuições recolhidas após a primeira jubilação.*”

Nesta linha, acerca do novo instituto preleciona (BRAMANTE, 2001):

A desaposentação, *ipso facto*, trata-se de renúncia – opção. E, quando, vocacionada à conversão da aposentadoria de um regime menos vantajoso para um mais vantajoso é válida e eficaz. Nesta questão, como visto, prevalece o entendimento de que a aposentadoria é renunciável quando beneficiar o titular do direito e ou ensanchar nova aposentadoria mais vantajosa.

O tema é delineado da redação do artigo 25 da Lei 8.112/90. *In verbis*:

Art. 25. Reversão é o retorno à atividade de servidor aposentado:

I - por invalidez, quando junta médica oficial declarar insubsistentes os motivos da aposentadoria; ou

II - no interesse da administração, desde que:

- a) tenha solicitado a reversão;
- b) a aposentadoria tenha sido voluntária;
- c) estável quando na atividade;
- d) a aposentadoria tenha ocorrido nos cinco anos anteriores à solicitação;
- e) haja cargo vago.

§ 1º A reversão far-se-á no mesmo cargo ou no cargo resultante de sua transformação.

[...]

É oportuno repisar o §1º da Lei 8.112/90; “*a reversão nada mais é do que a desaposentação, pois possibilita ao servidor contar o tempo anterior para o cálculo da nova aposentadoria a ser concedida futuramente*” (LAZZARI, 2013, p. 310). Desta feita, no que versa sobre a renúncia à aposentadoria, é notório que a mesma trata-se de direito patrimonial disponível, é nesse contexto, que o Tribunal Regional da 3ª Região aduz sobre a matéria:

**DIREITO PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA AO BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO OBJETIVANDO A CONCESSÃO DE OUTRO MAIS VANTAJOSO. POSSIBILIDADE. 1. Segundo entendimento pacificado em nossos Tribunais, fundado na ausência de vedação no ordenamento jurídico brasileiro, ao segurado é conferida a possibilidade de renunciar à aposentadoria recebida, haja vista tratar-se de um direito patrimonial de caráter disponível, não podendo a instituição previdenciária oferecer resistência a tal ato para compeli-lo a continuar aposentado, visto carecer de interesse. 2. A renúncia à aposentadoria, para fins de concessão de novo benefício, seja no mesmo regime ou em regime diverso, não implica em devolução dos valores percebidos, pois, enquanto esteve aposentado, o segurado fez jus aos seus proventos. 3. Apelação da parte autora parcialmente provida. Remessa oficial improvida. (TRF-3 - APELREEX: 1757 SP 0001757-65.2012.4.03.6183, Relator: DESEMBARGADOR**

FEDERAL WALTER DO AMARAL, Data de Julgamento: 16/07/2013, DÉCIMA TURMA).

Neste magma, está calcado o entendimento da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. *In verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA. DIREITO DE RENÚNCIA. CABIMENTO. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE CERTIDÃO DE TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO PARA NOVA APOSENTADORIA. 1. Não compete ao relator determinar o sobrestamento de recurso especial em virtude do reconhecimento de repercussão geral da matéria pelo Supremo Tribunal Federal, tratando-se de providência a ser avaliada quando do exame de eventual recurso extraordinário a ser interposto, nos termos previstos no artigo 543-B do Código de Processo Civil. 2. **O entendimento desta Corte Superior de Justiça é no sentido de se admitir a renúncia à aposentadoria objetivando o aproveitamento do tempo de contribuição e posterior concessão de novo benefício, independentemente do regime previdenciário que se encontra o segurado.** 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, 6ª Turma, AGRESP 201000975090, Rel. Min. Convocado Haroldo Rodrigues, DJE: 11.10.2010) (grifou-se).

Noutras palavras, a *desaposentação*, portanto, como é conhecida no meio previdenciário, traduz-se na possibilidade do segurado renunciar à aposentadoria com o propósito de obter benefício mais vantajoso [...] (IBRAHIM, FÁBIO, 2009, p. 36). Por conseguinte, percebe-se que o referido instituto, é delineado tão somente na possibilidade do segurado computar o tempo que laborou vislumbrando nova aposentadoria.

## 2.1 A desnecessidade da devolução dos valores percebidos e a consequente inaplicabilidade do efeito *ex tunc*

No que tange a desnecessidade dos valores percebidos, isso se torna evidente, conquanto trata-se de uma pretensão de direito material e não uma revisão de benefício. Assim sendo, “*não há no que se falar na devolução dos valores recebidos como colocado, pois o princípio da irrepetibilidade dos alimentos existe para proteger a pessoa*” (OLIVEIRA, WAGNER).

Dessa forma, dá-se aplicabilidade ao efeito *ex nunc*, não só por se tratar de prestação alimentar, bem como versar sobre um direito potestativo. Acerca do tema, pronunciou-se recentemente a Turma Recursal da Seção Judiciária do Rio Grande do Sul (processo nº 2002.71.01.001034-9). Ressalta-se trecho. *In verbis*:

A renúncia a benefício previdenciário com a tal finalidade implica, necessariamente, revogação do ato de concessão de aposentadoria. Significa dizer que todas as consequências jurídicas daquele ato administrativo devem ser feitas, inclusive no que diz respeito aos valores monetários já percebidos a esse título. Inspirada a plena desconstituição da aposentadoria (com efeito *ex tunc*), não há no que se falar em aproveitamento do tempo de serviço, da carência e das contribuições que lhe deram ensejo, porquanto seria impossível a sua reintegração ao patrimônio jurídico do segurado. Entendimento diverso estaria possibilitando um *bis in idem*, no momento em que o mesmo período contributivo seria contabilizado para dois benefícios, concedidos em momentos diversos. Ademais, ao protocolar pedido administrativo de concessão de benefício, o segurado está ciente que contará com o tempo de serviço/contribuição existente até aquela data e que eventual permanência no sistema, como segurado obrigatório, não lhe possibilitará uma recontagem para fins de revisão do mesmo benefício. Não fosse assim, o aposentado que permanecesse em serviço poderia modificar o RMI de seu benefício inúmeras vezes, tornando inacabado o ato concessório.

*Data vênia*, o Superior Tribunal de Justiça, nesta senda, firma entendimento diverso. Vejamos o desprendimento do julgado, o qual a Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, preleciona sobre o efeito *ex tunc* no que versa da renúncia à aposentadoria. *In verbis*:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA NO REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. DIREITO DE RENÚNCIA. CABIMENTO. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE CERTIDÃO DE TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO PARA NOVA APOSENTADORIA EM REGIME DIVERSO. NÃO-OBIGATORIEDADE DE DEVOLUÇÃO DE VALORES RECEBIDOS. EFEITOS EX TUNC DA RENÚNCIA À APOSENTADORIA. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A renúncia à aposentadoria é perfeitamente possível, por ser ela um direito patrimonial disponível. Sendo assim, se o segurado pode renunciar à

aposentadoria, no caso de ser indevida a acumulação, inexistente fundamento jurídico para o indeferimento da renúncia quando ela constituir uma própria liberalidade do aposentado. Nesta hipótese, revela-se cabível a contagem do respectivo tempo de serviço para a obtenção de nova aposentadoria, ainda que por outro regime de previdência. Caso contrário, o tempo trabalhado não seria computado em nenhum dos regimes, o que constituiria uma flagrante injustiça aos direitos do trabalhador.

**2. O ato de renunciar ao benefício, conforme também já decidido por esta Corte, tem efeitos ex tunc e não implica a obrigação de devolução das parcelas recebidas, pois, enquanto esteve aposentado, o segurado fez jus aos seus proventos.** Inexistindo a aludida inativação onerosa aos cofres públicos e estando a decisão monocrática devidamente fundamentada na jurisprudência desta Corte, o improvimento do recurso é de rigor.

3. Agravo regimental improvido.

(STJ – Sexta Turma – Relatora Min. M<sup>ª</sup> Thereza de Assis Moura - AgRg no REsp 328.101/SC – Dje: 20/10/2008) (grifou-se)

Neste momento, é mister, trazer à baila, que o nos casos de mudança do regime previdenciário, advogando a tese do instituto da desaposentação, aplicar-se-á o efeito *ex nunc*, porquanto não há no que se falar em restituição de valores. Logo, não se fará presente, nesta senda, o efeito *ex tunc*.

Ora, face às constatações aduzidas, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça consolida tal tese, pois ratifica em julgado que, o ato de renunciar ao benefício não envolve a obrigação da devolução de parcelas. *In verbis*:

**PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR COM ARRIMO NO ART. 557 DO CPC. MATÉRIA NOVA. DISCUSSÃO. NÃO-CABIMENTO. PRECLUSÃO. RENÚNCIA À APOSENTADORIA. DEVOLUÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS. NÃO-OBIGATORIEDADE.**

1.É permitido ao relator do recurso especial valer-se do art. 557 do Código de Processo Civil, quando o entendimento adotado na decisão monocrática encontra-se em consonância com a jurisprudência dominante desta Corte Superior de Justiça.

2.Fica superada eventual ofensa ao art. 557 do Código de Processo Civil pelo julgamento colegiado do agravo regimental interposto contra a decisão singular do Relator. Precedentes.

3.Em sede de regimental, não é possível inovar na argumentação, no sentido de trazer à tona questões que sequer foram objeto das razões do recurso especial, em face da ocorrência da preclusão.

**4. A renúncia à aposentadoria, para fins de concessão de novo benefício, seja no mesmo regime ou em regime diverso, não implica em devolução dos valores percebidos, pois, enquanto esteve aposentado, o segurado fez jus aos seus proventos. Precedentes.**

5.Agravo regimental desprovido. (STJ – Quinta Turma – Relatora Min. Laurita Vaz – Ag Resp 1.107.638 – DJe: 25/05/2009) (grifou-se)

**PREVIDENCIÁRIO. MUDANÇA DE REGIME PREVIDENCIÁRIO. RENÚNCIA À APOSENTADORIA ANTERIOR COM O APROVEITAMENTO DO RESPECTIVO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. POSSIBILIDADE. DIREITO DISPONÍVEL. DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS. NÃO-OBIGATORIEDADE. RECURSO IMPROVIDO.**

1. Tratando-se de direito disponível, cabível a renúncia à aposentadoria sob regime geral para ingresso em outro estatutário.

**2. "O ato de renunciar a aposentadoria tem efeito *ex nunc* e não gera o dever de devolver valores, pois, enquanto perdurou a aposentadoria pelo regime geral, os pagamentos, de natureza alimentar, eram indiscutivelmente devidos" (REsp 692.928/DF, Rel. Min. NILSON NAVES, DJ de 5/9/05).**

3. Recurso especial improvido. (STJ – Quinta Turma – Relator Min. Arnaldo Esteves Lima – REsp 663.336/MG – DJU: 07/02/2008 – Página: 01) (grifou-se).

Neste ínterim, filiando-se a lógica decorrência dos fatos narrados, não há no que se falar em devolução dos valores percebidos, até porque, em relação a isto a Lei 8.112/1990 nada dispõe. Inclusive, o Superior Tribunal de Justiça já assentou entendimento no sentido de admitir a renúncia à aposentadoria e posterior concessão de novo benefício. Vejamos:

Está sedimentada neste Tribunal Superior a tese da desnecessidade de o segurado devolver os valores recebidos a título de aposentadoria como consequência da renúncia a esta para utilizar posterior tempo de contribuição para futura concessão de benefício da mesma natureza. (AgRg no Resp 1324196/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin DJe 24.8.2012)

À vista do exposto, a Sexta Turma Cível do Superior Tribunal de Justiça também aquiesce acerca do tema. *In verbis*:

**PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA NO REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. DIREITO DE RENÚNCIA. CABIMENTO. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE CERTIDÃO DE TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO PARA NOVA APOSENTADORIA EM REGIME DIVERSO. EFEITOS EX NUNC. DEVOLUÇÃO DE VALORES RECEBIDOS. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES. CONTAGEM RECÍPROCA. COMPENSAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO DA AUTARQUIA.**

1. É firme a compreensão desta Corte de que a aposentadoria, direito patrimonial disponível, pode ser objeto de renúncia, revelando-se possível, nesses casos, a contagem do respectivo tempo de serviço para a obtenção de nova aposentadoria, ainda que por outro regime de previdência.

2. Com efeito, havendo a renúncia da aposentadoria, inexistirá a vedação legal do inciso III do art. 96 da Lei nº 8.213/1991, segundo o qual "não será contado por um sistema o tempo de serviço utilizado para concessão de aposentadoria pelo outro", uma vez que o benefício anterior deixará de existir no mundo jurídico, liberando o tempo de serviço ou de contribuição para ser contado em novo benefício.

3. No ponto da renúncia, ressalto que a matéria está preclusa, dado que a autarquia deixou de recorrer. O cerne da controvérsia está na obrigatoriedade, ou não, da restituição dos valores recebidos em virtude do benefício que se busca renunciar.

4. **O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que o ato de renunciar ao benefício tem efeitos ex nunc e não envolve a obrigação de devolução das parcelas recebidas, pois, enquanto aposentado, o segurado fez jus aos proventos.**

[...]

(STJ - Sexta Turma – Relator Min Paulo Gallotti - REsp 557.231/RS – DJe: 16/6/2008)

O Tribunal Regional da 4ª Região, em recente acórdão, firma entendimento na esfera sobre os efeitos da renúncia, isto é, a aplicabilidade do efeito *ex nunc*, bem como a inaplicabilidade do artigo 103 da Lei 8.213/91. *In verbis*:

Art. 103. É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo.

Ante o exposto, transcreve-se o referido julgado. *In verbis*:

**PREVIDENCIÁRIO.DECADÊNCIA.DESAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA AO BENEFÍCIO PARA RECEBIMENTO DE NOVA APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE. DIREITO DISPONÍVEL. ARTIGO 181-B DO DECRETO Nº 3.048/99. NORMA REGULAMENTADORA QUE OBSTACULIZA O DIREITO À DESAPOSENTAÇÃO. ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. EFEITOS EX NUNC DA RENÚNCIA. DESNECESSIDADE DE DEVOLUÇÃO DOS VALORES PERCEBIDOS A TÍTULO DO BENEFÍCIO ANTERIOR. AUSÊNCIA DE ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. VIABILIDADE ATUARIAL. EFETIVIDADE SUBSTANTIVA DA TUTELA JURISDICIONAL.**

1. O prazo decadencial aplica-se nas situações em que o segurado visa à revisão do ato de concessão do benefício. A desaposentação, por sua vez, não consiste na revisão desse ato, mas no seu desfazimento, não havendo, portanto, prazo decadencial para que seja postulado pela parte interessada.

[..]

9. A renúncia ao benefício anterior tem efeitos *ex nunc*, não implicando na obrigação de devolver as parcelas recebidas porque fez jus como segurado. Assim, o segurado poderá contabilizar o tempo computado na concessão do benefício pretérito com o período das contribuições vertidas até o pedido de desaposentação.

(TRF 4ª. R., 5ª Turma, AC nº 5009379-36.2012.404.7201, Rel. Des. Federal Rogério Favreto, DE 15.10.2012).

Por derradeiro, é notório que, o entendimento jurisprudencial, vem prelecionando no sentido de imperar o efeito *ex nunc*, tendo em vista que é uma nova pretensão de direito material, logo, não tem caráter de revisão, não obstante de uma nova aposentadoria.

## 2.2 O prazo decadencial na desaposentação

"A desaposentação trata, em verdade, de uma prerrogativa do jubilado de unificar os seus tempos de serviço/contribuição numa nova aposentadoria" (LAZZARI, 2012, p. 606). Dessa forma, não se pode vislumbrar à aplicabilidade do artigo 103 da Lei 8.213/1991, até porque, o referente artigo é peremptório quando refere-se à decadência. *In verbis*:

Art. 103. É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a **revisão do ato de concessão de benefício**, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferida definitiva no âmbito administrativo. (grifou-se)

Contudo, no que versa sobre a prescrição, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido pela aplicabilidade do Artigo 103 da Lei 8.213/1991:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. DECADÊNCIA. ART. 103 DA LEI 8.213/1991. PEDIDO DE RENÚNCIA A BENEFÍCIO (DESAPOSENTAÇÃO). INCIDÊNCIA. REVISÃO DO ATO DE CONCESSÃO. APLICAÇÃO DA REDAÇÃO DADA PELA MP 1.523-9/1997 AOS BENEFÍCIOS ANTERIORES À PUBLICAÇÃO DESTA. DIREITO INTERTEMPORAL. MATÉRIA APRECIADA SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC.

1. Trata-se de pretensão recursal contra a aplicação do prazo decadencial do art. 103 da Lei 8.213/1991 à renúncia de aposentadoria (desaposentação).
2. Segundo o art. 103 em comento "é de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício".
3. O comando legal estipula como suporte fático-jurídico de incidência do prazo decadencial todo e qualquer direito ou ação para a revisão do ato de concessão.
4. O alcance é amplo e não abrange apenas revisão de cálculo do benefício, mas atinge o próprio ato de concessão e, sob a imposição da expressão "qualquer direito", envolve o direito à renúncia do benefício.
5. Entendimento adotado por esta Segunda Turma nos AgRgs nos RESPs 1.298.511/RS e 1.305.914/SC (Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, Dj 27.8.2012).

*Data vênia*, porquanto o instituto da desaposentação não faz jus à literatura do artigo 103 da Lei 8.213/1991 eis que não se trata de revisão, contudo do desfazimento da aposentadoria. Sendo assim, não há no que se falar em prescrição, visto que versa sobre direito patrimonial indisponível.

De outra banda, a 6ª Turma do Tribunal Regional da 4ª Região, de modo diverso do entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, aduz que, é inaplicável o artigo 103 da Lei 8.213/1991. *In verbis*:

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO DA ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. EFEITOS INFRINGENTES. REDISCUSSÃO DO MÉRITO.

(...) 2. O prazo decadencial aplica-se nas situações em que o segurado visa a revisão do ato de concessão do benefício. A desaposentação não consiste na revisão desse ato, mas no seu desfazimento, tendo em vista tratar-se de direito patrimonial personalíssimo disponível. Assim, não há prazo decadencial para a desaposentação (...) (AC nº 5000684-52.2010.404.7205/SC, 6ª Turma, Rel. Des. Federal Luís Alberto Azevedo Aurvalle, julg. em 8.6.2011).

Coadunado no mesmo entendimento, o Tribunal Regional da 4ª Região no que tange à prescrição preleciona. *In verbis*:

PREVIDENCIÁRIO. DECADÊNCIA. DESAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA AO BENEFÍCIO PARA RECEBIMENTO DE NOVA APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE. DIREITO DISPONÍVEL. ARTIGO 181-B DO DECRETO Nº 3.048/99. NORMA REGULAMENTADORA QUE OBSTACULIZA O DIREITO À DESAPOSENTAÇÃO. ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. EFEITOS *EX NUNC* DA RENÚNCIA. DESNECESSIDADE DE DEVOLUÇÃO DOS VALORES PERCEBIDOS A TÍTULO DO BENEFÍCIO ANTERIOR. AUSÊNCIA DE ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA.



VIABILIDADE ATUARIAL. EFETIVIDADE SUBSTANTIVA DA TUTELA JURISDICIONAL.

1. O prazo decadencial aplica-se nas situações em que o segurado visa à revisão do ato de concessão do benefício. A desaposentação, por sua vez, não consiste na revisão desse ato, mas no seu desfazimento, não havendo, portanto, prazo decadencial para que seja postulado pela parte interessada.

Por fim, há julgados tanto do Tribunal Regional da 4ª Região, bem como do Superior Tribunal de Justiça, logo, não há entendimento pacífico acerca da prescrição. À vista do exposto, sobre a égide do positivismo, o artigo 103 da Lei 8.213/1991, trata tão somente sobre os benefícios, uma vez que, o instituto da desaposentação é fruto de direito patrimonial disponível. Em sendo assim, é inequívoco a inaplicabilidade do referente artigo.

### 3. A desaposentação na ótica constitucional

O advento do Decreto 3.265 de 1999 veio regulamentar no seu Artigo 181 –B em relação às aposentadorias. *In verbis*: “As aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial concedidas pela previdência social, na forma deste Regulamento, são irreversíveis e irrenunciáveis.” Data vênua, um mero Decreto administrativo não pode legislar sobre tal, até porque, está incidindo em total descaso com o princípio da legalidade.

O Decreto *supra*, padece de inconstitucionalidade, pois sobrepuja a seara constitucional. Nesse contexto, é mister salientar, o inciso II do artigo 5º da Carta Maior. *In verbis*: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa em virtude de lei”.

Assim, cumpre repisar o julgado do Tribunal Regional da 4ª Região, o qual salienta sobre o tema. *In verbis*:

3. A disponibilidade do direito prescinde da aceitação do INSS. O indeferimento, com fundamento no artigo 181-B do Decreto nº 3.048/99, é ilegal por extrapolar os limites da regulamentação. (TRF 4ª. R., 5ª Turma, AC nº 5009379-36.2012.404.7201, Rel. Des. Federal Rogério Favreto, DE 15.10.2012)

Nessa linha, (PIETRO, 1999, p. 68) afirma que *a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo [como um regulamento], conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto, ela depende de lei.* (grifou-se). Adentrando nesta tese, é o entendimento do Tribunal Regional da 3ª Região. *In verbis*:

PREVIDENCIÁRIO. RENÚNCIA DA APOSENTADORIA PARA POSTULAR NOVA APOSENTADORIA. DESAPOSENTAÇÃO. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. OBSERVÂNCIA. - Possibilidade de o segurado renunciar ao benefício que recebe para postular outro benefício no mesmo regime previdenciário, ou ainda em regime previdenciário diverso. Desaposentação. - A inexistência de dispositivo legal que proíba a renúncia aos benefícios previdenciários legalmente concedidos deve ser considerada como possibilidade para a revogação do benefício a pedido do segurado. Princípio da legalidade. - O agravado renunciou ao direito de recebimento do benefício concedido, anteriormente ao levantamento do valor depositado, não havendo prejuízo à autarquia previdenciária. Desta forma, não merece reforma a decisão agravada. - Agravo de instrumento a que se nega provimento. (TRF-3 - AI: 89919 SP 2007.03.00.089919-0, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA, Data de Julgamento: 17/11/2008, Data de Publicação: DJF3 DATA:27/01/2009 PÁGINA: 734) (grifou-se)

Malgrado no mesmo entendimento, o Desembargador Federal Aluisio G. de Castro Mendes, da Primeira Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região profere julgado acerca da matéria. *In verbis*:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO. DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA. DESAPOSENTAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. DEVOLUÇÃO DE IMPORTÂNCIAS RECEBIDAS. NÃO OBRIGATORIEDADE. JUROS DE MORA. INAPLICABILIDADE DA LEI 11.960/2009 AOS PROCESSOS EM ANDAMENTO. RECURSO DO INSS DESPROVIDO. I –

[...]- Não há previsão legal expressa quanto à desaposentação no Direito brasileiro. Assim, a inexistência de dispositivo legal que proíba a renúncia ao benefício previdenciário legalmente concedido deve ser considerada como possibilidade para a revogação do benefício a pedido do segurado. IV – Não havendo irregularidade na concessão do benefício, não há que se falar em obrigatoriedade de devolução de importâncias percebidas. Não se cogita, também, de cumular benefícios; finda uma aposentadoria pela renúncia, outra terá início, não havendo justificativa aceitável para que se imponha ao segurado a obrigação de

restituir quaisquer valores ao Erário. V – No que toca ao advento da Lei 11.960, de 29 de junho de 2009, que deu nova redação ao art. 1º-F, da Lei 9.494/97, a inovação legislativa não se aplica à hipótese vertente, somente podendo atingir as relações jurídicas constituídas a partir de sua vigência, tendo em vista tratar-se de norma de natureza instrumental material, conforme restou decidido recentemente pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça. VI –Recurso desprovido. (TRF-2 - REEX: 200950010054971, Relator: Desembargador Federal ALUISIO GONCALVES DE CASTRO MENDES, Data de Julgamento: 22/02/2011, PRIMEIRA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: 03/03/2011)

Neste interím, “as garantias constitucionais do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, no tocante à aposentadoria, existem em favor do segurado e não devem ser interpretadas em seu desfavor [...]” (WENDHAUSEN, 2007).

Essa interpretação torna-se inequívoca, pois além de violar o princípio da legalidade estar-se-ia ante um retrocesso no âmbito dos direitos sociais. Isto é, deixaria, nesse sentido, o segurado à mercê do desamparo, visto que não há disposição em contrário.

Nessa concepção, alude (HAMILTON, 2000) sobre a matéria:

Nesse passo, inexistindo no nosso ordenamento jurídico vigente lei que proíbe o desfazimento da aposentadoria regularmente deferida, impossível cogitar de indeferimento por conveniência e oportunidade da administração ou mesmo em razão de ausência de autorização legal, pois a renúncia de um direito que integrou o patrimônio de seu titular não clama por ilógicos e injurídicos pressupostos.

Há de ser observado o artigo 84 da Carta Magna, posto que, o inciso IV. Dispõe:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:  
[...];  
IV – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução; [...].

Denota-se, nesse contexto, que o Decreto nº 3.048/99 “[...] unicamente o papel de regulamentar a lei, esclarecendo o seu comando normativo, porém, sempre, observando-a, estritamente, **não podendo inovar, ampliar ou restringir direitos, sob pena de ilegalidade**” encontra-se destoante da literatura constitucional.

Face à pranteada inconstitucionalidade, o Art. 181-B do Decreto nº 3.048/99, na redação dada pelo Decreto nº 3.265/99, encontra-se em total opacidade jurídica, infringindo por completo as disposições do art. 84, IV, da Magna Carta.

Em sendo assim, constata-se que não há nenhuma vedação constitucional ou infraconstitucional versando sobre a desaposentação, motivo pelo qual o instituto vem prosperando, tanto nas construções doutrinárias, e, sobretudo, nos julgados dos tribunais superiores.

#### 4. Considerações finais

Em suma, o instituto da desaposentação, exsurge tão somente em detrimento da supressão legislativa. O advento da Lei 8.870/1994 não só põe fim ao pecúlio, benefício este recebido aos filiados ao Regime Geral da Previdência social que retornassem ao trabalho após aposentadoria, como também a isenção contributiva.

Acontece que, um ano após o advento da Lei 8.870/1994, fora promulgada Lei 9.032/1995, a qual restaurou a obrigatoriedade contributiva. Inobstante, sem ao benefício do pecúlio antes previsto em Lei. Em sendo assim, além do legislador tornar necessário à contribuição aos cofres da previdência, desamparou o trabalhador ao recebimento de qualquer pecúnia referente às contribuições realizadas após aposentadoria.

O segurado não pode ficar submetido à contribuição mensal após aposentadoria, e dessa maneira, não ter uma contraprestação do Instituto Nacional da Seguridade Social. Nesta senda, a desaposentação visa desconstituir a aposentadoria anterior, para assim, computar o tempo laborado.

#### REFERÊNCIAS:

Artigo – A desaposentação e a revisão do benefício previdenciário – Wagner de Oliveira Pierotti – Procurador Federal.  
Maria Sylvania di Pietro (Direito Administrativo, 13ª Edição, São Paulo, Ed. Atlas)

- Hamilton Antônio Coelho (Desaposentação: Um novo instituto Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais, Edição 01 de 2000)
- WENDHAUSEN, Helena Mizushina. Aspectos controvertidos da desaposentação. *Revista IOB Trabalhista e Previdenciária*, ano XIX, n. 218, ago. 2007.
- DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 13<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- BRAMANTE, Ivani Contini. Desaposentação e a nova aposentadoria. *Revista de Previdência Social, São Paulo*: LTr, ano XXV, n. 24, mar. 2001.
- CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 3. ed. São Paulo: Editora LTr, 2002.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio, *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação* – 6. ed. – São Paulo: Atlas, 2008.
- Prática processual previdenciária: administrativa e judicial / Jefferson Luis Kravchychyn, Gisele Lemos Kravchychyn, Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari – 4. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Desaposentação*. 3. ed. Niterói: Ímpetus, 2009.
- ROCHA, Daniel Machado – comentários à lei de benefícios da previdência social / Daniel Machado da Rocha, José Paulo Baltazar Junior. 8 ed. ver. atual – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: Esmafe, 2008.
- <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/ab695613057d1fbd032569d6006c3b32/16abed0803cb54b8032569fa0068716c?OpenDocument>
- Prática processual previdenciária: administrativa e judicial / Jefferson Luis Kravchychyn ... [et al.] – 4. ed. rev. e atual – Rio de Janeiro: Forense, 2013.

## 1.2.12 O princípio da livre concorrência e o papel do SBDC: entre o conceito e a prática<sup>1</sup>

Vitalínio Lannes Guedes<sup>2</sup>  
Olinda Barcellos Disconzi<sup>3</sup>

**Resumo:** O presente trabalho visa estudar o significado e a aplicação do princípio da livre concorrência no mercado concorrencial brasileiro. No mesmo passo, trabalha-se com a atuação do Sistema Brasileiro da Defesa da Concorrência (SBDC), nos casos de concentrações, buscando-se salientar as principais alterações da Lei 8.884/94 para a nova Lei de Concorrência (Lei 12.529/2011), como, por exemplo, a formação do 'Super Cade', que visa a vedação ao abuso do poder econômico no Brasil. Com esse intuito, procurou-se verificar com o presente trabalho, os percalços históricos da defesa da concorrência no Brasil, desde o seu surgimento até os dias atuais, além de apurar seu papel como solucionador nos casos de concentração no mercado empresarial brasileiro.

**Palavras-chave:** Direito Concorrencial. Livre Concorrência. SBDC.

### I - Considerações Iniciais:

O presente estudo tem como temática central a análise da aplicabilidade do princípio constitucional da livre concorrência. Diante disso faz-se a análise da atuação do órgão regulador da concorrência, o SBDC, principalmente no tocante às concentrações empresariais ocorridas no Brasil.

Para a realização desta pesquisa considerou-se a fase de modificação do mundo negocial, qual seja, um período de grandes fusões, que diz-se ser ideal para crescer economicamente, ao contrário, do que fora a revolução industrial inglesa, por volta dos séculos XVIII e XIX. Esta que, com um conjunto de mudanças tecnológicas provocou um profundo impacto no processo produtivo em nível econômico e social, ao passo que, as concentrações e, em especial as fusões provocam aumento no poderio econômico dos empresários.

Tendo por base essa situação, questiona-se a atuação do SBDC diante da existência da Lei 8.884/94, que instituiu o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), como uma autarquia, para deliberar questões sobre infrações contra a ordem econômica, ou seja, a concentração empresarial, o monopólio, os quais coíbem de certa forma o preceito constitucional da livre concorrência e, por conseguinte com a modificação da Lei da Concorrência, passou-se a estudar a Lei 12.529/2011, que instituiu o "Super Cade".

Diante disso, será realizado um estudo analítico nesse artigo, onde se observará se o princípio da livre concorrência ainda vige ou está vigendo no mercado concorrencial e se o SBDC cumpre sua função de órgão regulador do abuso do poder econômico.

A importância de pesquisar estes casos dá-se pela preocupação atinente ao princípio constitucional da livre concorrência, instituído no artigo 170, IV da CF/88, que com a realização das fusões empresariais, tornou-se matéria debatida entre a mídia e a população brasileira com o passar dos anos, frente ao grande número de fusões que vêm ocorrendo. Isto promove, de certa forma, o esmagamento das pequenas empresas, tornando-as hipossuficientes para sustentarem-se num mercado desleal como se mostra o mercado brasileiro, que apesar de preceituar em sua Magna Carta tal proteção, esta não é cumprida ou então não é fiscalizada devidamente pelo órgão competente.

Assim sendo, acredita-se, desde já, que essa pesquisa será de especial importância a todas as pessoas, sejam elas do meio acadêmico ou da sociedade em geral, que desejarem de algum modo ou outro, encontrarem respostas para quem é competente em seu país para avaliar questões atinentes a infrações à ordem econômica e sua influência. Ademais, também, verificar-se-á se a livre concorrência, preceito constitucional é devidamente obedecido no país.

<sup>1</sup>Artigo originado de pesquisa de estudos em Direito Econômico e da Concorrência.

<sup>2</sup>Advogado. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Santa Maria. Bacharelado em Ciências Sociais pela Universidade Federal de Santa Maria. Pós-graduando em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus. E-mail: vitaguedes@hotmail.com

<sup>3</sup>Orientadora da presente pesquisa. Professora da Faculdade de Direito de Santa Maria. Graduada em Economia pela Universidade Federal de Santa Maria. Especialista em Pensamento Político Brasileiro pela Universidade Federal de Santa Maria. Mestre em Integração Latino-Americana pela Universidade Federal de Santa Maria. Doutoranda em Desenvolvimento Rural pelo PGDR-UFRGS. E-mail: olinda@fadisma.com.br

Por fim, esta pesquisa enquadra-se na área de concentração da Faculdade de Direito de Santa Maria, "Direito, Sociedades Globalizadas e Diálogo entre Culturas Jurídicas", sendo sua linha de pesquisa "Constitucionalismo, concretização de Direitos e cidadania".

## II. A livre concorrência: uma exegese (im)possível em tempos das grandes fusões

Ao tratar sobre a livre concorrência é necessário esquadrihar a interpretação gramatical das palavras livre e concorrência, para que dessa forma, possa-se fazer a exegese entre os dois epítetos. Nesse sentido, recorrendo aos dicionários<sup>1</sup> e <sup>2</sup> da língua portuguesa encontram-se as seguintes interpretações: para a palavra livre, descobriu-se que é aquele que goza de liberdade. Independente. Que não tem peias. Que pode dispor de si. Que está em liberdade. Salvo (do perigo). Isento. Desimpedido, desobstruído. Desembaraçado. Que não está ocupado. Não comprometido ou obrigado. Que não está ligado por vínculos matrimoniais. Não proibido. Não monopolizado. Espontâneo. Licencioso. Descomedido.

Outrossim, para o epíteto concorrência encontra-se que é o ato de concorrer. Afluência. Concurso de gente. Aspiração de muitos à posse ou obtenção de alguma coisa. Alegação de direitos comuns. Competência (entre comerciantes, etc.). Trânsito. Bem como, a rivalidade entre diversas pessoas que visam a um mesmo fim: entrar em concorrência com alguém. Rivalidade de interesses entre comerciantes ou industriais que tentam atrair a clientela alheia com melhores condições de preço, de qualidade etc.

Nesse passo, após dispor sobre o sentido gramatical das palavras livre e concorrência, tem-se a interpretação doutrinária da palavra concorrência que conforme RAGAZZO (2006, p.84)<sup>3</sup>:

(...) traz à mente uma série dos mais variados significados. Entre os sinônimos populares, além de refletir a concordância de opiniões, a concorrência pode também expressar o expediente de escolha de um fornecedor de mercadorias ou serviços para entidades governamentais municipais, estaduais ou federais (procedimento licitatório). No entanto, o significado mais comum (inclusive de acordo com diversos dicionários) é o que reflete a ideia de competição, combate e rivalidade. Essa ideia é a que melhor traduz os primeiros elementos necessários para explicar o princípio da livre concorrência e, em consequência, o seu papel no atual modelo constitucional brasileiro.

Desse modo, somando-se as duas conceituações, ao que dispôs RAGAZZO sobre concorrência, traz-se o que é referido no endereço eletrônico do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE<sup>4</sup>), sobre o princípio da livre concorrência, onde se encontra previsão na Constituição Federal, em seu artigo 170, inciso IV<sup>5</sup> e baseia-se no pressuposto de que a concorrência não pode ser restringida por agentes econômicos com poder de mercado. Segundo conceituação do CADE, tem-se que:

<sup>1</sup>Dicionário Priberam da Língua Portuguesa. Fonte: <http://www.priberam.pt/DLPO/default.aspx?pal=livre>  
<http://www.priberam.pt/dlpo/default.aspx?pal=concorr%u0eancia> – Acesso em: 13/04/2012

<sup>2</sup>Dicionário do Aurélio. <http://www.dicionariodoaurelio.com/Concorrencia.html> - Acesso em: 13/04/2012

<sup>3</sup>A ideia de Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo pode ser melhor compreendida com a leitura intergral de seu artigo Notas introdutórias sobre o princípio da livre concorrência, publicado na Revista Scientia Iuris, Londrina, v. 10, p. 83-96, 2006. Fonte: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/4110>. Acesso em: 13/04/2012.

<sup>4</sup>O Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade é uma autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, que exerce, em todo o Território nacional, as atribuições dadas pela Lei nº 12.529/2011. O Cade tem como missão zelar pela livre concorrência no mercado, sendo a entidade responsável, no âmbito do Poder Executivo, não só por investigar e decidir, em última instância, sobre a matéria concorrencial, como também fomentar e disseminar a cultura da livre concorrência. Esta entidade exerce três funções: a) Preventiva: Analisar e posteriormente decidir sobre as fusões, aquisições de controle, incorporações e outros atos de concentração econômica entre grandes empresas que possam colocar em risco a livre concorrência; b) Repressiva: Investigar, em todo o território nacional, e posteriormente julgar cartéis e outras condutas nocivas à livre concorrência; c) Educacional ou pedagógica: Instruir o público em geral sobre as diversas condutas que possam prejudicar a livre concorrência; incentivar e estimular estudos e pesquisas acadêmicas sobre o tema, firmando parcerias com universidades, institutos de pesquisa, associações e órgãos do governo; realizar ou apoiar cursos, palestras, seminários e eventos relacionados ao assunto; editar publicações, como a Revista de Direito da Concorrência e cartilhas." Mais detalhes sobre o surgimento e funções deste órgão, poder-se-ão analisar no subcapítulo 1.2. Fonte: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?dc5ddf20ec2bed4c18>. Acesso em: 27/09/2012.

<sup>5</sup> Art. 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) IV - livre concorrência;



Em um mercado, em que há concorrência entre os produtores de um bem ou serviço, os preços praticados tendem a se manter nos menores níveis possíveis e as empresas devem constantemente buscar formas de se tornarem mais eficientes, a fim de aumentarem seus lucros. Na medida em que tais ganhos de eficiência são conquistados e difundidos entre os produtores, ocorre uma readequação dos preços que beneficia o consumidor. Assim, a livre concorrência garante, de um lado, os menores preços para os consumidores e, de outro, o estímulo à criatividade e inovação das empresas.<sup>1</sup>

Antes de tratar sobre a aplicabilidade do princípio da livre concorrência precisa-se analisar o seu surgimento histórico e qual a sua aplicação geral, no sentido de verificar os pontos positivos e negativos de ter-se uma livre concorrência, com escopo de se obter o bem estar social da sociedade.

Nesse sentido, a disputa concorrencial pela preferência dos consumidores em um dado mercado de bens e/ou de serviços somente tem lugar em uma economia de mercado<sup>2</sup>, conforme preleciona RAGAZZO (2006). Não encontrando espaço, ou até encontrando, mas em menores proporções em outros modelos nos quais o Estado direciona os agentes econômicos privados, ou torna-os secundários, como ocorre, por exemplo, numa sociedade comunista.

Ainda, como prescreve o autor supracitado, um Estado extremamente intervencionista não oferece oportunidade para que o mercado possa se autorregular. Ao mesmo passo, que um padrão de Estado que garanta a livre concorrência não só se torna ineficaz, mas principalmente sem sentido. As forças de mercado são manipuladas pelo Estado e não conseguem alcançar os benefícios que decorrem de um modelo concorrencial, normalmente regido por agentes econômicos privados.

Para o doutrinador *supra*, no ano de 2006 era consenso em vários países que a economia de mercado com a garantia de livre concorrência é a melhor forma de maximizar o bem-estar social, ou ainda, a eficiência econômica<sup>3</sup>, dando-se isso de diferentes formas. Nesse caso, a concorrência aumenta a eficiência alocativa, a eficiência produtiva e a capacidade de inovação dos mercados. Entende-se desse modo, que a livre concorrência desde a Revolução Industrial tende a ser o melhor princípio a nortear as indústrias e empresas produtoras de bens e/ou serviços<sup>4</sup>.

Desse modo, cabe explicar os conceitos econômicos supracitados. Sendo a eficiência alocativa aquela que (...)

(...) se realiza quando bens e/ou serviços são produzidos (em qualidade e em quantidade) na medida em que os consumidores os desejam, refletindo, na exata

<sup>1</sup> <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?7bbb7c84888686a4b9> – Acesso em: 13/04/2012

<sup>2</sup> Para fins de explicitar o que é a economia de mercado, traz-se o que encontra-se na nota de rodapé 54, da página 136 do livro de BAGNOLI, "O Direito Econômico, em nosso ponto de vista, trata o 'mercado' em face da política econômica de 'circulação' da riqueza na sociedade, de acordo com a ideologia que se tome por referência. Não há dúvidas de que a construção teórica desse instituto é concebida em que o fato 'circulação', enquanto expressão da 'troca', verifica-se em qualquer outro modelo social, desde os mais primitivos e afastados, ou não, do Liberalismo". "Escreve ainda o Prof. Washington Peluso que "... o modelo liberal, combinando Smith com Darwin, projetou-se na Economia e no Direito, pela imposição dos rigores do instituto da falência (morte legal), aos derrotados pelos mais fortes na concorrência (seleção natural)". PELUSO, Washington. p. 502. Primeiras Linhas de Direito Econômico, p. 502, apud BAGNOLI, Vicente. p. 136. Introdução ao Direito da Concorrência: Brasil, Globalização, União Europeia, Mercosul, ALCA. Editora Singular, São Paulo-SP, 2005. Importante também salientar a nota de rodapé 55, p. 136 do livro de BAGNOLI, que traz "(...) a significação de mercado para Alvin Toffler: "Os economistas ocidentais tendem a pensar no mercado como um fato puramente capitalista da vida e frequentemente usam o termo como se fosse sinônimo de 'economia de lucro'. Entretanto pelo que sabemos de História, a permuta – e daí uma fração de mercado – surgiu antes e independentemente do lucro. Pois o mercado, propriamente falando, é nada mais que uma rede de intercâmbio, um quadro de distribuição, por assim dizer, pelo qual são encaminhadas as mercadorias ou serviços, com mensagens, para os seus destinos apropriados. Não é inerentemente capitalista. Esse quadro de distribuição, por assim dizer, pelo qual são encaminhadas as mercadorias ou serviços, com mensagens, para os seus destinos apropriados. Não é inerentemente capitalista. Esse quadro de distribuição é tão essencial a uma sociedade industrial socialista como para o industrialismo motivado pelo lucro". TOFFLER, Alvin. In: A Terceira Onda. São Paulo: Record, 6ª ed., 1986. p.52 apud BAGNOLI, Vicente. p. 136. Introdução ao Direito da Concorrência: Brasil, Globalização, União Europeia, Mercosul, ALCA. Editora Singular, São Paulo-SP, 2005".

<sup>3</sup> "Relação entre o valor comercial de um produto e o custo unitário de sua produção. Portanto, a eficiência econômica aumenta quando aumenta a relação entre o valor de um produto em relação a seu custo unitário, mantendo-se as qualidades que satisfaçam as normas técnicas.". Conceito extraído do "Novíssimo dicionário de economia" de autoria do economista Paulo Sandroni, disponível em: <http://introducaoaeconomia.files.wordpress.com/2010/03/dicionario-de-economia-sandroni.pdf>. Acesso em: 27/09/2012

<sup>4</sup> P. 88. RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Notas introdutórias sobre o princípio da livre concorrência. Revista Scientia Iuris, Londrina, v. 10, p. 83-96, 2006. Fonte: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/4110>. Acesso em: 13/04/2012

proporção, o preço que eles estão dispostos a pagar (em outras palavras, a alocação de recursos na direção preferida pelos consumidores). Assim reduz-se a chance de os preços e/ou serviços produzidos não serem de interesse do consumidor (RAGAZZO, 2006, p.85).

Já a eficiência produtiva diz respeito, quando dela se trata, de ser a capacidade de produzir e de distribuir a custos mais baixos. O que preleciona o autor citado, nesse sentido de que:

A pressão contínua decorrente da concorrência dos agentes econômicos competidores incentiva os produtores e distribuidores a reduzirem custos e, conseqüentemente, a praticar preços menores, sob pena de perderem clientes para outros negócios mais eficientes.

Por fim, o mercado deve possuir capacidade de inovação, para que deste modo, as empresas nele se insiram, desenvolvendo novos produtos com melhor qualidade, e melhor serviço, permitindo assim, a competição entre elas, para ver quem consegue alcançar esses objetivos. Assim sendo, deve-se verificar que:

Essa eficiência é considerada dinâmica porque melhora as eficiências alocativa e produtiva no curso do tempo. O processo de adequação às preferências do consumidor representa o incentivo necessário para que os agentes econômicos invistam em pesquisa e tecnologia, de forma a melhorar os seus produtos e serviços. Intuitivamente, aqueles que não tiverem sucesso nessa empreitada perdem espaço (RAGAZZO, 2006, p.85/86).

Além disso, destaca-se de SANTOS (2002) o que ele entende por concorrência sadia que é quando há um maior número de agentes econômicos no mercado, criando novas tecnologias e aprimorando a qualidade do serviço prestado, nesse sentido:

A concorrência sadia entre o maior número possível de agentes dentro de uma economia de mercado é requisito fundamental para uma circulação de riquezas que resulte em variedade e boa qualidade de bens e serviços, além de funcionar como elemento poderoso de regulamentação dos preços. A concorrência beneficia os cidadãos (p. 26).

Tendo em vista, que se está a tratar sobre a concorrência no Brasil, cabe destaque a sua legislação concorrencial (Lei 12.529/2011), a qual busca inibir o abuso do poder econômico, permitindo desse modo a livre concorrência desejada, para que se tenha um mercado, onde os consumidores tenham várias possibilidades de escolha, a fim de encontrarem aquele produto que entendem ser o melhor para o seu consumo, no entanto, o que se depara é que:

Nada há contra aquela empresa que detém um poder de mercado em decorrência de sua superioridade tecnológica ou organizacional. Inadmissível é a utilização desse poder para afastar concorrentes e controlar indevidamente o mercado (SANTOS, 2002, p.27).

Importa salientar que não é proibido uma empresa deter poder econômico, devendo-se entender que esse poder inclui o poder de influência nos demais setores, dessa forma, o que é coibido pela legislação concorrencial é o abuso desse poder. Contudo, havendo uma reprimenda na legislação como a destacada, torna-se muito difícil provar que uma empresa está abusando do poder, uma vez que não coíbe o monopólio, oligopólio, cartéis, etc.

Assim, tendo em vista que o que se deseja é uma livre concorrência, para que o mercado não esteja em mãos de poucos empresários (agentes econômicos), já dissera Adam Smith<sup>1</sup>, em 1776, em seu livro "A riqueza das nações":

<sup>1</sup> Ao citar o grande filósofo Adam Smith, cabe trazer um breve histórico de sua vida. "Filho de um fiscal da alfândega, Adam Smith fez seus primeiros estudos em Kirkcaldy, sua cidade natal. Aos 14 anos, ingressou na Universidade de Glasgow, onde se graduou em 1740 e conseguiu uma bolsa de estudos para a Universidade de Oxford, onde estudou filosofia. Seis anos depois, retornou à Escócia e tornou-se conferencista público em Edimburgo. Adquiriu reconhecimento como filósofo, o que lhe proporcionou ser professor de lógica na Universidade de Glasgow, em 1751. No ano seguinte, passou a lecionar filosofia moral, cadeira pleiteada alguns anos antes, sem sucesso, pelo filósofo David Hume. Nessa época, travou relações com nobres e altos funcionários, frequentando a sociedade de Glasgow e, em 1758, foi eleito reitor da Universidade. Seu primeiro trabalho, "A Teoria dos Sentimentos Morais", foi publicado no ano seguinte. Por intermédio do político Charles Townsend, foi convidado para o cargo de tutor do duque de Buccleuch. Em 1763, Adam Smith renunciou ao seu posto na Universidade de Glasgow e mudou-se para a França. Passou quase um ano na cidade de Toulouse e depois foi para Genebra, onde se encontrou com o filósofo Voltaire. Já

Pessoas do mesmo tipo de negócio frequentemente se encontram, mesmo que para conversarem de amenidades e se divertirem, mas a conversa termina numa conspiração contra o povo ou alguma combinação para aumentar preços. Legalmente é impossível evitar que isso ocorra sem atentar contra a liberdade e a justiça. Embora seja legalmente impossível evitar esses encontros, a lei não deveria facilitar essas reuniões, muito menos torná-las necessária<sup>1</sup>.

Dessa forma, tem-se entendido, como relata CONSIDERA (2002, p. 25), que “A história da concorrência no Brasil é uma história da não concorrência”, e desde 1994, quando da criação da Lei 8.884 (Lei de Defesa da Concorrência), não vem sendo apoiada pela sociedade, nem tem sido bem-sucedida em deter fusões anticompetitivas, uma vez que, “tem aplicado remédios comportamentais, em vez de estruturais nos casos de concentração, potencialmente danosos à concorrência” (*idem*, p.26). O que faz com que se discuta a competência e a eficácia do órgão regulador da concorrência no Brasil, qual seja, o Conselho Administrativo de Defesa Econômico, o qual se discorrerá no próximo subcapítulo.

Dessa forma, como preleciona o autor citado, acredita-se que nesse caso em não havendo a intervenção estatal na economia, os grandes empresários, devido seu alto poder frente aos pequenos, os massacrarão e o mercado tende a ficar restrito àqueles empresários detentores da maior economia.

Por isso, a importância de se destacar o que pensa a professora Lúcia Helena Salgado<sup>2</sup>, especialista no assunto da concorrência:

A concorrência é um bem público e um “mal”, se vista da ótica privada, de onde a necessidade de tutela do estado em sua defesa, a menos que em situações ideais em que os mercados funcionam perfeitamente e a compatibilidade entre interesses públicos e privados faz-se de forma natural, sem a interferência do poder público. No mundo real, como os mercados afastam-se do modelo de concorrência perfeita, a defesa da concorrência, como política pública, faz-se necessária a fim de garantir interesses difusos. (SALGADO, 2009, p. 9).

Assim, acredita a especialista em estudos de regulação e mercados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), que se deve confiar em uma política preventiva de fusões empresariais, justamente para promover a livre concorrência entre as empresas integrantes do mercado, o que de certa forma, é isto que a maioria da população acredita ser o certo, isso porque, permite a ela a pesquisa de preços, e a escolha pelo mercado, o qual gostaria de fazer suas compras, além de firmar-se como uma garantia pela busca dos interesses difusos das pessoas.

Dessa forma, LEAL RODRIGUES (2003, p.4), no mesmo sentido, dispõe que um ato de concentração econômica é um ato pelo qual a utilização de estruturas econômicas antes distintas passa a sujeitar-se, de forma não transitória, a um único centro decisório. E dessa maneira, isso induz que tal ato cercearia o direito de escolha do consumidor e inibiria a livre concorrência do mercado.

Cabe destacar também que entre os agentes econômicos acontece a formação de cartéis<sup>1</sup>, uma espécie de combinação de preços, entre outros, entre as empresas oligopolistas<sup>2</sup>,

---

em Paris, Adam Smith pode frequentar os salões literários e travou contato com os filósofos iluministas. Um incidente com um irmão de seu pupilo, no entanto, obrigou Adam Smith a ir para Londres, onde passou a residir. Em 1767, Smith retornou a Kirkcaldy, onde iniciou a elaboração e revisão de sua célebre teoria econômica. Passou mais três anos em Londres, onde seu livro foi concluído. “Uma Investigação sobre a Natureza e as Causas da Riqueza das Nações” foi publicado em 1776, tornando-se um dos mais influentes livros de teoria moral e econômica do mundo. As teorias formuladas em “A Riqueza das Nações” lançaram as bases do liberalismo, como a teoria da livre concorrência e o conceito de livre mercado. Depois da publicação do livro, tornou-se comissário da alfândega na Escócia, o que lhe garantiu bons proventos. Reconhecido e considerado por seus contemporâneos, Adam Smith morreu em 1790, aos 67 anos.” Fonte: <http://educacao.uol.com.br/biografias/adam-smith.jhtm>. Acesso em: 20/05/2012 as 19h45min.

<sup>1</sup>Importa destacar também, citação sobre o conceito fundamental de Adam Smith de mão invisível do mercado, nesse sentido: “Ao buscar seu próprio interesse, o indivíduo frequentemente promove o interesse da sociedade de maneira mais eficiente do que quando realmente tem a intenção de promovê-lo.”, onde o filósofo defendendo o valor do interesse individual para garantir o interesse público, criou o termo fundamental para a doutrina do liberalismo. Fonte: <http://educacao.uol.com.br/biografias/adam-smith.jhtm>. Acesso em: 20/05/2012 as 19h45min. Além disso importa ler na íntegra o artigo: SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*. apud CONSIDERA, Cláudio Monteiro, 2002, p. 23. *A Defesa da Concorrência no Brasil*.

<sup>2</sup>Para fins de conhecimento, traz-se um pouco do currículo de Lúcia Helena Salgado: Professora adjunta da UERJ. Doutora em Economia pelo Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro (IE/UFRJ, 1996) e é Coordenadora de Estudos de Regulação e Mercados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Fonte: <http://www.fce.uerj.br/corpo-docente/lucia-helena-salgado-e-silva/> Acesso em: 26/10/2012.

resultando em atitudes efetivas de poder de monopólio<sup>3</sup>, ou seja, empresas oligopolistas que ao se unirem em combinação atuam como se fossem monopolista.

Nesse sentido, segundo a doutrina, em sua grande maioria, as empresas não devem combinar preços, nem mesmo fundirem-se a fim de não cercear a livre concorrência, sob pena de se serem julgados por um órgão competente, qual seja no Brasil, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, que será abordado posteriormente, tudo isso levando em consideração a pena de multa que pode ser lhe imposta.

Nesse sentido, cabe salientar, como descreve MECELIS (2011), que a livre concorrência protegida pelo artigo 1º, parágrafo único<sup>4</sup> da Lei nº 8884/94 e da Lei 12.529/2011, é interesse de caráter difuso, de titularidade da coletividade. Sendo, a sua manutenção condição necessária para o desenvolvimento econômico sustentável, de modo que a sua limitação artificial prejudica a sociedade como um todo. Desse modo, as normas jurídicas concorrenciais passam a serem idealizadas como instrumento de "implementação de políticas públicas", estas, visando o bem geral da sociedade, onde estarão configuradas na aplicação da legislação antitruste ou na justificativa da sua não aplicação, dependendo do caso concreto.

Sendo assim, destaca-se que a quantidade de acordos empresariais feitos entre os empresários, fez com os legisladores brasileiros preocupassem-se como criação de normas que veiculassem a garantia da livre concorrência, nesse sentido destaca FORGIONI (2005 *apud* MECELIS, 2011) que (...)

(...) o sistema jurídico brasileiro, desde que nele foram introduzidas normas para garantir a livre concorrência e reprimir o abuso de poder, determinou a ilicitude dos acordos empresariais que fossem nocivos, em seu objeto ou efeito, à concorrência (*apud* MECELIS, 2011).

Nesse passo, os acordos empresariais, configurados na uniformização de condutas ou realização de atividades conjuntas, sem qualquer alteração estrutural das empresas envolvidas, são tradicionalmente divididos em dois âmbitos: acordos verticais e acordos horizontais, os quais são estudados pela doutrinadora supracitada, onde é salientado que: "Os acordos verticais disciplinam relações entre agentes econômicos que desenvolvem suas atividades em mercados relevantes diversos, muitas vezes complementares (2005 *apud* MECELIS, 2011)."

A efetivação de tais acordos verticais pode produzir os seguintes efeitos: a) no mercado relevante em que atua o produtor do bem ou serviço; b) no mercado relevante em que atuam os distribuidores; ou c) no mercado dos fornecedores de bens para o produtor.

Diante disso, importa ressaltar o que aduz o insigne especialista em direito concorrencial Mário Luiz Possas, no tocante ao mercado relevante, onde se destaca que:

<sup>1</sup>Um cartel consiste numa organização de empresas independentes entre si, que produzem o mesmo tipo de bens e que se associam para elevar os preços de venda e limitar a produção, criando assim uma situação semelhante a um monopólio (no sentido em que as empresas cartelizadas funcionam como uma única empresa). Este tipo de acordos podem concretizar-se pela fixação conjunta dos preços de venda, pela divisão do mercado entre si ou pela fixação de quotas de produção para cada uma das empresas participantes. Devido às limitações que provocam na concorrência e consequente ineficiências de mercado, este tipo de conluíus são proibidos na maioria dos países em que vigora a economia de mercado (através das leis antitruste). Os exemplos mais sugestivos deste tipo de leis são a lei Sherman e a lei Clayton, ambas norte-americanas." Fonte: <http://www.knoow.net/ciencconempr/economia/cartel.htm>. Acesso em: 27/04/2012.

<sup>2</sup>(...) identificado pelo pequeno número de produtores ou prestadores de serviço, ou ainda, a existência de grandes agentes econômicos, ainda que em pequena quantidade, concorrendo com agentes de porte bem inferior e sem qualquer condição de alterar a situação do mercado. (...) Ao analisar a conduta racional dos agentes econômicos atuantes nesse mercado poderá se estar diante de um caso altamente competitivo, apesar da oligopolização, ou seja, do reduzido número de competidores, como também se deparar numa situação quase de monopólio, onde os poucos agentes por meio de práticas colusivas restringem ao máximo a concorrência". P. 144. BAGNOLI, Vicente. p. 136. Introdução ao Direito da Concorrência: Brasil, Globalização, União Europeia, Mercosul, ALCA. Editora Singular, São Paulo-SP, 2005.

<sup>3</sup>"O monopólio é a situação em que há apenas um fornecedor de um determinado bem ou serviço. Nesses casos, o monopolista pode diminuir sua produção para elevar os preços até atingir o ponto em que a quantidade produzida, multiplicada pelo preço praticado, gera à empresa o lucro máximo. Com preços artificialmente elevados, potenciais consumidores são excluídos do mercado, o que se reflete numa perda de bem-estar para a sociedade. Por outro lado, o monopolista não tem tantos incentivos para buscar inovações tecnológicas e formas mais eficientes de operar, uma vez que não existem outras empresas lutando pelo mercado.". Fonte: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?5ede21ef3cda5dfd53> – Acesso em: 19/04/2012.

<sup>4</sup>"Art. 1º Esta lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei." Fonte: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8884.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm) - Acesso em: 15/04/2012.



“Um mercado é definido como um produto ou um grupo de produtos e uma área geográfica na qual ele é produzido ou vendido tal que uma hipotética firma maximizadora de lucros, não sujeita a regulação de preços, que seja o único produtor ou vendedor, presente ou futuro, daqueles produtos naquela área, poderia provavelmente impor pelo menos um ‘pequeno mas significativo e não transitório’ aumento no preço, supondo que as condições de venda de todos os outros produtos se mantêm constantes. Um mercado relevante é um grupo de produtos e uma área geográfica que não excedem o necessário para satisfazer tal teste”.<sup>1</sup>

Desse modo, os acordos verticais podem ser verificados na imposição/sugestão dos preços de revenda, na divisão do mercado, na exclusividade (“há exclusividade quando o distribuidor está obrigado a vender apenas os produtos provenientes de certos fornecedores”), ou nas vendas casadas (ou *tying arrangements*), como destaca a renomada doutrinadora em assuntos sobre a concorrência Paula Forgioni (2005 *apud* MECELIS, 2011).

Outrossim, os acordos horizontais correspondem a acordos realizados entre agentes atuantes no mesmo mercado relevante geográfico e material, visando neutralizar artificialmente a concorrência, com as práticas previstas no art. 36 da lei antitruste (Lei 12.529/2011)<sup>2</sup>, as quais constituem infrações à ordem econômica e que estão sob a tutela do CADE.

Na maioria das vezes o que se percebe é que esses acordos empresariais promovem a concentração de empresas estando configuradas nas fusões ou incorporações e constituições de sociedade para exercerem o controle da empresa ou qualquer forma de agrupamento societário. Tais práticas encontram vedações no capítulo I, do título VI, em seu artigo 88 da Lei 12.529/2011, que dispõem sobre o controle de concentrações no Brasil<sup>3</sup>.

Em uma rápida análise, verifica-se da própria redação do texto legal as hipóteses que tais atos não podem promover, e que poderão se submeter ao CADE, quais sejam, atos que extingam ou prejudiquem a livre concorrência entre as empresas e lesem os consumidores de maneira geral, ao comprar produtos de empresas que promovam atos de concentração, como os já delineados.

Ao verificar os referidos impactos tem-se em um primeiro momento, que analisar a delimitação do mercado relevante a ser atingido. Posteriormente, envolve a identificação da cota detida pelas empresas antes e depois da concentração, assim como o grau de concentração do mercado nesses momentos, levando em consideração a existência de barreiras à entrada de novos concorrentes, prejuízo à dinâmica da concorrência naquele mercado relevante e o prejuízo à concorrência potencial.

Ao verificar, a exegese da livre concorrência, a formação das concentrações (fusões) empresariais, é preciso analisar mais especificamente o papel do órgão regulador das práticas antitruste no Brasil, para que posteriormente no próximo item possa-se discorrer sobre uma breve tipologia e as formas de concentração, analisando a tendência do caminho da livre concorrência até se chegar às concentrações empresariais. Para isso, começa-se destacando uma visão histórica do mesmo até chegar aos questionamentos sobre a sua atuação.

### III. A efetividade do SBDC: o caminho histórico até a criação do “Super Cade”

III.a – SBDC: evolução, características, limites e desafios

Primordialmente, cabe salientar que no Brasil órgãos que detêm a competência para regularem os atos de concentração são recentes, uma vez que, somente surgiram na

<sup>1</sup>POSSAS, Mário Luiz. Revista de Direito Econômico, CADE, out./dez. 1995. Horizontal Merger Guidelines, U.S.Department of Justice & Federal Trade Commission, 1992, p. 4. Tradução.

<sup>2</sup>Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: (...). Fonte: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm) - Acesso em: 27/09/2012.

<sup>3</sup>Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente: (...)§ 5o Serão proibidos os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços, ressalvado o disposto no § 6o deste artigo. § 6o Os atos a que se refere o § 5o deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos: I - cumulada ou alternativamente: a) aumentar a produtividade ou a competitividade; b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e II - sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes. Fonte: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm) - Acesso em: 27/09/2012.



Constituição de 1934, cujo art. 115<sup>1</sup> afirmava caber ao Estado organizar a Ordem Econômica<sup>2</sup>, fato este que anteriormente já ocorrera em outros países como no México e na Alemanha, nas Constituições mexicana de 1917 e de Weimar de 1919.

A intervenção estatal, segundo OLIVEIRA E RODAS (2004), ficou qualificada na Constituição de 1937 em seu artigo 141<sup>3</sup>, sendo que dessa maneira, o Estado veio a tipificar os ilícitos contra a economia popular como crimes, além de proteger o consumidor da restrição de mercado para compras. Após essas Constituições determinarem penas para o antitruste brasileiro, surgiram os decretos-lei 431/38 e 869/38, os quais não conseguiram aplicar os enfoques do direito antitruste, apesar de aplicar penas severas a quem as desobedecesse.

Nesse sentido, surge o Decreto-lei 7.666 de 22 de junho de 1945, onde pela primeira vez aparece a sigla CADE, como sendo a Comissão Administrativa de Defesa Econômica, um órgão autônomo, subordinado ao Presidente da República para fins de dar cumprimento às disposições por ela criadas. Portanto, o órgão competente para restringir as práticas do abuso do poder econômico do Brasil é recente, e aos poucos vem sedimentando na sociedade a sua importância. Contudo, primeiramente discorre-se quanto a evolução histórica deste órgão, para após passar-se a análise da eficácia do mesmo.

Inspirada no Sherman Act norte-americano, a iniciativa protecionista de criar um órgão para regular as práticas antitruste no Brasil, deveu-se ao então Ministro do Trabalho e da Indústria Agamenon Magalhães, pois este havia se impressionado com o episódio que ocorrera entre o empresário Delmiro Gouveia<sup>4</sup> e a fábrica britânica Machine Cotton, na segunda década do século passado, no Nordeste brasileiro.

Porém este documento legal, que ficou conhecido como Lei Malaia, durou poucos meses após sua publicação. Em 1945, Getúlio Vargas fora derrubado da presidência pelo chamado Golpe de Estado, assumindo em seu lugar, provisoriamente, José Linhares, o qual alinhava-se as ideias da oposição. Dessa forma, entendendo que o Decreto-lei 869/38, que havia voltado a vigorar era insuficiente e incompatível com a tradição brasileira, ele edita o Decreto-lei 8.167/45, cujo único artigo revogava o decreto-lei anterior.

Logo após, verificando entre juristas e políticos, a necessidade de repressão aos trustes e cartéis, a Assembleia Constituinte de 1946, fez com que a Constituição daquele mesmo ano, consagrasse a repressão ao abuso do poder econômico, inaugurando no Brasil uma fase de mesmo nome, dando caráter constitucional ao direito concorrencial e deixando em outro plano a regulamentação por mera lei ordinária, que possuía cunho penal e administrativo.

Exemplo disso é o artigo 148<sup>5</sup> da Constituição de 1946, contudo em 10 de setembro de 1962, através da Lei nº 4.137, a qual é tida pelos estudiosos do direito concorrencial, como o “marco inicial do tratamento legal do antitruste no Brasil” (OLIVEIRA e RODAS, 2004, P.19). Esta lei tem como origem o projeto de lei do deputado Agamenon Magalhães, no ano de 1948, mas devido à morosa tramitação nas mesas do Congresso Nacional e sem nunca ter ido a Plenário, em 1955, o filho do deputado, Paulo Magalhães, reapresentou o projeto, vindo a ser aprovado no ano alhures citado.

Conforme se extrai da obra de OLIVEIRA e RODAS (2004, p. 19), o objetivo desta lei “era armar o Estado contra o poder dos grupos econômicos com o intuito de proteger o consumidor brasileiro, tendo sua estruturação seguido a experiência americana, que combina a repressão administrativa com a judicial.”

<sup>1</sup> Art. 115 – A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.

<sup>2</sup> P. 17. OLIVEIRA, Gesner E RODAS, João Grandino. Direito e economia da concorrência – Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

<sup>3</sup> Art. 141 – A lei fomentará a economia popular, assegurando-lhe garantias especiais. Os crimes contra a economia popular são equiparados aos crimes contra o Estado, devendo a lei cominar-lhes penas graves e prescrever-lhes processo e julgamento adequados à sua pronta e segura punição.

<sup>4</sup> “Em 1903 chegou à região de Alagoas, vindo de Recife (PE), o cearense Delmiro Augusto da Cruz Gouveia, empresário que se estabeleceu vendendo couros de bovinos e peles de caprinos. Em 1914, ele instalou uma fábrica de linha com o nome de Companhia Agro Fabril Mercantil, atraindo para a região muitos moradores e trazendo o desenvolvimento.”

Fonte: [http://www.delmirogouveia.al.gov.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=1&Itemid=9](http://www.delmirogouveia.al.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=1&Itemid=9). Acesso em: 09/03/2012

<sup>5</sup> Art.148 – A Lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.

Também em 1948, fora dado a este projeto pela Comissão de Constituição e Justiça, o parecer favorável, o qual veio a alterar o escopo desse projeto “como sendo a repressão do abuso do poder econômico, restaurando-se a liberdade e a concorrência no mercado.” (p.19). Ficando, dessa forma, definido que a punição a pessoas físicas e jurídicas caberia ao Código Penal e as leis de proteção à economia popular.

A Lei 4.137, a qual trouxe em seu conteúdo exemplos de repressão ao abuso do poder econômico, criou também o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, com o objetivo de “apurar e reprimir tais abusos, além de conter normas processuais administrativas e processuais.” (p.20). Na vigência desta lei como afirmam os autores, “procedeu-se a inúmeras averiguações preliminares, não tendo sido, entretanto, muito alto o número de processos que chegaram para julgamento do CADE” (Idem, p.20). Dessa forma, salienta-se que esta norma poderia ter tido um crescimento eficaz e uniforme, uma vez que poucos processos foram julgados pelo órgão repressor dos trustes no Brasil.

Com advento de novas Constituições Federais, de 1967 e a de 1969, a repressão ao abuso do poder econômico foi mantida como princípio constitucional, figurando em ambas no título da Ordem Econômica e Social, portanto, as mesmas recepcionaram em seu texto a Lei nº 4.137/62 a qual manteve sua vigência, sofrendo apenas algumas alterações com o passar do tempo, através dos Decretos nº 52.025, de 20 de maio de 1963, e mais tarde pelo Decreto nº 92.323, de 23 de janeiro de 1986, que revogou o primeiro.

Na vigência da Lei nº 4.137/62, “o CADE começou a aumentar em número, em qualidade e em importância suas decisões, que passaram ao conhecimento do grande público, face à sua importância intrínseca e ao interesse dos meios de comunicação” (Idem, p.21).

Na Constituição Cidadã de 1988, no capítulo sobre a ordem econômica e financeira, é trazido entre os princípios da ordem econômica, expressamente, o princípio da livre concorrência, o qual foi abordado com maior especificidade no item anterior. Nesse sentido, embora não tenha havido nas Cartas Magnas anteriores, previsão criminalizadora de infrações antitruste, o §4º do artigo 173<sup>1</sup>, da atual Constituição é permissivo para que haja legislações ordinárias assim a regulando.

Exemplo disso é a Lei 8.137/90, promulgada em 27 de dezembro de 1990, a qual define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, estando tipificados em seus dispositivos 4º, 5º e 6º, os crimes contra a ordem econômica, onde há penas de detenção e reclusão ou multa, esta última possibilitada pelo artigo 9º desta mesma norma.

Mas foi através do Decreto nº 99.244, de 10 de maio de 1990, e de uma série de medidas provisórias, principalmente pela de nº 204, de 2 de agosto de 1990, que se materializou a Lei 8.158, de 8 de fevereiro de 1991, que objetivava dar eficiência e rapidez à atuação do poder público, no momento em que a economia brasileira abria-se ao mundo, e onde acabava-se o controle de preços e se iniciava o processo de privatização das empresas estatais, o que trouxe grandes inovações.

Como exemplo, se dá a corporificação de um órgão de governo, como a Secretaria Nacional de Direito Econômico – SNDE, que vincula-se ao Ministério da Justiça, tendo como competências no que diz respeito ao direito concorrencial, a apuração de trustes, aplicar sanções, impor medidas preventivas, sendo esta última em concorrência com o CADE, que ficara responsável pela competência exclusiva de julgar.

Como percebe-se provavelmente tenha surgido da dualidade de regras da concorrência, ou seja, a lei 8.158/91, vindo em conjunto com os artigos não revogados da lei 4.137/62, a gênese dessa discussão, poucos meses após a edição da lei de 1991. Surgem, dessa forma, os primeiros traços para a criação do Projeto de Lei nº 3.712-E, de 1993 que num breve futuro, teria sua aprovação na forma da Lei 8.884 em 11 de junho de 1994, esta que expressamente revogou as duas leis supracitadas, extinguindo assim, a dualidade de regras sobre a concorrência.

Como uma legislação inovadora, que tentou aprimorar as leis então vigentes, a Lei 8.884/94 transformou o CADE em uma autarquia federal, o que buscou atenuar sua carência estrutural e possibilitou que o órgão passasse a ter procuradores, para colaborar com o Procurador Geral.

<sup>1</sup> “(...) a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação de mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.”

Além disso, a lei discriminou as competências da Secretaria de Direito Econômico – SDE e da Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE. Dessa forma, tendo o CADE ficado exclusivamente com a função de julgar, suas decisões administrativas passaram a ser finais no âmbito do Executivo, podendo inclusive ser judicialmente executadas. Por fim, tal lei disciplinou o compromisso de cessação e das multas e tipificou os fatos atinentes ao aumento abusivo de preço, como forma de abuso do poder econômico.

Diante das diversas modificações que teve a lei 8.884/94 desde sua promulgação, houve no ano de 2000, uma alteração através da Medida Provisória nº 2.055 de 11 de agosto de 2000, que após tornou-se a lei 10.149 daquele mesmo ano, onde pela primeira vez, aparece a expressão Sistema Brasileiro de Direito da Concorrência – SBDC<sup>1</sup>, que unia a SEAE, a SDE e o CADE, a famosa trilogia de defesa ao direito da concorrência no Brasil, ou ainda a “os três guichês da concorrência”.

Com tal medida, o que se objetivava, era criar mecanismos mais efetivos de atuação, além do aperfeiçoamento dos dispositivos de repressão às infrações, como fora a introdução da delação premiada, ou ainda, acordos de leniência, onde tornou-se possível a notificação e a intimação de empresas estrangeiras, por meio de seu representante no Brasil, além de incrementar os poderes investigativos da SDE e SEAE.

Como bem salienta OLIVEIRA e RODAS (2004, p. 24), a lei 8.884/94, apesar de suas falhas:

(...) e do crônico problema de falta de pessoal do SBDC, vem-se operando na sua vigência a consolidação do direito concorrencial no Brasil, criando a sensação de que o Brasil possui “autoridade antitruste (p. 24).

Do mesmo modo, nos últimos anos, a SDE, a SEAE e o CADE, vem buscando minimizar os inconvenientes da tripartição orgânica do SBDC, bem (...)

(...) como as imperfeições da lei concorrencial atualmente vigente, por diversos procedimentos, como a adoção do rito sumário de julgamento por parte do CADE; de Guia para Análise de Atos de Concentração pela SDE e SEAE; e de procedimento sumária para a análise de atos de contração pela SDE e SEAE. (p. 24).

Como assim ressaltam os estudiosos OLIVEIRA e RODAS (2004), para que de fato tais medidas de proteção ao antitruste brasileiro se tornem mais efetivas é preciso um aperfeiçoamento legislativo, o que segundo eles, “até o momento não foi efetivado, embora anteprojetos tenham sido discutidos nos últimos quatro anos” (p. 24).

Para melhor compreensão da análise da efetividade do CADE é interessante trazer o que estuda o renomado doutrinador em direito concorrencial BAGNOLI<sup>2</sup> sobre o funcionamento e estruturação deste órgão. Foi com a aprovação da Lei 4.137/62, em seu artigo 8<sup>o</sup>, que instituiu-se o CADE com a finalidade de regular a repressão ao abuso do poder econômico, com sede no Distrito Federal e jurisdição em todo o território nacional para apurar e reprimir os abusos do poder econômico. Quanto à atuação do órgão destaca BAGNOLI (2007, p.146-147):

De 1962, quando da sua criação, até o início dos anos 90, a atuação do CADE era insignificante. Não por uma suposta incompetência ou falta de vontade daqueles que atuavam frente a este Conselho, longe disso, mas pela conjuntura político-econômica brasileira que inviabilizava sequer um lampejo de defesa da concorrência. Prova disso é que, de 1963 a 1990, a média de julgados por mês no CADE era de 1,4 processo, média que caiu entre 1992 e 1994 para 1 processo. De março de 1994 a março de 1996 a média subiu para 2,3 processos julgados ao mês, e de 1996 a 1999, com o Brasil numa nova realidade e com a Lei nº 8.884/94 em vigor e o SBDC atuante,

<sup>1</sup>O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) era composto por três estruturas: Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (Seae/MF), Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE/MJ), e Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). À Seae/MF e à SDE/MJ cabe a instrução dos atos de concentração e a investigação de condutas anticompetitivas. Ao Cade cabe o julgamento dos processos instruídos pelas secretarias. Importante destacar que, nas operações envolvendo o setor de telecomunicações, as funções da Seae/MF e da SDE/MJ ficam a cargo da Anatel.” Fonte: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?7bbb7c84888686a4b9> – Acesso em: 15/04/2012.

<sup>2</sup> P.145. BAGNOLI, Vicente. Direito econômico – 2ed. – 2. reimpr.- São Paulo: Atlas, 2007. – (Série leituras jurídicas: provas e concursos; v.29).

<sup>3</sup>Art. 8º E criado o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), com sede no Distrito Federal e jurisdição em todo o território nacional, diretamente vinculado à Presidência do Conselho de Ministros, com a incumbência de apurar e reprimir os abusos do poder econômico, nos termos desta lei.”. Fonte: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L4137.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4137.htm). Acesso em: 02/04/2012.

a média mensal subiu para 31,3 processos julgados pelo CADE. Contudo, só em 2000 a média mensal quase que dobrou para 55,2 processos.

Já em sua nova fase o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, que teve início em 11 de junho de 1994 com o advento da Lei nº 8.884, o transformou em autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça. Sua sede e foro continuaram no Distrito Federal, com jurisdição em todo o território nacional.

Apesar da alteração ocorrida, o número de processos julgados por ano continuava aumentando; maior prova é o dado que se retira do endereço eletrônico<sup>1</sup> do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, onde no ano de 2011, foram julgados 814 processos, uma média de em torno de 67,83 processos por mês, fazendo-se um simples cálculo aritmético.

Quanto à composição do CADE, deve-se saber que quando da vigência da lei 8.884/94 ele era composto por sete membros, sendo um Presidente e seis Conselheiros, escolhidos dentre cidadãos com idade superior a 30 anos, com notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada. Após receberem a indicação e terem seus nomes aprovados pela Casa Civil, são sabatinados pela Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal (CAE) e, uma vez aprovados pelo Senado Federal, são nomeados pelo Presidente da República para exercerem um mandato com dedicação exclusiva de dois anos, permitida uma recondução.

Importa salientar também, que ao Plenário do CADE, também competia e que ainda compete o zelo e a observância da Lei de Defesa da Concorrência e todas as suas determinações, conforme a redação do artigo 7º da lei 8.884/94 e pela atual redação do artigo 9º da lei 12.529/2011<sup>2</sup>.

Como dito alhures, com as inovações trazidas pela Lei 8.884/94, junto ao CADE funciona sua Procuradoria, composta por um Procurador-Geral indicado pelo Ministro da Justiça e nomeado pelo Presidente da República, que se submete às mesmas determinações quanto ao mandato, recondução e impedimentos dos Conselheiros do CADE, e um quadro de Procuradores, que são provenientes da Advocacia Geral da União (AGU). A procuradoria do CADE, como prelecionado por BAGNOLI, presta assessoria jurídica, defende o órgão, representando-o em juízo, e emite parecer nos processos em trâmite na Autarquia.

<sup>1</sup> <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?1d1d1fe12eec2f0b2525>. Acesso em: 02/04/2012.

<sup>2</sup> "Art. 9º Compete ao Plenário do Tribunal, dentre outras atribuições previstas nesta Lei: I - zelar pela observância desta Lei e seu regulamento e do regimento interno; II - decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei; III - decidir os processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica instaurados pela Superintendência-Geral; IV - ordenar providências que conduzam à cessação de infração à ordem econômica, dentro do prazo que determinar; V - aprovar os termos do compromisso de cessação de prática e do acordo em controle de concentrações, bem como determinar à Superintendência-Geral que fiscalize seu cumprimento; VI - apreciar, em grau de recurso, as medidas preventivas adotadas pelo Conselheiro-Relator ou pela Superintendência-Geral; VII - intimar os interessados de suas decisões; VIII - requisitar dos órgãos e entidades da administração pública federal e requerer às autoridades dos Estados, Municípios, do Distrito Federal e dos Territórios as medidas necessárias ao cumprimento desta Lei; IX - contratar a realização de exames, vistorias e estudos, aprovando, em cada caso, os respectivos honorários profissionais e demais despesas de processo, que deverão ser pagas pela empresa, se vier a ser punida nos termos desta Lei; X - apreciar processos administrativos de atos de concentração econômica, na forma desta Lei, fixando, quando entender conveniente e oportuno, acordos em controle de atos de concentração; XI - determinar à Superintendência-Geral que adote as medidas administrativas necessárias à execução e fiel cumprimento de suas decisões; XII - requisitar serviços e pessoal de quaisquer órgãos e entidades do Poder Público Federal; XIII - requerer à Procuradoria Federal junto ao Cade a adoção de providências administrativas e judiciais; XIV - instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica; XV - elaborar e aprovar regimento interno do Cade, dispoendo sobre seu funcionamento, forma das deliberações, normas de procedimento e organização de seus serviços internos; XVI - propor a estrutura do quadro de pessoal do Cade, observado o disposto no inciso II do caput do art. 37 da Constituição Federal; XVII - elaborar proposta orçamentária nos termos desta Lei; XVIII - requisitar informações de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, respeitando e mantendo o sigilo legal quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício das suas funções; e XIX - decidir pelo cumprimento das decisões, compromissos e acordos. § 1º As decisões do Tribunal serão tomadas por maioria, com a presença mínima de 4 (quatro) membros, sendo o quorum de deliberação mínimo de 3 (três) membros. § 2º As decisões do Tribunal não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, promovendo-se, de imediato, sua execução e comunicando-se, em seguida, ao Ministério Público, para as demais medidas legais cabíveis no âmbito de suas atribuições. § 3º As autoridades federais, os diretores de autarquia, fundação, empresa pública e sociedade de economia mista federais e agências reguladoras são obrigados a prestar, sob pena de responsabilidade, toda a assistência e colaboração que lhes for solicitada pelo Cade, inclusive elaborando pareceres técnicos sobre as matérias de sua competência. § 4º O Tribunal poderá responder consultas sobre condutas em andamento, mediante pagamento de taxa e acompanhadas dos respectivos documentos. § 5º O Cade definirá, em resolução, normas complementares sobre o procedimento de consultas previsto no § 4º deste artigo." Fonte: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm). Acesso em: 27/09/2012.



Como destacado ainda por BAGNOLI (2007), a Lei 8.884/94 prevê, ainda, a presença do Ministério Público Federal (MPF) perante o CADE, para oficiar nos processos sujeitos à apreciação da Autarquia, bem como para promover a execução dos seus julgados. Entretanto, tal prática demonstra que a participação do MPF nos termos da Lei de Defesa da Concorrência não existia, e apenas recentemente o Ministério Público Federal passou a atuar junto ao CADE.

Em suma, cabe ao CADE julgar, conforme BAGNOLI (2007, p.147):

(...) atos de concentração, processos de conduta, e manifesta-se acerca de consultas. No caso da ausência de um Conselheiro e quando ocorre empate nas decisões, o Presidente possui um voto de qualidade, que em outras palavras significa valer por dois, para desempatar o julgamento. Na ausência do Presidente, ele será substituído pelo Conselheiro mais antigo ou mais idoso, nesta ordem. O quórum mínimo para o CADE decidir é de cinco participantes.

Dessa forma, pode-se discorrer quanto à efetividade do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), a qual é um dos escopos deste tópico, trazendo-se para isso, CASTRO (2007) que destacara:

Não obstante a criação do CADE e dos demais órgãos componentes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), eles tiveram pouca importância no Brasil, nas décadas de 1960 e 1970, por uma simples razão explicitada por Gilberto Bercovici: “[...] a política econômica do regime militar era francamente favorável à concentração empresarial e à formação de conglomerados.” (BERCOVICI, 2005, p. 30, *apud* CASTRO, 2007).

Na atual ordem constitucional, com o intuito de consolidar o SBDC, foi editada a Lei 8.884/94, que transformou o CADE em autarquia e lhe proporcionou mais independência. Segundo o art. 3º da lei antitruste, o CADE é “[...] órgão julgante com jurisdição em todo o território nacional [...] constituir em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal [...]”.

Ainda, conforme CASTRO (2007), a Lei 8.884/94 atribuiu ao CADE tríplice papel: educativo, preventivo e repressivo, estabelecendo que essas funções devam ser exercidas segundo os ditames constitucionais da liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. Esta lei tem como objetivo principal, portanto, a tutela da concorrência no país, por meio da prevenção e da repressão às infrações contra a ordem econômica.

A função preventiva atribuída ao CADE, também chamada de controle de estruturas, abrange a análise de atos de integração ou concentração econômica, de modo a avaliar o impacto desses atos sobre o mercado, determinando-se em que medida ele foi prejudicado pela diminuição da concorrência, conforme previsão do artigo 88 da Lei 12.529/2011, anteriormente referido e que se encontrava prevista no artigo 54 da antiga lei antitruste brasileira nº 8.884/94.

Já a função repressiva ou de controle de condutas, ocorre com a verificação, em processo administrativo, de condutas e práticas comerciais lesivas à concorrência, podendo resultar na punição dos agentes econômicos.

Ainda, importante ressaltar o que traz José Matias-Pereira, sobre o exercício da importante função reguladora da concorrência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. E, nesse sentido, através desse órgão:

Procura-se, evitar assim, que as empresas estabelecidas abusem de suas posições dominantes, impondo restrições à competição nos mercados em que atuam, ou ainda incrementem seu poder de mercado por meio de alianças ou fusões com empresas concorrentes. (MATIAS-PEREIRA, 2005, p.2)

Assim, além das funções *supra* o CADE, desempenha ainda um papel educativo, pois é de sua responsabilidade difundir a cultura da concorrência por meio de esclarecimentos ao público sobre as formas de infração à ordem econômica. Apesar do CADE ainda possuir uma função julgante, sendo ente administrativo, edita atos administrativos. Para OLIVEIRA e RODAS,

[...] as decisões do CADE, tanto com relação a atos de concentração, como a procedimentos administrativos, são emanações de jurisdição voluntária exercitada pela Administração Pública, sendo atos administrativos vinculados (2004, p 324).



Nesse mesmo sentido, a insigne especialista em direito concorrencial Maria Izabel Andrade Lima Cardozo disserta que:

O principal aspecto que distancia as decisões do CADE dos atos praticados com competência discricionária consiste, por um lado, na ausência de valoração subjetiva por parte dos integrantes daquela autarquia [...]<sup>1</sup>

Ao emanar atos administrativos, uma vez que a entidade é componente da administração pública indireta federal, os atos do CADE criam, reconhecem, modificam ou extinguem relações jurídicas. De acordo com Lúcia V. Figueiredo (1995, p. 92, *apud* CASTRO, 2007, p. 11/12):

Ato administrativo é a norma concreta, emanada pelo Estado ou por quem esteja no exercício da função administrativa, que tem por finalidade criar, modificar, extinguir ou declarar situações jurídicas entre este (o Estado) e o administrado, suscetível de ser contrastada pelo Poder Judiciário.

Conforme advoga CASTRO (2007) a Lei de Concorrência aponta os princípios e regras a serem seguidos pelo CADE em suas decisões, essa autarquia que tem como obrigação aplicar tais regras e princípios a situações concretas, o que pressupõe um juízo de interpretação vinculado às normas jurídicas, e não às convicções pessoais dos conselheiros da entidade, não havendo lugar para a discricionariedade.

Ao passar o CADE pelo escrutínio do Poder Judiciário a aplicação prática dos conceitos indeterminados conduz a uma única solução válida perante o direito, pois, ou o conceito se ajusta à situação concreta, ou dela se afasta. Veja-se a seguinte situação, em que o CADE aprecia um caso concreto de abuso ou não do poder econômico por parte de um determinado agente econômico, a conclusão será uma só: houve abuso ou não. Das decisões do CADE não há meio termo nem opções a serem feitas, o que afasta eventual caráter discricionário que se pretenda imputar aos julgamentos daquela autarquia.

Nesse sentido, cabe ainda destacar a ponderação da ex-Conselheira Neide Teresinha Malard, em voto proferido no ato de concentração nº 6/94, envolvendo as empresas Brasilit S.A. e Eternit S.A a liberdade do CADE, em suas decisões, é extremamente limitada, conforme extrai-se de CASTRO (2007, p.13):

A valoração que faz o CADE por certo não é intangível, porquanto a liberdade de agir só pode ser exercida no cumprimento do dever de buscar a melhor solução que o legislador não pôde fixar, pois só esta atenderá ao interesse público específico – a defesa da concorrência – ditado pela norma.

Conforme o douto FERRAZ JUNIOR (1997, p. 88, *apud* CASTRO, 2007, p.14) ao afastar a existência de uma discricionariedade técnica do CADE que impediria o controle judicial, é categórico:

Na verdade, o CADE, com base em laudos técnicos toma uma decisão cujo fundamento técnico não expressa um juízo de conveniência e oportunidade, mas uma vinculação a ditames legais referentes à proteção da livre iniciativa e da livre concorrência. Sua decisão, assim, não é ato político de governo, conforme diretrizes ocasionais, mas ato que cumpre uma política de Estado, conforme diretrizes constitucionais e legais.

Dessa forma, estando o CADE vinculado às leis, talvez seja por isso que suas decisões não tenham a eficácia que precisariam ter, como por exemplo, ser mais rigorosa na fiscalização das penalidades impostas às empresas que descumpriram a política antitruste, prevista na Lei 8.884/94, e cumprida pela autarquia federal.

Para melhor exemplificação, conforme CASTRO (2007, p.18) as decisões do CADE, são atos administrativos sujeitos, indubitavelmente, ao amplo controle judicial, sendo essa amplitude hoje consolidada pela doutrina e pela jurisprudência pátrias. Esse controle judicial, porém, deve ser mais célere, segundo BAGNOLI (2005, p. 29):

Enquanto não se decide uma operação, as empresas dispostas a investir se retraem devido à insegurança jurídica e as perdas diárias de capitais são enormes. A indecisão

<sup>1</sup>Para melhor entendimento, ler na íntegra o artigo: "CARDOZO, 2005, p. 49, *apud* CASTRO, Ramsés Maciel de, p.5. *Controle jurisdicional do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)*. Clubjus, Brasília-DF: 09 nov. 2007." Disponível em: <http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.11531>>. Acesso em: 02/04/2012.

afeta a coletividade, que deixa de receber contrapartidas econômicas em sinergias e redução de custos, comprometendo, inclusive, a concorrência e o bem-estar econômico do consumidor.

Tendo o CADE o devido controle, e respeitando-se o princípio constitucional da celeridade processual, estará o País no rumo do desenvolvimento e da justiça social e econômica, conforme preceitua CASTRO (2007, p.19). O que, porém, precisa ocorrer é uma maior celeridade nas decisões: tanto as administrativas, do CADE, quanto as judiciais, pois a insegurança jurídica gerada enquanto se discutem os processos envolvendo os agentes econômicos prejudica o desenvolvimento do País.

Sendo assim, verificando as atuações do CADE desde seu surgimento até suas atuais decisões, conclui-se que este órgão não é autônomo tanto como gostaria o legislador que criou a lei antitruste no Brasil, pois este órgão encontra-se preso à legislações como essa. E, isso, de certa forma o coíbe de fiscalizar melhor e ser mais participante, nas verificações do cumprimento das penalidades, as quais são impostas às empresas que as descumprem.

Para tentar combater tais situações e dar celeridade às decisões do CADE fora criada a Lei 12.529/2011, que entrou em vigor no dia 29 de maio de 2012, a qual através do SBDC, criou o “Super Cade”, ficando este órgão estruturado da seguinte maneira:

Primeiramente, deve-se destacar que o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC abarcou o CADE e Secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE do Ministério da Fazenda, antes órgãos independentes, por isso ficou denominado pela doutrina e pela mídia de “Super Cade”. Dessa forma, o Cade ficou constituído pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, pela Superintendência-Geral e pelo Departamento de Estudos Econômicos. Dessa estrutura, participam também, de forma auxiliar, a Procuradoria Federal e o Ministério Público Federal.

À SEAE restou a função da chamada “advocacia da concorrência” perante órgãos do governo e a sociedade. Ou seja, ela promove a livre concorrência, opinando sobre proposições legislativas ou minutas de atos normativos nos aspectos relacionados ao tema, propondo a revisão de leis, decretos e regulamentos, manifestando-se sobre pedidos de revisão de tarifas e realizando estudos que avaliem a concorrência em setores específicos da economia, para subsidiar as decisões de órgãos governamentais.

Já o Tribunal Administrativo, órgão julgante, compõe-se de um Presidente e seis Conselheiros, nomeados pelo presidente da República depois de aprovados pelo Senado Federal. O mandato dos membros do Plenário continua sendo de quatro anos, porém não coincidentes, e sendo vedada a recondução, antes permitida pela Lei 8.884/94.

O Tribunal Administrativo exerce as competências previstas pelo artigo 9º da Lei nº 12.529/2011, já referidas. Apesar da tautologia, em suma, compete-lhe o julgamento dos processos administrativos para análise ou apuração de atos de concentração econômica; o julgamento dos processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica (instaurados pela Superintendência-Geral); o julgamento dos recursos contra as medidas preventivas (adotadas pelo Conselheiro-Relator ou pela Superintendência-Geral); e a aprovação dos termos do compromisso de cessação de prática e dos acordos em controle de concentrações.

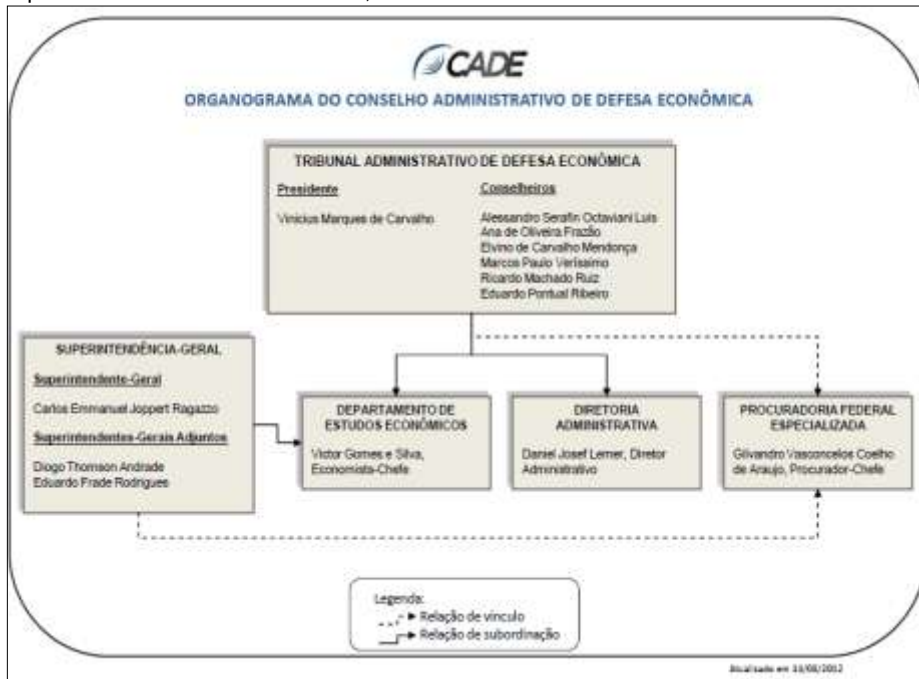
Com a nova estrutura, dada pela nova lei antitruste, surge a Superintendência-Geral, chefiada por um Superintendente-Geral, que é nomeado pelo presidente da República depois de sabatinado pelo Senado Federal, para mandato de dois anos, permitida a recondução para um único período subsequente, com o auxílio de dois Superintendentes-Adjuntos.

As competências exercidas pela Superintendência-Geral estão previstas no artigo 13 da Lei nº 12.529/2011, quais sejam resumidamente, a competência para a instauração e instrução de processos administrativos para análise ou apuração de atos de concentração econômica, remetendo-os ao Tribunal Administrativo para julgamento, nos casos previstos na referida lei; a sugestão, ao Tribunal Administrativo, de condições para celebração de acordo em controle de concentrações; a instauração e instrução de procedimentos investigatórios, sempre que se deparar com indícios de condutas anticoncorrenciais, remetendo-os ao Tribunal Administrativo quando concluir por seu arquivamento ou quando entender que houve prática de condutas anticoncorrenciais; a adoção de medidas preventivas; a proposição de termos de compromisso de cessação, submetendo-os à aprovação do Tribunal Administrativo.

Pela nova lei antitruste, surge ainda o Departamento de Estudos Econômicos – DEE, o qual é dirigido por um Economista-Chefe, nomeado, conjuntamente, pelo Superintendente-Geral e pelo Presidente do Tribunal, a quem incumbe elaborar estudos e pareceres

econômicos. As competências do DEE encontram previsão no artigo 17 da Lei nº 12.529/2011, que resumidamente são: a elaboração de estudos e pareceres econômicos, por iniciativa própria ou a pedido do Plenário do Tribunal Administrativo, do Presidente, do Conselheiro-Relator ou do Superintendente-Geral, zelando pelo rigor e atualização técnica e científica das decisões do CADE

Diante desse novo organograma, incumbe trazer como ficou delineada e por quem é composta a nova estrutura do CADE<sup>1</sup>, dessa forma:



Resumidamente, o “Super Cade”, ficou responsável pela análise e julgamento de fusões e aquisições e as ações de prevenção e de repressão às infrações contra a ordem econômica, uma vez que com a mudança de estrutura dada pela Lei 12.529/2011 este abarcara as competências que antes eram da Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça e da Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) do Ministério da Fazenda.

Além disso, com a nova lei antitruste, toda e qualquer operação de compra e venda de empresas, sofrerá uma análise prévia pelo Tribunal Administrativo, tornando mais célere e benéfica as possíveis negociações entre empresas, porque terá o respaldo de tal decisão prévia quanto possível indício de concentração, devendo a mesma ser concluída em até 240 dias. Nesse sentido, deve-se rememorar que o CADE tem por primordial função o combate ao abuso do poder econômico entre as empresas, o que de certa forma estará cumprindo, uma vez que com a nova redação dada pela lei 12.529/2011, deve acontecer a análise prévia de possíveis concentrações.

Diante das elucidações feitas sobre o surgimento, crescimento, modificações e consolidação do CADE como um órgão judicante, que tem por função o controle do abuso do poder econômico por parte das empresas, buscou-se entender sua tutela frente a lei concorrencial e às concentrações no mercado brasileiro.

#### IV. Considerações Finais:

Primeiramente no decorrer desse artigo, procurou-se entender o significado e a aplicabilidade do princípio da livre concorrência, buscando entendê-lo nos tempos de grandes fusões. Assim sendo, extraiu-se da Constituição Federal, o referido princípio, que encontra

<sup>1</sup>Fonte: <http://www.cade.gov.br/upload/organograma%2014%20ago%202012.pdf>. Acesso em: 27/09/2012.

previsão no seu artigo 170, inciso IV. Nesse sentido, procurou-se entender o papel do Estado, como aplicador do princípio em destaque.

Como se não bastasse buscar conceitos para o termo na Magna Carta brasileira, estudou-se a Lei 8.884/94, que vigorava até o prazo final de vacância da nova lei de concorrência (Lei 12.529/2011), qual seja, maio de 2012, que regulamenta o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), ou institui o 'Super Cade' como referido no decorrer do trabalho.

Posteriormente, buscou-se entender a evolução, as características, imites e desafios do SBDC, a fim de apurar sua efetividade até a criação da Lei 12.529/2011. Ao SBDC, como estudado coube a competência de coibir o abuso do poder econômico, a formação de cartéis, monopólios, oligopólios e concentrações empresariais de um modo geral, motivo este que servira para discutir se este órgão, realmente é efetivo dentro de suas incumbências. Para chegar-se ao ponto nevrálgico almejado, necessitou-se fazer um histórico do SBDC, para que se compreende-se a necessidade e importância do antigo CADE.

Com todos os estudos aqui colhidos, buscou-se entender a importância da existência de uma norma regulamentadora das concentrações empresarias, bem como do órgão que coibe o abuso do poder econômico. Assim, mostra-se de essencial importância a todo e qualquer estudante de direito, advogados, profissionais das mais diversas áreas e todo e qualquer cidadão, um pouco da leitura sobre o tema aqui debatido, pois o mesmo contempla diversos aspectos atinentes à vida em sociedade.

#### Referências:

- BAGNOLI, Vicente. Direito econômico – 2ed. – 2. reimpr.- São Paulo: Atlas, 2007. – (Série leituras jurídicas: provas e concursos; v.29).
- BAGNOLI, Vicente. p. 136. Introdução ao Direito da Concorrência: Brasil, Globalização, União Europeia, Mercosul, ALCA. Editora Singular, São Paulo-SP, 2005.
- BRASIL, CADE. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?1d1d1fe12eec2f0b2525> . Acesso em: 02/04/2012.
- \_\_\_\_\_. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?7bbb7c84888686a4b9> – Acesso em: 13/04/2012 e 15/04/2012
- \_\_\_\_\_. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?5ede21ef3cda5dfd53> – Acesso em: 19/04/2012.
- \_\_\_\_\_. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?dc5ddf20ec2bed4c18>. Acesso em: 27/09/2012.
- \_\_\_\_\_. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/organograma%2014%20ago%202012.pdf>. Acesso em: 27/09/2012.
- \_\_\_\_\_. DELMIRO GOUVEIA. Disponível em: [http://www.delmirogouveia.al.gov.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=1&Itemid=9](http://www.delmirogouveia.al.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=1&Itemid=9). Acesso em: 09/03/2012
- \_\_\_\_\_. PLANALTO. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L4137.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4137.htm). Acesso em: 02/04/2012.
- \_\_\_\_\_. PLANALTO. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8884.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm) - Acesso em: 15/04/2012.
- \_\_\_\_\_. PLANALTO. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm) - Acesso em: 27/09/2012.
- CASTRO, Ramsés Maciel de, p.5. *Controle jurisdicional do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)*. Clubjus, Brasília-DF: 09 nov. 2007." Disponível em: <http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.11531>>. Acesso em: 02/04/2012.
- CONSIDERA, Cláudio Monteiro, 2002. *A Defesa da Concorrência no Brasil*.
- DICIONÁRIO DO AURÉLIO. Disponível em: <http://www.dicionariodoaurelio.com/Concorrencia.html> - Acesso em: 13/04/2012
- DICIONÁRIO PRIBERAM DA LÍNGUA PORTUGUESA. Fonte: <http://www.priberam.pt/dlpo/default.aspx?pal=atomizar> – Acesso em: 13/10/2012.
- KNOOW. Disponível em: <http://www.knoow.net/cienceconempr/economia/cartel.htm>. Acesso em: 27/04/2012.
- OLIVEIRA, Gesner E RODAS, João Grandino. Direito e economia da concorrência – Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

POSSAS, Mário Luiz. Revista de Direito Econômico, CADE, out./dez. 1995. Horizontal Merger Guidelines, U.S.Department of Justice & Federal Trade Commission, 1992, p. 4. Tradução.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Notas introdutórias sobre o princípio da livre concorrência*. Revista Scientia Iuris, Londrina, v. 10, p. 83-96, 2006. Fonte: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/4110>. Acesso em: 13/04/2012

SANDRONI, Paulo. "Novíssimo dicionário de economia". Disponível em: <http://introducaoeconomia.files.wordpress.com/2010/03/dicionario-de-economia-sandroni.pdf>. Acesso em: 27/09/2012.

UERJ. FCE. Disponível em: <http://www.fce.uerj.br/corpo-docente/lucia-helena-salgado-e-silva/>. Acesso em: 26/10/2012.

UOL. EDUCAÇÃO. Disponível em: <http://educacao.uol.com.br/biografias/adam-smith.jhtm> – Acesso em: 20/05/2012



### 1.2.13 Os benefícios advindos da criação da figura jurídica do Microempreendedor Individual (MEI)

Andressa Sauzem dos Santos  
Mariana Soares Rocha<sup>1</sup>

#### Resumo

Em 19 de dezembro de 2008, se introduziu a figura jurídica denominada como Microempreendedor Individual – MEI através da Lei Complementar nº 128. Tal inovação legislativa observa o princípio constitucional que determina tratamento diferenciado para os pequenos empresários. Assim, a Lei Complementar nº 128/2008 alterou a redação da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, inserindo nesta o art. 18-A, o qual versa sobre o regramento jurídico, prevendo uma série de benefícios a serem concedidos àqueles que optarem pela sistemática nele prevista. O presente estudo versará acerca dos benefícios advindos da instituição da figura jurídica, abrangendo as benesses percebidas pelos indivíduos que optam por ser um Microempreendedor Individual, tais como benefícios previdenciários e tributários, dentre outros. Por fim, o estudo salienta as vantagens advindas da criação do regramento jurídico para a sociedade como um todo.

Palavras-chave: **Microempreendedor Individual. Inovação Legislativa. Benefícios.**

#### Introdução

A criação da figura jurídica do Microempreendedor Individual – MEI se deu através da Lei Complementar nº 128, de 19 de dezembro de 2008, a qual alterou a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2003, inserindo nesta dispositivos que versam sobre o novo regramento jurídico. Tal inovação legislativa se deu em virtude de um crescente processo de desburocratização que se instaurou no país desde a década de 1980, com o intuito de livrar empresários das amarras impostas pela burocracia.

Conforme previsão constitucional deve ser conferido tratamento diferenciado para aquelas empresas qualificadas como Microempresas ou Empresas de Pequeno Porte. Contudo, até a criação do Microempreendedor Individual permanecia a dificuldade de regularização para diversos trabalhadores autônomos, uma vez que o tratamento favorecido previsto pela Carta Magna não era alcançado por aqueles que desempenham suas atividades de forma irregular.

Entende-se, portanto, que a alteração da Lei Complementar nº 123/06 foi se deu como forma de trazer oportunidades de regularização para pessoas físicas que exerciam a atividade de empresa de forma autônoma, conferindo a estas uma série de benefícios e a inclusão do Microempreendedor nas normas gerais que preveem tratamento diferenciado e favorecido às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte no âmbito dos Poderes da União, Estados, Municípios e do Distrito Federal.

Ressalta-se que a criação de tal regramento jurídico possui finalidade socioeconômica deveras relevante para o desenvolvimento do país, bem como de seus cidadãos, na medida em que proporciona crescimento econômico e uma diminuição da desigualdade social.

A definição da figura jurídica do MEI é disposta pelo art. 18-A, § 1º da Lei Complementar 123/06, alterada pela Lei Complementar 128/08, o qual versa sobre o conceito de tal figura jurídica, assim prevendo:

Art. 18-A. [...] § 1º Para os efeitos desta Lei Complementar, considera-se MEI o empresário individual a que se refere o art. 966 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), que tenha auferido receita bruta, no ano-calendário anterior, de até R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), optante pelo Simples Nacional e que não esteja impedido de optar pela sistemática prevista neste artigo.

De acordo com o que se afere da leitura do referido dispositivo, o Microempreendedor Individual se trata, em verdade, de empresário individual, ou seja, aquele que, nos termos do art. 966 do Código Civil, exerce profissionalmente a atividade de empresa.

Contudo, salienta-se que será Microempreendedor Individual o empresário individual que tenha auferido receita bruta anual não superior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) e que

<sup>1</sup> Acadêmicas do 10º semestre do Curso de Direito da Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA.

seja optante pela sistemática do Simples Nacional, sem estar impedido de fazê-lo, nos termos do § 4º do referido dispositivo.

### 1. Criação da Figura Jurídica do Microempreendedor Individual

A Lei Complementar nº 123/2006, conforme visto, instituiu uma série de benefícios para as microempresas e empresas de pequeno porte. Contudo, conforme ressalta Felipe Charone Tavares Lopes (2010, s.p.) tais benefícios não eram alcançados por uma grande parcela de pequenos autônomos em virtude da burocracia e do alto custo de regulamentação, que ainda dificultavam a formalização de suas atividades.

No ano de 2008, se institui em nosso país a figura jurídica do Microempreendedor Individual – MEI, através da Lei Complementar nº 128, de 19 de dezembro de 2008. Tal inovação legislativa foi amplamente vinculada na mídia brasileira em razão da série de benefícios dela advindos para os pequenos autônomos que, até então, atuavam de maneira informal sem vislumbrar maiores possibilidades de crescimento pessoal e profissional.

A Lei Complementar nº 128/2008 alterou a redação da Lei Complementar nº 123/2006, instituindo a figura jurídica do Microempreendedor Individual – MEI e, segundo Lopes (2010, s.p.), a referida alteração legislativa possibilitou a oportunidade de regularização para pequenos empreendedores que exerciam a atividade empresária de forma autônoma de maneira informal.

Nesse sentido, assim versam Jefferson Dias Santos e Ricardo Costa Freitas (2009, s.p.) ao dispor sobre a criação do MEI:

Pensando nessa grande fatia de autônomos vivendo na informalidade e ciente de que impedir tais cidadãos de trabalharem na informalidade além de inviável é, na maioria das vezes prejudicial à comunidade onde esses estão instalados, o Congresso aprovou em dezembro último a Lei Complementar nº 128/2008, alterando o texto da Lei Complementar nº 123/2006 e criando a figura do Microempreendedor Individual (MEI) em seu artigo 18-A. Tal figura visa regularizar a situação de pequenos empreendedores que vivem há muito no mercado informal.

Jeferson Dias Santos e Ricardo Costa Freitas (2009, s.p.), por sua vez, destacam alguns dos benefícios advindos da instituição do MEI, assim versando:

Tal medida provê ferramentas para que esses empreendedores negociem junto à pessoas físicas e jurídicas com a máxima transparência, tenham acesso ao crédito, a participação em licitações públicas, o direito de ser um segurado do INSS, entre outras vantagens. Tudo isso com o benefício de uma carga tributária bastante reduzida, viabilizando o acesso a qualquer que queira se regularizar.

Os autores (SANTOS e FREITAS, 2009, s.p.) destacam a importância da criação do MEI, afirmando que se trata de “passo importante no combate à informalidade e no processo de desenvolvimento da economia brasileira”. Para os autores os efeitos positivos podem ser sentidos em todo o território nacional, pois além de um aumento na arrecadação, ocorre, também, um estímulo à profissionalização dos cidadãos diretamente beneficiados.

O Projeto de Lei Complementar da Câmara dos Deputados que instituiu a figura jurídica do Microempreendedor Individual foi aprovado por unanimidade de 49 votos pelo Plenário do Senado Federal, com algumas emendas.

De autoria do Deputado Federal, pelo Estado de São Paulo, Antônio Carlos Mendes Thame, o Projeto de Lei Complementar nº 128/2008 além de ser responsável pela criação do Microempreendedor Individual – MEI e por outras alterações da Lei Complementar 123/2006, também alterou dispositivos da Lei 8.212 e da Lei 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, que versam sobre a Seguridade Social e sobre os planos de benefícios da Previdência Social, respectivamente.

Segundo Carolina Pires (2009, p.12), durante audiência realizada em 28 de novembro de 2008, o então Ministro da Previdência Social, José Pimentel, defendia a aprovação da matéria no Senado Federal, afirmando milhões de pessoas que até então viviam na informalidade deveriam ser beneficiadas com o novo regramento jurídico. Conforme a autora José Pimentel, nesta oportunidade, afirmava que a formalização seria positiva para os trabalhadores, que passarão a usufruir imediatamente dos benefícios previdenciários, e também para a Previdência Social, pois esta aumentaria sua arrecadação.

Carolina Pires (2009, p. 18) destaca que fim social da Lei Complementar 123/2006, a partir da alteração que instituiu o Microempreendedor Individual – MEI, é retirar da informalidade pessoas que praticam diversas atividades como comércio ambulante, cabelereiro, pequenas lanchonetes e etc. Nesse sentido, afirma a autora que

Desburocratizando o procedimento de abertura a fim de legalizar a situação jurídica de várias empresas, empresários e empreendedores que passaram a serem sujeitos de direitos e obrigações e a terem reconhecida a sua atividade profissional e poderão gozar de benefícios fiscais, tributários, creditícios e trabalhistas, tais como direito a contribuição e benefícios da previdência social.

Em 2009, durante entrevista concedida a programa de televisão da cidade de Campo Grande, vinculado no site <<http://www.youtube.com>>, Adelmir Santana (SEBRAECRIESOLUÇÕES, 2009), que então era Senador da República pelo Distrito Federal e Presidente do Conselho Deliberativo Nacional do SEBRAE além de relator Projeto de Lei Complementar que instituiu o MEI, afirmou que o objetivo da criação do instituto jurídico é trazer os pequenos empreendedores para a formalidade para que estes passem a ser detentores de direitos previdenciários, passem a ter acesso a financiamentos bancário, dentre outros benefícios, deixando de existir na informalidade.

Adelmir Santana (SEBRAECRIESOLUÇÕES, 2009) ainda destaca que um dos principais benefícios da criação do MEI é a elevação da autoestima destes cidadãos que, a partir da formalização, passam a se ver como verdadeiros empresários, apesar de pequenos.

#### 1.1 Conceito, Requisitos e Impedimentos

A Lei Complementar 128/2008 previa incluiu o art. 18-A na Lei Complementar nº 123/2006 e seu § 1º definia a figura jurídica do Microempreendedor Individual, assim versando:

Art. 18-A. O Microempreendedor Individual - MEI poderá optar pelo recolhimento dos impostos e contribuições abrangidos pelo Simples Nacional em valores fixos mensais, independentemente da receita bruta por ele auferida no mês, na forma prevista neste artigo.

§ 1º Para os efeitos desta Lei, considera-se MEI o empresário individual a que se refere o art. 966 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, que tenha auferido receita bruta, no ano-calendário anterior, de até R\$ 36.000,00 (trinta e seis mil reais), optante pelo Simples Nacional e que não esteja impedido de optar pela sistemática prevista neste artigo.

Entretanto, a Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011, alterou o art. § 1º do 18-A no que tange o limite da receita bruta auferida no ano-calendário anterior, o qual passou a ser de 60.000 (sessenta mil reais).

Ainda, o § 2º do referido artigo versa sobre o limite da receita bruta auferida quando do início das atividades, assim versando:

§ 2º No caso de início de atividades, o limite de que trata o § 1º será de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) multiplicados pelo número de meses compreendido entre o início da atividade e o final do respectivo ano-calendário, consideradas as frações de meses como um mês inteiro.

O referido dispositivo da Lei Complementar 123/2006 esclarece que a receita bruta anual deve ser considerada proporcionalmente aos meses de atividade do MEI em determinado exercício. Assim, se o Microempreendedor Individual – MEI iniciar suas atividades em 10 de maio de determinado ano, por exemplo, sua receita bruta anual não poderá ser superior a R\$ 40.000 (quarenta mil reais).

Dessa maneira, atualmente se pode definir o Microempreendedor Individual – MEI como o empresário individual, previsto no art. 966 do Código Civil, que tenha auferido receita bruta, no ano-calendário anterior, de até 60.000 (sessenta mil reais), optante pelo Simples Nacional e que não esteja impedido de optar pela sistemática.

Rubens Requião (2012, p. 91) se utiliza do § 1º do art. 18-A da Lei Complementar nº 123/2006 para definir a “figura tributária” do Microempreendedor Individual. O autor ainda afirma que o MEI poderá optar pelo recolhimento dos impostos abrangidos pelo Simples Nacional através do pagamento de valores fixos mensais, os quais independem da receita bruta auferida no mês, e que, conforme destaca o autor, se tratam de valores bastante módicos.

Dentre os requisitos previstos em lei, Rubens Requião (2012, p. 97) destaca a proibição de contratar empregado com salário superior a um salário mínimo ou superior ao piso salarial da categoria profissional, conforme dispõe o art. 18-C da Lei Complementar 123/2006.

Além deste requisito, a Lei Complementar nº 123/2006, em seu art. 18-A, § 4º, abaixo transcrito, prevê as hipóteses em que o empreendedor será impedido de optar pelo regramento jurídico do Microempreendedor Individual – MEI.

§ 4º Não poderá optar pela sistemática de recolhimento prevista no caput deste artigo o MEI: I – cuja atividade seja tributada pelos Anexos IV ou V desta Lei Complementar, salvo autorização relativa a exercício de atividade isolada na forma regulamentada pelo Comitê Gestor; II – que possua mais de um estabelecimento; III – que participe de outra empresa como titular, sócio ou administrador; ou IV – que contrate empregado.

De acordo com o previsto com o inc. I do § 4º do art. 18-A da Lei Complementar nº 123/2006, as atividades tributadas na forma de seus Anexos IV e V não poderão fazer a opção pela sistemática prevista no caput do art. 18-C. Tais atividades estão previstas no § 5º-C e no § 5º-D do art. 18 da referida Lei Complementar.

O inc. II e o inc. III do § 4º preveem que o Microempreendedor Individual – MEI não poderá possuir qualquer sócio ou ter filiais. No que tange o inc. IV destaca-se que tal impedimento não é absoluto, uma vez que o MEI poderá contratar um empregado, desde respeitado o limite salarial, conforme anteriormente explicitado.

#### 1.2 Estatísticas do Microempreendedor Individual

Dentre as importantes ferramentas adotadas para a divulgação do novo regramento jurídico está o Portal do Empreendedor (2013), disponível na Internet no site <<http://www.portaldoeempreendedor.gov.br>>.

Conforme a descrição que o próprio site disponibiliza, o Portal do Empreendedor procura dinamizar atividade empresarial brasileira, prestando ao empresário informações de credibilidade e qualidade sobre a natureza jurídica de empresas em nosso país, os requisitos para sua formalização, os benefícios advindos desta e eventuais impedimentos. Ainda constam do Portal do Empreendedor (2013) “orientações sobre abertura, alteração, baixa e formalização de empreendimentos, visando criar um ambiente mais propício para negócios no País”.

O Portal do Empreendedor ainda oferece estatísticas atualizadas acerca do Microempreendedor Individual – MEI, as quais informam, por exemplo, que até o mês de junho de 2013, 3.105.320 (três milhões cento e cinco mil e trezentos e vinte) pequenos autônomos regularizaram suas atividades.

No Estado do Rio Grande do Sul, o número de optantes pelo regramento do Microempreendedor Individual – MEI, no mês de junho de 2013, já alcança a monta de 181.065 (cento e oitenta e um mil e sessenta e cinco) microempreendedores, sendo que 5.398 (cinco mil trezentos e noventa e oito) atuam na cidade de Santa Maria, conforme dados oferecidos pelo Portal do Empreendedor (2013).

É interessante ressaltar que a participação feminina no empreendedorismo no Brasil, conforme Anna Schmitz (SCHMITZ, 2005, p. 99), superou a média mundial no ano de 2002, sendo de 42%. Para a autora a existência de mulheres empreendedoras é uma tendência crescente, uma vez que pela falta de postos de trabalho estas veem no empreendedorismo uma saída para suas dificuldades financeiras.

Assim, dentre as estatísticas oferecidas pelo Portal do Empreendedor (2013) destaca-se, também, o crescente número de mulheres que optaram por serem Microempreendedoras Individuais, sendo que somente no estado do Rio Grande do Sul até o mês de abril 80.402 (oitenta mil quatrocentas e duas) mulheres optaram pela formalização da atividade autônoma que desempenhavam.

#### 2. Benefícios advindos da criação da figura jurídica do Microempreendedor Individual

São diversas as vantagens e benefícios alcançados àqueles que optam por ser um Microempreendedor Individual. Além da desburocratização no que tange a formalização e manutenção da atividade que exerce, o MEI tem acesso à redução da carga tributária, cobertura previdenciária, acesso ao crédito bancários e outros serviços, possibilidade de participação em licitações, possibilidade de contratação de um funcionário, dentre outros benefícios de que se tratará a seguir.

## 2.1 Benefícios Tributários

Rubens Requião (2012, p. 91) afirma que a Lei Complementar nº 128/2008 introduziu o art. 18-A na Lei Complementar nº 123/2006, instituindo a figura tributária do Microempreendedor Individual, destacando que o novo regramento jurídico impôs restrições à flexibilidade concedida às pessoas de direito público para modular as faixas de receita bruta previstas no art. 18-A, § 3º da Lei Complementar nº 123/2006.

Requião (2012, p. 91) salienta que o efeito central da nova figura é que o Microempreendedor Individual “poderá optar pelo recolhimento dos impostos abrangidos pelo Simples Nacional, adotando-se valores fixos mensais, independentemente da receita bruta auferida no mesmo mês”.

Rubens Requião (2012, p. 101) destaca a intensa materialização da instituição da figura do Microempreendedor Individual. Conforme dispõe o autor, “circularam relatos, logo após a implantação do sistema, do grande número de pessoas integradas ao mesmo tempo”. De acordo com o que dispõe o autor, afirma-se que no final do ano de 2009 cerca de um milhão de pessoas que atuavam na informalidade aderiram ao novo regramento jurídico.

Segundo ressalta Requião (2012, p. 91), os valores a serem recolhidos são bastante módicos, conforme se afere da leitura do art. 18-A, § 3º, inc. V, alíneas “a”, “b” e “c” da Lei Complementar 123/2006, abaixo transcrito:

Art. 18-A. O Microempreendedor Individual - MEI poderá optar pelo recolhimento dos impostos e contribuições abrangidos pelo Simples Nacional em valores fixos mensais, independentemente da receita bruta por ele auferida no mês, na forma prevista neste artigo. [...] § 3º Na vigência da opção pela sistemática de recolhimento prevista no caput deste artigo: [...] V – o Microempreendedor Individual recolherá, na forma regulamentada pelo Comitê Gestor, valor fixo mensal correspondente à soma das seguintes parcelas: a) R\$ 45,65 (quarenta e cinco reais e sessenta e cinco centavos), a título da contribuição prevista no inciso IV deste parágrafo; b) R\$ 1,00 (um real), a título do imposto referido no inciso VII do caput do art. 13 desta Lei Complementar, caso seja contribuinte do ICMS; e c) R\$ 5,00 (cinco reais), a título do imposto referido no inciso VIII do caput do art. 13 desta Lei Complementar, caso seja contribuinte do ISS;

Nos termos do disposto pelo inc. IV do § 3º do art. 18-A da Lei Complementar nº 123/2006 a opção pelo enquadramento como Microempreendedor Individual importa opção pelo recolhimento da contribuição referida no inciso X do § 1º do art. 13 da referida Lei Complementar, ou seja, a contribuição para a Seguridade Social, relativa à pessoa do MEI, na qualidade de contribuinte individual.

A Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, versa sobre a organização da Seguridade Social e institui seu Plano de Custeio e, no § 2º de seu art. 21, abaixo transcrito, dispõe sobre a forma como se dará a contribuição do Microempreendedor Individual para a Seguridade Social.

Art. 21 [...] § 2º No caso de opção pela exclusão do direito ao benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, a alíquota de contribuição incidente sobre o limite mínimo mensal do salário de contribuição será de: II - 5% (cinco por cento): a) no caso do microempreendedor individual, de que trata o art. 18-A da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006;

Impende ressaltar que a alíquota de que trata o dispositivo acima elencado foi instituída pela Lei nº 12.470, de 31 de agosto de 2011, a qual alterou o art. 21 da Lei 8.212/1991, estabelecendo alíquota diferenciada de contribuição para o Microempreendedor Individual, o qual ao invés de contribuir com 11% (onze por cento) do limite mínimo mensal do salário de contribuição, passou a contribuir com apenas 5% (cinco por cento), através do que se denominou Plano Simplificado.

## 2.2 Valor Recolhido pelo Microempreendedor Individual

Kerly Huback Bragança (2012, p. 314) dispõe sobre a contribuição dos segurados da Previdência Social, estabelecendo que para os contribuintes individuais e facultativos existem o Plano Convencional e o Plano Simplificado. O chamado Plano Convencional prevê que a contribuição de contribuintes individuais e facultativos será calculada mediante a aplicação da alíquota de 20% sobre o salário de contribuição deste, nos termos do art. 21, caput, da Lei 8.213/1991.

Bragança (2012, p. 314) define o salário de contribuição do contribuinte individual e do facultativo e, no que tange o primeiro, destaca que “o salário de contribuição do contribuinte individual é o valor da sua remuneração recebida de uma ou mais empresas, ou pelo exercício



por conta própria, respeitando-se os limites mínimo e máximo”. Tais limites estão previstos no art. 28, III da Lei 8.212/1991, correspondendo atualmente ao salário mínimo e o teto do INSS que, atualmente, corresponde a R\$ 4.159 (quatro mil cento e cinquenta e nove reais).

Conforme destaca Bragança (2012, p.314), a alíquota de 20%, mesmo que aplicada ao limite mínimo de salário de contribuição do contribuinte individual, qual seja, o salário mínimo, “é desencorajadora para pessoa menos favorecidas, que tenderão a adiar sua entrada na previdência social, relegando ao futuro a própria sorte”.

O autor (BRAGANÇA, 2012, p. 314) dispõe que como forma de fomentar a inclusão previdenciária de uma grande parcela da população foi concebido o Plano Simplificado para segurados facultativos e contribuintes individuais, permitindo que mesmo com uma menor contribuição lhes seja permitido o acesso a diversos benefícios previdenciários.

Bragança destaca que o Plano Simplificado tem previsão nos §§ 2º a 5º do art. 21 da Lei nº 8212/1991, prevendo que, ao invés de recolher 20% sobre o salário contribuição, conforme prevê o Plano Convencional, a alíquota incidente sobre o limite mínimo mensal, que corresponde a um salário mínimo, será, no que tange o Microempreendedor Individual, de 5%, conforme já afirmado. Destaca-se que o Plano Simplificado abrange, além do MEI, o autônomo que não trabalha para empresas e o segurado facultativo, os quais contribuem com 11% do salário mínimo, e o segurado facultativo de baixa renda, que também contribui com apenas 5%.

Salienta-se que a adesão ao Plano Simplificado, conforme afirma Bragança, (2012, p. 315) “implica exclusão do direito ao benefício da aposentadoria por tempo de contribuição e à contagem recíproca do tempo de contribuição para um regime estatutário de previdência social”.

Entretanto, o autor ressalta que se ressalvou a possibilidade do segurado complementar a contribuição mensal, mediante o recolhimento da diferença entre o percentual pago e o percentual de 20%, acrescido de juros moratórios, conforme prevê o art. 21, § 3º da Lei nº 8.212/1991.

Nesse sentido, Fábio Zambitte Ibrahim (2012, p. 236) assim versa

Esta benesse, que se adequa com o disposto no art. 201, §§ 11 e 12, da Constituição, visa estimular o ingresso efetivo destes segurados no RGPS. Caso estes segurados, posteriormente, pretendam contar o tempo correspondente para fins de obtenção de aposentadoria por tempo de contribuição ou da contagem recíproca de regimes previdenciários, deverão complementar a contribuição mensal mediante o [...] pagamento da diferença percentual e acréscimo de juros, sem multa.

Nos termos das alíneas “b” e “c” do § 3º do art. 18-A da Lei Complementar nº 123/2006, o valor fixo mensal a ser recolhido pelo Microempreendedor Individual será composto, também, pelo pagamento de R\$ 1,00 (um real) a título de Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, se a atividade desempenhada pelo MEI for de comércio ou indústria, ou de R\$ 5,00 (cinco reais) a título de Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS, se a atividade desempenhada corresponder a prestação de serviços.

Considerando que o limite mínimo mensal do salário de contribuição de corresponde ao salário mínimo nacional, que atualmente é de R\$ 678,00 (seiscentos e setenta e oito reais), fixado pelo Decreto nº 7.872, de 26 de dezembro de 2012, nota-se que os valores previstos pela Lei Complementar nº 123/2006 estão desatualizados. Isto ocorre porque, por se tratar de lei ordinária, a Lei nº 12.470/2011, que estabeleceu alíquota diferenciada de contribuição para o Microempreendedor Individual, não obtém o condão de alterar a redação da Lei Complementar 123/2006.

Assim, atualmente o Microempreendedor Individual recolherá o valor fixo mensal correspondente à soma de R\$ 33,90 (trinta e três reais e noventa centavos) a título da contribuição para Seguridade Social e R\$ 1,00 (um real), a título de ICSM, ou R\$ 5,00 (cinco reais), a título de ISS.

Salienta-se que a Resolução nº 58 do Comitê Gestor do Simples Nacional, de 27 de abril de 2009, a qual dispõe sobre o Microempreendedor Individual no âmbito do Simples Nacional, em seu art. 4º, versa sobre os Documentos de Arrecadação do Simples Nacional – DAS, através dos quais se dá o recolhimento dos valores fixos mensais de que já se tratou, prevendo que o optante pelo Sistema de Recolhimento em Valores Fixos Mensais dos Tributos abrangidos pelo Simples Nacional – SIMEI será possibilitada a emissão simultânea dos DAS, para todos os meses do ano-calendário, estando a impressão destes disponível a partir do início do ano-calendário ou do início das atividades.

### 2.3 Enquadramento e Desenquadramento e seus efeitos

Nos termos do art. 18-A § 5º, incisos. I, II e III, da Lei Complementar nº 123/2006, a opção por ser um MEI é irrevogável para todo o ano-calendário, devendo ser realizada no início do mesmo, na forma disciplinada pelo Comitê Gestor do Simples Nacional, produzindo efeitos a partir do primeiro dia do ano-calendário da opção ou a partir da data do início da atividade.

Conforme Leonardo Ribeiro Pessoa (2009, s.p.), o desenquadramento se dará de ofício ou mediante comunicação do Microempreendedor Individual à Secretaria da Receita Federal do Brasil – RFB, conforme dispõe o § 6º do art. 18-A da Lei Complementar nº 123/2006.

Nos termos do § 7º do referido dispositivo, o desenquadramento do Microempreendedor Individual mediante comunicação à RFB se dará:

Art. 18-A [...] § 7º O desenquadramento mediante comunicação do MEI à Secretaria da Receita Federal do Brasil – RFB dar-se-á: I – por opção, que deverá ser efetuada no início do ano-calendário, na forma disciplinada pelo Comitê Gestor, produzindo efeitos a partir de 1º de janeiro do ano-calendário da comunicação; II – obrigatoriamente, quando o MEI incorrer em alguma das situações previstas no § 4º deste artigo, devendo a comunicação ser efetuada até o último dia útil do mês subsequente àquele em que ocorreu a situação de vedação, produzindo efeitos a partir do mês subsequente ao da ocorrência da situação impeditiva; III – obrigatoriamente, quando o MEI exceder, no ano-calendário, o limite de receita bruta previsto no § 1º deste artigo, devendo a comunicação ser efetuada até o último dia útil do mês subsequente àquele em que ocorreu o excesso, produzindo efeitos: a) a partir de 1º de janeiro do ano-calendário subsequente ao da ocorrência do excesso, na hipótese de não ter ultrapassado o referido limite em mais de 20% (vinte por cento); b) retroativamente a 1º de janeiro do ano-calendário da ocorrência do excesso, na hipótese de ter ultrapassado o referido limite em mais de 20% (vinte por cento); IV – obrigatoriamente, quando o MEI exceder o limite de receita bruta previsto no § 2º deste artigo, devendo a comunicação ser efetuada até o último dia útil do mês subsequente àquele em que ocorreu o excesso, produzindo efeitos: a) a partir de 1º de janeiro do ano-calendário subsequente ao da ocorrência do excesso, na hipótese de não ter ultrapassado o referido limite em mais de 20% (vinte por cento); b) retroativamente ao início de atividade, na hipótese de ter ultrapassado o referido limite em mais de 20% (vinte por cento).

Assim, o desenquadramento através de comunicação a RFB se dará de forma opcional, devendo ser efetuada no início do ano calendário, ou de forma obrigatória, quando o Microempreendedor Individual incorrer em um dos impedimentos previstos pelo § 4º do art. 18-A ou, ainda, quando este ultrapassar os limites de receita bruta anual de que tratam os §§ 1º e 2º do referido artigo. Destaca-se que na falta de comunicação de que trata o § 7º, anteriormente colacionado, o desenquadramento se dará de ofício, nos termos no § 8º do art. 18-A.

Quanto aos efeitos do desenquadramento, dispõe o § 9º do art. 18-A que o empresário individual desenquadrado, a partir da data de início do desenquadramento, passará a recolher os tributos devidos de acordo com a regra geral do Simples Nacional, com efeitos retroativos a 1º de janeiro do ano-calendário da ocorrência do excesso ou ao início das atividades, ressalvada a hipótese prevista no § 10 do mesmo artigo, que assim versa:

Art. 18-A [...] § 10. Nas hipóteses previstas nas alíneas a dos incisos III e IV do § 7º deste artigo, o MEI deverá recolher a diferença, sem acréscimos, em parcela única, juntamente com a da apuração do mês de janeiro do ano-calendário subsequente ao do excesso, na forma a ser estabelecida em ato do Comitê Gestor.

Conforme se afere da leitura dos dispositivos legais em tela, o previsto no parágrafo acima diz respeito ao Microempreendedor Individual que não ultrapassou o limite de receita bruta previsto em mais de 20% (vinte por cento).

No que tange a ressalva acima elencada, Rubens Requião (2012, p. 97) afirma que, assim como ocorre com as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, em não sendo o excesso de receita bruta superior a 20% (vinte por cento) do limite, os efeitos do desenquadramento não retroagirão ao início do ano-calendário da ocorrência do excesso ou ao início das atividades, havendo efeitos apenas para o ano-calendário subsequente.

Nesse sentido, assim versa o § 6º do art. 3º da Resolução nº 58/2009 do Comitê Gestor do Simples Nacional:

Art. 3º [...] § 6º Na hipótese de a receita bruta auferida no ano-calendário anterior não exceder em mais de 20% (vinte por cento) os limites de que tratam o inciso I do § 1º e o § 2º do art. 1º, o contribuinte deverá recolher a diferença, sem acréscimos, no vencimento estipulado para o pagamento dos tributos abrangidos pelo Simples

Nacional relativos ao mês de janeiro do ano-calendário subsequente, aplicando-se as alíquotas previstas nos Anexos da Lei Complementar nº 123, de 2006, observando-se, com relação à inclusão dos percentuais relativos ao ICMS e ao ISS, as tabelas constantes do Anexo Único desta Resolução.

#### 2.4 Comprovação da Receita Bruta

De acordo com o que se destacou anteriormente, a ultrapassagem do limite da receita bruta auferida pelo Microempreendedor Individual, além de impedimentos previstos, podem ocasionar o seu desenquadramento da sistemática privilegiada a ele conferida.

Assim, se entende ser de grande valia abordar a forma como se deve dar a comprovação da receita bruta auferida pelo Microempreendedor Individual, a qual ocorre de maneira bastante simples.

Conforme prevê o Portal do Empreendedor (2013), até o dia 20 de cada mês o Microempreendedor Individual deve preencher, mesmo que de forma manual, o Relatório Mensal das Receitas Brutas que obteve no mês anterior. O site até mesmo oferece um modelo do referido relatório (ANEXO 1) que para que o MEI faça o *download* e preencha com mais facilidade.

Salienta-se que devem ser anexadas ao relatório os documentos fiscais comprobatórios das entradas de mercadorias e serviços tomados referentes ao período, bem como as notas fiscais relativas às operações ou prestações realizadas eventualmente emitidas.

Ainda, há a obrigatoriedade de declarar anualmente o valor do faturamento no ano anterior. Tal declaração é denominada Declaração Anual do Simples Nacional - Microempreendedor Individual - DASN SIMEI e é efetuada através da Internet em endereço disponibilizado pelo Portal do Empreendedor.

No que tange a referida declaração, assim versa o art. 7º da Resolução nº 58/2009 do CGSN,

Art. 7º Na hipótese de o MEI ser optante pelo SIMEI no ano-calendário anterior, deverá apresentar, até o último dia de maio de cada ano, à RFB, a Declaração Anual do Simples Nacional para o Microempreendedor Individual (DASN-SIMEI), em formato especial, que conterá tão-somente: (Redação dada pela Resolução CGSN nº 84, de 25 de fevereiro de 2011) I – a receita bruta total auferida relativa ao ano-calendário anterior; II – a receita bruta total auferida relativa ao ano-calendário anterior, referente às atividades sujeitas ao ICMS. III - informação referente à contratação de empregado, quando houver. (Incluído pela Resolução CGSN nº 68, de 28 de outubro de 2009)

Salienta-se que, conforme informa o Portal do Empreendedor (2013) a contabilidade forma, com exigência de livro diário e razão ou livro caixa é dispensada para o Microempreendedor Individual. Contudo, assim dispõe o site quanto aos cuidados que o MEI deve ter para garantir a formalidade de suas atividades:

o empreendedor deve zelar pela sua atividade e manter um mínimo de controle em relação ao que compra, ao que vende e quanto está ganhando. Essa organização mínima permite gerenciar melhor o negócio e a própria vida, além de ser importante para crescer e se desenvolver.

#### 2.5 Emissão de Documentos Fiscais

Quanto à emissão de documentos fiscais assim dispõe o art. 26, §§ 1º e 6º da Lei Complementar nº 123/2006,

Art. 26. [...] § 1º O MEI fará a comprovação da receita bruta mediante apresentação do registro de vendas ou de prestação de serviços na forma estabelecida pelo CGSN, ficando dispensado da emissão do documento fiscal previsto no inciso I do caput, ressalvadas as hipóteses de emissão obrigatória previstas pelo referido Comitê. § 6º Na hipótese do § 1º deste artigo: I – deverão ser anexados ao registro de vendas ou de prestação de serviços, na forma regulamentada pelo Comitê Gestor, os documentos fiscais comprobatórios das entradas de mercadorias e serviços tomados referentes ao período, bem como os documentos fiscais relativos às operações ou prestações realizadas eventualmente emitidos; II – será obrigatória a emissão de documento fiscal nas vendas e nas prestações de serviços realizadas pelo MEI para destinatário cadastrado no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), ficando dispensado desta emissão para o consumidor final.

De acordo com o que se afere da leitura do dispositivo acima transcrito, o Microempreendedor Individual é dispensado da emissão de documento fiscal de venda ou

prestação de serviço, salvo quando se tratar de venda ou prestação de serviço em que o destinatário seja cadastrado no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica – CNPJ.

## 2.6 Benefícios Previdenciários alcançados ao MEI

Dentre os benefícios concedidos àquele que opta por ser um Microempreendedor Individual, certamente se deve conferir destaque à cobertura previdenciária a que este tem direito. Conforme o anteriormente afirmado, aquele que opta pela sistemática do MEI não fará jus à aposentadoria por tempo de contribuição, salvo complementação da contribuição recolhida, acrescida de juros moratórios.

Contudo, conforme informa o Portal do Empreendedor (2013), o Microempreendedor Individual terá direito a uma cobertura previdenciária que inclui benefícios para o segurado e sua família, como o auxílio-doença, a aposentadoria por invalidez, a aposentadoria por idade, o salário-maternidade, a pensão por morte e o auxílio-reclusão. Para tanto o MEI deverá recolher contribuição reduzida que atualmente corresponde a 5% do salário mínimo, conforme já visto.

Tal cobertura previdenciária, de acordo com o previsto pelo Portal do Empreendedor (2013), prevê que

o empreendedor estará protegido em casos de doença, acidentes, além dos afastamentos para dar a luz no caso das mulheres e, após 15 anos, a aposentadoria por idade. A família do empreendedor terá direito à pensão por morte e auxílio-reclusão.

Assim, se versará agora sobre as principais características de cada uma das prestações beneficiárias a que faz jus o Microempreendedor Individual, abrangendo seus requisitos básicos, a carência para a concessão de cada benefício, bem como o valor da prestação a ser recebida.

Fábio Zambitte Ibrahim (2012, p. 638) define o auxílio-doença como o “benefício não programado, decorrente da incapacidade temporária do segurado para o seu trabalho habitual [...] devido se a incapacidade for superior a 15 (quinze) dias consecutivos”. Ainda ressalta o autor que o nome conferido ao benefício pode induzir a erro, pois este será devido em caso de doenças e, também, em caso de acidentes. Assim versam o art. 59, caput, da Lei nº 8.213/1991:

Art. 59. O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.

Salienta Ibrahim, que o devendo deflagrador do benefício é a incapacidade e, não, a doença ou acidente, uma vez que estes, por si só, não garantem a concessão do benefício. Relembra o autor (2012, p.639) que a incapacidade deve ser avaliada em relação a atividade desempenhada pelo segurado.

Conforme prevê Kerlly Huback Bragança (2012, p. 195), “o auxílio doença vem acudir o segurado por motivo de incapacidade para seu trabalho [...] que o aproxima da aposentadoria por invalidez, mas com ela não se confunde, vez que a incapacidade não é substancial e permanente”. Assim, de acordo com o autor (2012, p. 196) o auxílio-doença será concedido ao segurado em caso de incapacidade substancial e temporária, ou seja, quando houver previsão de recuperação a certo prazo.

Ao versar sobre as regras gerais acerca do benefício em tela, Ibrahim (2012, p.641) dispõe que a carência para concessão do auxílio-doença de 12 (doze) contribuições mensais, salvo em caso de acidente, quando não há carência, sendo que a renda do auxílio-doença consiste em 91% do salário de benefício.

Impende aqui salientar que o salário de benefício, nos termos do art. 29, II da Lei nº 8.213/1991, corresponde à “média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo”. No que tange o auxílio-doença, salienta-se que o fator previdenciário não incidirá no cálculo da renda do benefício.

Definida por Ibrahim (2012, p. 593) como o benefício concedido ao “segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz para o trabalho e insuscetível de reabilitação”, a aposentadoria por invalidez é prevista no art. 42 da Lei nº 8.213/1991, abaixo colacionado.

Art. 42. A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-



doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

Conforme salienta Bragança (2012, p.191) a renda mensal da aposentadoria por invalidez será igual a 100% (cem por cento) do salário de benefício, nos termos do art. 44 da Lei nº 8.213/1991, sendo que não incidirá o fator previdenciário para o cálculo do mesmo.

Ainda, dispõe o autor (BRAGANÇA, 2012, p. 190) que a carência para a concessão do benefício, assim como no auxílio-acidente, será de 12 (doze) contribuições mensais, salvo quando a doença incapacitante constar do rol de doenças que são consideradas isentas de carência e estão previstas pela Portaria Ministerial MPAS/MS 2.998/2001. Ressalta-se que tais isenções aplicam-se também para a concessão de auxílio-doença.

De acordo com Ibrahim (2012, p. 599) a aposentadoria por idade “visa garantir a manutenção do segurado e de sua família quando a idade avançada não permita a continuidade laborativa”. Tal benefício está previsto pelo art. 48 da Lei nº 8.213/1991, o qual prevê que a “aposentadoria por idade será devida ao segurado que, cumprida a carência exigida nesta Lei, completar 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta), se mulher”.

Ressalta-se que a carência de que trata o referido artigo é de 180 (cento e oitenta) contribuições mensais e que a renda do benefício, conforme dispõe Bragança (2012, p.162) “a renda mensal é igual a 70% do salário de benefício, mais 1% deste por grupo de 12 contribuições mensais”. Ainda salienta o autor que é facultado ao segurado a opção pela incidência ou não do fator previdenciário, sendo dever do INSS realizar o cálculo da renda mensal inicial com e sem a incidência, concedendo o maior.

A Microempreendedora Individual, segurada do INSS, fará jus ao benefício de que trata o art. 71 da Lei nº 8.213/1991, a seguir colacionado:

Art. 71. O salário-maternidade é devido à segurada da Previdência Social, durante 120 (cento e vinte) dias, com início no período entre 28 (vinte e oito) dias antes do parto e a data de ocorrência deste, observadas as situações e condições previstas na legislação no que concerne à proteção à maternidade.

Bragança (2012, p. 210) salienta que também é previsto o direito da mão adotiva à concessão do benefício, sendo devido à segurada que adotar ou obtiver a guarda judicial para fins de adoção durante 120 dias, em se tratando de criança de até um ano de idade, 60, em se tratando de criança entre um e quatro anos de idade e, por fim, durante 30, se se tratar de criança entre quatro e oito anos de idade. Destaca Ibrahim (2012, p. 655) que quando houver adoção de mais de uma criança, será devido um único salário-maternidade, em relação a criança de menor idade.

Para as seguradas que são contribuintes individuais, como é o caso da Microempreendedora Individual, a carência para a concessão do benefício é de 10 (dez) contribuições mensais e, conforme dispõe o art. 73, III, da Lei nº 8.213/1991, a renda do benefício consistirá em 1/12 (em doze avos) da soma dos 12 (doze) últimos salários de contribuição, apurados em um período não superior a 15 meses.

Bragança (2012, p. 224) define a pensão por morte como a “renda mensal devida aos dependentes do segurado falecido, visando ampará-los diante da perda daquele de quem dependiam economicamente”. Assim versa o art. 74 da referida Lei:

Art. 74. A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data: I - do óbito, quando requerida até trinta dias depois deste; II - do requerimento, quando requerida após o prazo previsto no inciso anterior; III - da decisão judicial, no caso de morte presumida.

Para efeitos de concessão de pensão por morte e auxílio doença, são considerados dependentes do segurado aqueles indivíduos previstos no art. 16 da Lei nº 8.213/1991, que assim versa:

Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado: I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente; II - os pais; III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência



intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente;

Ressalta-se que, conforme dispõe o § 1º do artigo acima colacionado, “a existência de dependente de qualquer das classes deste artigo exclui do direito às prestações os das classes seguintes” e que apenas os dependentes previstos nos incisos II e III do artigo 16 deverão comprovar sua dependência econômica em relação ao segurado, nos termos do § 4º do artigo colacionado.

Ainda, impende salientar que o § 2º do referido dispositivo equipara o enteado e o menor tutelado ao filho do segurado, desde que haja declaração do segurado nesse sentido e que reste comprovada a dependência econômica.

Conforme destaca Bragança (2012, p. 224), não se exige carência para a concessão da pensão por morte, sendo necessário, entretanto que o falecido, ao tempo do óbito, tivesse qualidade de segurado ou tivesse preenchido os requisitos legais para a obtenção de aposentadoria até a data do óbito.

Nos termos do art. 75 da Lei nº 8.213/1991, a renda mensal inicial da pensão por morte equivalerá a 100% (cem por cento) do valor da aposentadoria que recebia ou do valor que este receberia se estivesse aposentado por invalidez na data do óbito.

Fábio Ibrahim (2012, p. 673) ressalta que o auxílio-reclusão, assim como a pensão por morte, é benefício concedido aos dependentes do segurado. No caso do auxílio-reclusão, não será o apenado o titular do benefício e, sim, sua família. Assim versa o art. 80 da Lei nº 8.213/1991, quanto à concessão de auxílio reclusão,

Art. 80. O auxílio-reclusão será devido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado recolhido à prisão, que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, de aposentadoria ou de abono de permanência em serviço.

Ibrahim (2012, p. 673) dispõe que se o segurado receber alguma das prestações de que trata a parte final do dispositivo acima transcrito, este não receberá auxílio-reclusão, pois o benefício que estiver recebendo não será cancelado em virtude de seu recolhimento à prisão, salvo em se tratando de crime contra a previdência social.

De acordo com Bragança (2012, p. 233), o valor mensal do auxílio-reclusão será equivalente a 100% (cem por cento) do valor da aposentadoria por invalidez que receberia se estivesse aposentado por invalidez na data da prisão. Não se exige carência para a concessão do benefício, mas é necessária a qualidade de segurado à época da prisão.

## 2.7 Outros benefícios e vantagens

Conforme visto anteriormente, a partir de sua formalização, o Microempreendedor Individual faz jus a uma série de benefícios, dentre os quais se destacou a redução da carga tributária, o controle simplificado, a possibilidade de contratação de um empregado por um custo menor, bem como a existência de cobertura previdenciária.

Contudo, além dos benefícios já abordados, existem outras vantagens concedidas ao empresário individual que opta pela sistemática prevista pelo art. 18-A da Lei Complementar nº 123/2006, se tornando um Microempreendedor Individual.

No primeiro capítulo deste estudo, já se apontava que a criação das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte e, posteriormente, do Microempreendedor Individual, foi somente possibilitada por um processo de desburocratização iniciado já na década de 80.

Assim, destaca-se que uma das grandes vantagens da opção pela sistemática de que aqui se trata é a ausência de burocracia para a formalização, sendo esta realizada de forma gratuita através do Portal do Empreendedor (2013).

Nesse sentido, assim versa o inc. V do art. 3º da Resolução nº 16, de 17 de dezembro de 2009, do CGSIM – Comitê para Gestão da Rede Nacional para Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios,

Art. 3º O processo de registro, alteração, baixa e legalização do MEI observará as disposições da Lei nº 11.598, de 3 de dezembro de 2007, da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, alterada pela Lei Complementar nº 128, de 19 de dezembro de 2008, da Lei n. 12.470, de 01 de setembro de 2011, da Lei Complementar n. 139, de 11 de novembro de 2011, assim como as seguintes diretrizes específicas: V - deverá ser simples e rápido, de forma que o MEI possa efetuar seu registro, alteração, baixa e legalização por meio do Portal do Empreendedor,

dispensando-se completamente o uso de formulários em papel e a aposição de assinaturas autógrafas;

Os incisos seguintes do art. 3º da Resolução nº 16/2009 do CGSIM ainda preveem que não haverá custos relativos à prestação dos serviços de apoio à formalização às ações dos órgãos e entidades pertinentes à inscrição e legalização necessárias ao início de funcionamento de suas atividades e que será disponibilizado ao Microempreendedor Individual o Certificado da Condição de Microempreendedor Individual - CCMEI, o qual será "documento hábil para comprovar suas inscrições, alvarás, licenças e sua situação de enquadramento na condição de Microempreendedor Individual perante terceiros".

Ainda salienta o parágrafo único do referido dispositivo, quanto a outros custos para a formalização,

Art. 3º. [...] Parágrafo único. É vedado à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como às demais entidades e órgãos, exigir valores a qualquer título referentes a qualquer ato de inscrição e início de funcionamento do Microempreendedor Individual, especialmente quanto a taxas, emolumentos e demais custos relativos à abertura, à inscrição, ao registro, ao alvará, à licença, ao arquivamento, a permissões, a autorizações e ao cadastro, conforme o § 3º do art. 4º da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

Ainda, conforme dispõe o art. 6º do referido diploma, escritórios contábeis optantes pelo Simples Nacional poderão efetuar o registro e a legalização do Microempreendedor Individual, promovendo atendimento gratuito no que tange a prestação de informações e orientações completas, a execução de serviços de apoio necessários para o registro e a legalização e para a elaboração e encaminhamento da primeira Declaração Anual do Simples Nacional do MEI.

Outro aspecto vantajoso é a orientação e assessoria prestadas pelo SEBRAE – Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas através do programa SEI – SEBRAE para o Microempreendedor Individual. Trata-se de apoio técnico essencial ao Microempreendedor Individual, uma vez que o referido programa é composto por soluções que visam uma melhor gestão e o crescimento do MEI.

Ao Microempreendedor Individual legalizado ainda é possibilitada a participação em licitações e no que tange esta vantagem, impende reportar algumas considerações elencadas por Adriano Biancolini (2011, s.p.). O MEI está dispensado de manter contabilidade formal e, segundo o autor,

a exigência por parte da Administração pela apresentação de "balanço patrimonial e demonstrações contábeis", forçaria tais indivíduos a suportar ônus que foi dispensado pelos normativos que formam o regime jurídico do Microempreendedor Individual.

Biancolini entende que tais exigências descumpririam o previsto no art. 37, XXI, da Constituição da República, que assim versa

Art. 37. [...] XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Entende o autor (2011, s.p.) que se não há previsão legal que verse sobre a obrigatoriedade do Microempreendedor Individual manter contabilidade formal, é restaria vedado à Administração Pública impor a ele tal obrigação.

Segundo informa o Portal do Empreendedor (2013), umas das vantagens da sistemática do Microempreendedor Individual é a facilitação a serviços bancários e também ao crédito disponibilizado pelas instituições financeiras.

Em 06 de maio de 2013, durante o programa de rádio Café com a Presidenta, da Rádio Nacional, a Presidenta da República Dilma Rousseff, ressaltou a importância da figura jurídica do Microempreendedor Individual.

Durante trecho do depoimento da Presidenta, vinculado no site <<http://www.youtube.com>>, esta afirmou que, em breve, existiram mais 3.000.000 (três milhões) de microempreendedores no Brasil, o que se considera um número impressionante. Para Dilma Rousseff, tais pessoas deixaram de ser trabalhadores informais, ou até deixaram seus empregos, para se legalizarem e se tornarem microempreendedores.

No que tange a concessão de crédito bancário, a Presidenta frisou que desde o final do mês de maio de 2013, os bancos públicos passaram a oferecer financiamento de até R\$ 15.000 (quinze mil reais) para os pequenos empreendedores, cobrando uma taxa de 1% na abertura do crédito e uma taxa de juros que passou de 8% para 5%.

Tal iniciativa se deu através do Programa Crescer, sendo que o Portal do Governo Brasileiro (2013), disponível para acesso no site <<http://www.brasil.gov.br/>>, informa acerca do acesso ao crédito bancário por parte do Microempreendedor Individual, assim dispondo:

O acesso a crédito no Brasil aumentou consideravelmente na última década. Entre os mais beneficiados estão os pequenos e microempreendedores, que passaram a ter acesso a mais linhas de microcrédito, especialmente a partir do Programa Nacional de Microcrédito Produtivo Orientado (PNMPO), criado pelo Ministério do Trabalho e do Emprego em 2005. Em 2011, mais um passo foi dado nesse sentido, com a criação do programa Crescer, que vai oferecer dinheiro a taxas ainda mais baixas.

Nota-se que as iniciativas governamentais para facilitar o acesso ao crédito por parte dos pequenos empreendedores se dão nos termos do tratamento diferenciado que deve ser concedido a estas figuras jurídicas, conforme previsão constitucional.

Outro incentivo se dá no Estado de São Paulo onde decreto assinado em 07 de junho de 2013 estendeu a isenção do tributo na venda de automóvel de passageiro destinado a serviço de táxi para o taxista Microempreendedor Individual – MEI, conforme informa notícia do site <<http://www.tributario.net>>.

Todas as medidas de que aqui se tratou de fato demonstram que o objetivo maior a ser alcançado é o crescimento do indivíduo que opta por ser um Microempreendedor Individual como verdadeiro empreendedor. A atuação dentro da legalidade, vinculada aos benefícios concedidos àquele que opta por esse regramento jurídico, importam chances de prosperidade para aqueles que antes viviam na informalidade.

## 2.8 Benefícios advindos da criação do Microempreendedor Individual alcançados à toda a sociedade

Após abordar diversos benefícios e vantagens alcançados ao Microempreendedor Individual, impende agora versar a respeito dos benefícios oriundos da criação da figura jurídica do Microempreendedor Individual para toda a sociedade.

Armindo Werlang Filho (2010, p. 105) versa sobre a concessão de crédito aos pequenos empreendedores como ferramenta de diminuição da desigualdade social, assim dispondo

O acesso ao crédito pelo empreendedor é tratado como agente impulsionador da sustentabilidade de um empreendimento. Assim, não interessa a sua magnitude, mas a capacidade de gerar renda e a possibilidade real de inserção do empreendedor como cidadão na sociedade [...].

Conforme o entendimento do autor, não se deve dar importância ao tamanho de um empreendimento, uma vez que a importância deste está na sua capacidade de gerar renda, alterando a condição social do empreendedor e colaborando para a diminuição da desigualdade social.

A opção por se tornar um Microempreendedor Individual propicia a um número cada vez maior de brasileiros a oportunidade de regularização das atividades que exercem. Entende-se que tal regularização traduz a efetivação do direito à dignidade, assegurado pela Constituição Federal que, neste contexto, se exprime através da realização pessoal, profissional e social do empreendedor, que se torna cada vez mais capaz de compreender a sua condição de cidadão.

Ruben Requião (2012, p. 101) afirma o sucesso da inovação legislativa que permitiu a integração dos microempreendedores na economia formal e ressalta o aumento das contribuições desde o início da criação da figura do MEI, assim dispondo

A autoridade previdenciária acusa o aumento das contribuições geradas pelos microempreendedores, que em janeiro de 2010 respondia a 3,4% do total arrecadado pela Previdência Social no país. A própria contribuição das empresas, resultantes de trabalhos autônomos a elas prestados, aumentou de 8,91 para 9,37% do total arrecadado no país entre dezembro de 2008 e novembro de 2009, atribuindo-se este aumento, em grande parte, à integração dos MEI na previdência social. Entre janeiro e novembro de 2009 a previdência acusou uma elevação da contribuição dos MEI para

11,62%, enquanto a evolução da arrecadação geral da previdência foi de 8,96% no mesmo período.

Percebe-se, portanto, que a atuação dos Microempreendedores Individuais contribui de forma significativa para o crescimento econômico do país, visto que se trata de grande parcela de empreendedores que, anteriormente, atuavam apenas na informalidade, sem colaborar para a arrecadação de impostos ou geração de empregos formais que agora colaboram para a existência de uma sociedade mais igualitária, cumprindo de forma satisfatória as finalidades econômica e social da criação do regramento jurídico de que aqui se tratou.

### Considerações Finais

Através de uma pesquisa pautada na legislação e na doutrina o presente estudo abordou diversos aspectos da criação da figura jurídica do Microempreendedor Individual e os benefícios advindos desta.

Conforme se apontou, uma crescente política de desburocratização adotada no país desde o final da década de setenta contribuiu para uma evolução legislativa que tinha como intuito libertar o pequeno empreendedor das amarras da burocracia, conferindo maior agilidade aos setores público e privado. Assim, entende-se que a criação do instituto jurídico do Microempreendedor Individual foi, em verdade, fruto de tal evolução legislativa.

O estudo se deteve, também, na conceituação da figura jurídica do Microempreendedor Individual, utilizando-se do previsto no art. 18-A da Lei Complementar nº 123/2006 para defini-la. Tratou-se, ainda, dos requisitos e impedimentos previstos em lei no que diz respeito à opção do pequeno empreendedor por formalizar-se.

Ainda, se deu destaque às estatísticas fornecidas pelo Portal do Empreendedor (2013), as quais informam a enorme parcela de microempreendedores formalizados, a qual, em junho desse ano, já ultrapassa a monta de 3 milhões de indivíduos.

Quanto aos benefícios percebidos pelo pequeno empreendedor que opta pela formalização de suas atividades, se tratou dos benefícios tributários, previdenciários, da facilitação de acesso à crédito bancário, da facilidade de formalização, da possibilidade de participação em licitações, do apoio técnico disponibilizado, dentre outras vantagens alcançadas ao Microempreendedor Individual.

Por fim, se dispôs acerca dos benefícios oportunizados à sociedade através da instituição do regramento jurídico que foi objeto do estudo. Assim, se notou que o avanço socioeconômico produzido pela criação do Microempreendedor Individual é, de fato, relevante, propiciando a grande parcela da população uma melhor qualidade de vida e consequente diminuição da desigualdade social.

Alguns aprimoramentos já foram realizados no regramento jurídico desde sua criação, no ano de 2008, e desde então resultados positivos vem sendo divulgados pela mídia.

Acredita-se, ainda, na possibilidade de um crescimento ainda maior do número de optantes pela sistemática do Microempreendedor Individual, a qual deve ser facilitada através de incentivos por parte do Poder Público. Lembra-se que este deve zelar pelo desenvolvimento socioeconômico do país, sempre observando o tratamento diferenciado a ser oferecido aos pequenos empreendedores que, sem dúvida, vem colaborando para a construção de sociedade mais igualitária e próspera.

### Referências

BIANCOLINI, Adriano. Microempreendedor Individual nas Contratações Públicas. Publicado em dezembro de 2011. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/21967/microempreendedor-individual-nas-contratacoes-publicas>> Acesso em 01 mar 2013

BRAGANÇA, Kerly Huback. Manual de Direito Previdenciário. 8 ed. ver. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm)> Acesso em 01 fev 2013

BRASIL. Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp123.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp123.htm)> Acesso em 01 fev 2013.

BRASIL. Lei Complementar nº 128, de 19 de dezembro de 2008. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp128.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp128.htm)> Acesso em 01 fev 2013.

- BRASIL. Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/Lcp139.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp139.htm)> Acesso em 01 fev 2013
- BRASIL. Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8212cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm)> Acesso em 01 fev 2013
- BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm)> Acesso em 01 fev 2013
- BRASIL. Lei nº 12.470, de 31 de agosto de 2011. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12470.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12470.htm)> Acesso em 01 fev 2013
- BRASIL. Decreto nº 7.872, de 26 de dezembro de 2012. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Decreto/D7872.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Decreto/D7872.htm)> Acesso em 01 fev 2013.
- BRASIL. Portaria Ministerial do Ministério da Previdência e Assistência Social e do Ministério da Saúde nº 2.998, de 23 de agosto de 2001. Disponível em <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/65/MPAS-MS/2001/2998.htm>> Acesso em 01 fev 2013
- BRASIL. Resolução nº 58, de 27 de abril de 2009, do CGSN – Comitê Gestor do Simples Nacional. Disponível em <<http://www.receita.fazenda.gov.br/legislacao/resolucao/2009/cgsn/resol58.htm>> Acesso em 01 mar 2013
- BRASIL. Resolução nº 16, de 17 de dezembro de 2009, do CGSIM – Comitê para Gestão da Rede Nacional para Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios. Disponível em <<http://www.receita.fazenda.gov.br/legislacao/resolucao/2009/cgsim/resol16.htm>> Acesso em 01 mar 2013
- FILHO, Armindo Werlang. *Políticas de Financiamento aos Microempreendedores: Uma Ferramenta no Combate à Desigualdade Social*. 2010. 121 f. Dissertação de Mestrado. Departamento de Ciências Jurídicas, Econômicas e Sociais, Universidade Católica de Pelotas, Pelotas. 2010.
- FREITAS, Ricardo Costa. SANTOS, Jefferson Dias. O “Microempreendedor Individual” – *Um passo positivo para a economia brasileira*. Publicado em 02 de março de 2009. Disponível em: <[http://www.biblioteca.sebrae.com.br/bds/bds.nsf/17B19CB657E41C018325756D0082A5B2/\\$file/NT0003DE42.pdf](http://www.biblioteca.sebrae.com.br/bds/bds.nsf/17B19CB657E41C018325756D0082A5B2/$file/NT0003DE42.pdf)> Acesso em 10 abril 2013.
- IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário. 17 ed. ver. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.
- LOPES, Filipe Charone Tavares. *Análise da figura do Microempreendedor Individual (MEI) nas Leis Complementar Nº 123/06 e 128/08*. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 2454, 21 mar, 2010. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/14533/analise-da-figura-domicroempreendedor-individual-mei-nas-leis-complementares-no-123-06-e-128-08>> Acesso em 01 out 2012.
- PESSOA, Leonardo Ribeiro. *Simples Nacional - Microempreendedor Individual (MEI)*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2075, 7 mar 2009. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/12421/simples-nacional-microempreendedor-individual-mei>> Acesso em 01 out 2012.
- PIRES, Carolina Aparecida. *Microempreendedor Individual – aspectos societários e tributários*. Publicado em 30 de março de 2009. Disponível em <<http://www.biblioteca.sebrae.com.br/>> Acesso em 10 abril 2013.
- PORTAL DO EMPREENDEDOR. Disponível em: <<http://www.portaldoempreendedor.gov.br/mei-microempreendedor-individual>> Acesso em 15 jun 2013.
- PORTAL DO GOVERNO BRASILEIRO. *Acesso a crédito*. Disponível em <<http://www.brasil.gov.br/empreendedor/credito-e-investimento>> Acesso em 06 maio 2013.
- RUBENS, Requião. *Curso de Direito Comercial*. 1º volume. 31 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- SEBRAECRIESOLUÇÕES. SEBRAE-MS - Informações sobre o MEI (Micro Empreendedor Individual). Disponível em <[http://www.youtube.com/watch?v=\\_pX6RbJVWv4](http://www.youtube.com/watch?v=_pX6RbJVWv4)> Acesso em 01 abril 2013
- SCHMITZ, Anna. O processo das pérolas: um modelo de cooperação para micro e pequenas empresas brasileiras. Porto Alegre: Synapsis Editorial, 2005.



TRIBUTÁRIO. "Alckmin isenta de ICMS a venda de veículo para taxista Microempreendedor Individual" Disponível em <<http://tributario.net/www/alckmin-isenta-de-icms-a-venda-de-veiculo-para-taxista-microempreendedor-individual/>> Acesso em 10 jun 2013  
TVNBR. Microempreendedor Individual terá acesso a crédito com taxa de juros menor a partir do fim de maio. Disponível em <<http://www.youtube.com/watch?v=UIMuEFwT0QA>> Acesso em 30 maio 2013

### 1.2.14 A incidência das mulheres nas políticas públicas: capital social e agenda política<sup>1</sup>

Simone Andrea Schwinn<sup>2</sup>  
Luciane de Freitas Mazzardo<sup>3</sup>

#### Resumo

A luta das mulheres por igualdade de direitos e condições de acesso aos “bens da vida” são históricas. Nessa trajetória não faltam exemplos de sucesso e, muitas vezes, de insucesso, não por algum tipo de “incompetência”, mas pelo fato de se tratarem de relações de poder, onde o homem, o sexo masculino, está no topo da pirâmide. O presente trabalho pretende, à luz de alguns conceitos, tratar dos direitos das mulheres, enquanto direitos humanos, que devem ser social e historicamente reconhecidos. Muitas vezes suprimidos pela violência, esses direitos encontram esperança nas políticas públicas de gênero, onde as mulheres devem ser inseridas nas agendas políticas dos governos, em seus diferentes níveis. Por fim, tratará do capital feminino, onde constata-se que as mulheres são fundamentais para o desenvolvimento social e econômico das comunidades e, porque não, dos países. Salienta-se que o presente trabalho é de natureza bibliográfica, baseado no estudo de autores considerados importantes para o estudo da temática.

**Palavras-chave:** Políticas Públicas. Gênero. Capital Social. Agenda Política. Direitos das mulheres.

#### Introdução

A igualdade de direitos entre homens e mulheres, no campo formal, ainda é um caminho longo a ser trilhado. A história das mulheres é recheada de episódios onde igualdade e desigualdade caminham juntas, fazendo com a indiferença em relação ao papel social das mulheres, enquanto agentes de transformação e ser de direitos próprios, se perpetuassem pelo tempo.

Diante das diferentes formas de violação aos direitos das mulheres, o movimento feminista trouxe para a pauta das reivindicações, a necessidade de discussão e, sobretudo, proteção às mulheres, afirmando que os direitos humanos também são direitos femininos. Lembrando ainda, que não se falar em sociedade justa e igualitária, quando existe um enorme contingente de mulheres à margem dos processos decisórios e dos espaços de poder.

Assim, tenciona o presente trabalho, resgatar um pouco da história de luta das mulheres, afirmando que os direitos das mulheres são direitos humanos, reconhecidos em diferentes documentos legais. Não se deve esquecer, ainda, que a igualdade de gênero e a participação ativa das mulheres em todas as esferas da vida social, econômica e política são essenciais para o desenvolvimento das sociedades modernas; uma condição e um compromisso indispensáveis para uma verdadeira democracia, onde homens e mulheres caminhem lado a lado, como iguais.

Posteriormente, tratará da necessária inserção das políticas públicas de gênero nas agendas políticas dos governos, nas diferentes esferas. A trajetória de formulação e inserção de políticas de gênero na agenda pública foi um processo longo, fruto das reivindicações dos movimentos feministas e de grupos de mulheres comprometidas com uma mudança, não somente em suas vidas, mas na sociedade, na busca pela igualdade entre mulheres e homens.

Finalmente, abordará o tema do capital social feminino, cujas potencialidades podem – e devem – ser desenvolvidas através da formulação de políticas públicas que contemplem não somente a mulher enquanto mãe e provedora, mas enquanto ser de direitos que vão muito além da maternidade.

<sup>1</sup> O presente trabalho foi produzido a partir das investigações e discussões promovidas no grupo de estudos e pesquisas Direito, Cidadania e Políticas Públicas, coordenado pela Prof.<sup>a</sup> Pós Dra. Marli M. da Costa, vinculado ao Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul-UNISC.

<sup>2</sup> Mestranda em Direito do PPGD da Universidade de Santa Cruz do Sul-UNISC, Área de Concentração Direitos Sociais e Políticas Públicas, linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo. Bolsista Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico-CNPQ Brasil. Integrante dos grupos de Pesquisa “Direito, Cidadania e Políticas Públicas”, coordenado pela Prof.<sup>a</sup> Pós Dra. Marli M. M. da Costa; “Estado, Sociedade e Administração Pública”, coordenado pelo Prof. Dr. Rogério Gesta Leal e “Direitos Humanos”, coordenado pelo Prof. Pós Dr. Clóvis Gorczewski, todos vinculados ao PPGD da UNISC. Bacharela em Direito. Email: sofiasm@ig.com.br

<sup>3</sup> Advogada. Mestranda em Direito do PPGD da Universidade de Santa Cruz- UNISC, Área de Concentração Direitos Sociais e Políticas Públicas, linha de pesquisa Políticas Públicas. Integrante do grupo de Pesquisa Direito, Cidadania e Políticas Públicas, coordenado pela Prf.<sup>a</sup> Pós Dra Marli M.M. da Costa. Email: luciane.mazzardo@terra.com.br

O empoderamento e a autonomia das mulheres são condições para realização plena da vida social e política, libertando-as da opressão e da carência de poder e tomada de decisões, sobre seu corpo, sua vida, seus filhos, enfim, das relações de poder que as impedem de alcançar uma vida plena e sadia. Quanto mais integradas e empoderadas estiverem as mulheres, maior será sua capacidade de tomada de decisões, especialmente no dia a dia respeito à sua sexualidade e aos direitos reprodutivos, condição muitas vezes essencial para o sucesso dos programas relativos à população.

### 1 Os direitos das mulheres enquanto direitos humanos

A discussão acerca do que sejam, ou onde se enquadram, os direitos humanos, não é tarefa das mais fáceis, trazendo discussões nos diferentes campos do conhecimento. De forma ampla, é possível definir tais direitos como um conjunto de direitos e garantias, cuja finalidade é o respeito à dignidade humana, através de sua proteção contra abusos, seja do Estado ou de particulares, donde se estabelecem condições mínimas de vida e desenvolvimento humano.

Os direitos humanos possuem diferentes denominações, como direitos fundamentais ou direitos de cidadania, sendo que todos tem a mesma finalidade, ou seja, a garantia de proteção a um conjunto de direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais a todas as pessoas. Seja qual a denominação escolhida, o fato é que a humanidade deu passos significativos no reconhecimento e na proteção dos direitos humanos.

No campo específico das diferenças entre gêneros, tem-se que o ser humano nasce com o sexo masculino ou feminino e, é partir da herança cultural de cada indivíduo que é definido o que cabe a cada um dos sexos. Mulheres e homens foram educados, ao longo da história, a entender que as obrigações da mulher são os afazeres domésticos e a educação dos filhos, enquanto que, ao homem, cabe o sustento econômico da família. As relações de gênero dizem respeito, então, ao masculino e ao feminino e na maneira como se relacionam, sendo que “diferentes valores definem comportamentos e papéis sociais que devem ser seguidos por homens e mulheres” (BONETTI, 2000).

No que diz respeito às diferenças entre gênero e sexo, pode-se afirmar que sexo trata das diferenças biológicas entre mulheres e homens, enquanto que, gênero trata de valores culturais, de papéis e comportamentos atribuídos a mulheres e homens. Para Bonetti (2000), “é uma construção cultural que faz tão parte de nós que chegamos a achar que faz parte da nossa natureza, ou seja, que nascemos com ela. Quando nos damos conta de que é algo construído, percebemos que pode ser modificado.”

A partir do estabelecimento do patriarcado, desde os tempos bíblicos, passa a vigorar o poder do homem, do masculino sobre o feminino em todas as instâncias. Dois mil anos depois, com o surgimento das indústrias, ao tempo da Revolução Industrial, as mulheres passaram a ser recrutadas também para os trabalhos fora de casa. Isso as fez despertar no sentido de reivindicar direitos que até então lhes eram negados. A partir daí surgiram muitas conquistas: de dona de casa, cabendo-lhe o cuidado da família sem direito a salário, hoje a mulher conquistou o mundo do trabalho remunerado e tem direito de votar e ser votada.

Mesmo assim, segundo Martín (2005, p. 60-61), a maioria das teorias políticas, nos diferentes momentos históricos, não se ocupou das relações de sexo-gênero. Utilizando-se da ideia de Simon Rodrigues (apud MARTIN, 2005, p. 93-94), observa que ao afirmar que todos os homens são livres e iguais em direitos e deveres, detentores de justiça e livres de dominação, e não ter incluído as relações assimétricas de poder entre os sexos, é um *déficit* incompreensível para mentes verdadeiramente críticas. Os princípios da democracia encontram-se abalados na medida em que estes pensadores não contabilizaram pelo menos metade dos seres humanos.

Neste contexto, o feminismo, enquanto movimento social, que surge “da organização das mulheres para conquistar um lugar valorizado para a mulher na nossa sociedade”, denuncia a transformação da diferença de gênero em desigualdade (BONETTI, 2000). Ou seja,

estes diferentes papéis que nos são ensinados desde que nascemos (como devemos nos comportar sendo mulheres e sendo homens) têm valores desiguais na nossa sociedade. As atitudes, o comportamento e os papéis dos homens têm um valor maior do que as atitudes, o comportamento e os papéis das mulheres. Por isto homens e mulheres têm lugares diferenciados e muitas vezes desiguais na nossa sociedade. De forma geral, é contra esta desigualdade que o feminismo luta. O feminismo, como um movimento social, procura mostrar para o resto da sociedade que os homens e as mulheres, apesar de terem corpos diferentes, são iguais em capacidade, podendo realizar os mesmos trabalhos e terem os mesmos direitos (BONETTI, 2000).

Mesmo ante esse quadro, as mulheres vem conquistando maior respeito dentro da família e da sociedade: tem sua própria opinião, protestam contra a violência dentro e fora de casa e contra injustiças e buscam relações mais igualitárias e respeitadas. Para garantir essas conquistas, é necessário que as mulheres digam o que sentem, o que pensam, decidindo sobre sua vida e, dessa forma, se fazer ouvidas e compreendidas no meio em que vivem. Precisam também, lutar por seu direito a sexualidade, sem obrigações indignas e, ainda, exercer seu direito ao planejamento familiar.

Em todas as sociedades, há diferenças entre os papéis sociais desempenhados por homens e mulheres, no seu acesso aos recursos produtivos e na sua autonomia para tomar decisões. Historicamente, essas diferenças se expressam de forma desfavorável às mulheres, transformando-se em desigualdades que as prejudicam fortemente, por exemplo, no acesso ao emprego, à educação, à moradia e à renda. Essas desigualdades também delineiam diferentes formas e níveis de discriminação quanto ao exercício da sexualidade (BRASIL, 2007).

A igualdade de gênero e a participação ativa das mulheres em todas as esferas da vida social, econômica e política são essenciais para o desenvolvimento das sociedades modernas; uma condição e um compromisso indispensáveis para uma verdadeira democracia, onde homens e mulheres caminhem lado a lado, como iguais.

As desigualdades entre os gêneros estruturam diferentes graus de discriminação das mulheres, as excluem da participação em dimensões fundamentais da vida em sociedade e restringem sua liberdade para exercer plenamente os seus direitos humanos fundamentais. No mundo, há cada vez mais consenso que mulheres com saúde, escolaridade e autonomia incidem positivamente na produtividade econômica, na educação das gerações futuras e na construção de uma cultura de paz (BRASIL, 2007).

Outra face da desigualdade entre homens e mulheres é a violência. A violência doméstica é a expressão mais brutal da discriminação e da opressão contra as mulheres; é a manifestação da desigualdade social e de poder entre homens e mulheres, construída historicamente. Os atos de violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral, seja no âmbito doméstico, no mundo do trabalho e da mídia, são atos incentivados por uma sociedade que encoraja o agressor e desencoraja a vítima. Essa violência tem reflexos não só sobre a vítima, mas sobre seus filhos e sobre todo o núcleo familiar (CARRION, 2010).

Segundo a Organização das Nações Unidas-ONU (2013), cerca de 70% das mulheres sofrem algum tipo de violência ao longo da vida, seja, física, sexual, psicológica ou econômica, sendo que as mulheres na faixa etária de 15 a 44 anos correm maior risco de sofrer estupro e violência doméstica do que câncer ou acidente de carro. Essas “violências” causam uma série de problemas de saúde, reduzindo a capacidade de participação das mulheres na vida pública, prejudicando famílias e comunidades, nas diferentes gerações e reforçando outros tipos de violência que predominam na sociedade.

Além disso, a violência contra as mulheres as empobrece, bem como suas famílias, suas comunidades, seus países. Essa violência não se restringe a uma cultura, região ou um determinado país, ou a certo grupo de mulheres em particular, sendo que as raízes da violência contra as mulheres é fruto de uma permanente discriminação (ONU, 2013).

Para Menicucci (2012) “a violência contra as mulheres é histórica estratégia de dominação e de controle das relações entre mulheres e homens. A cada dia está mais próxima de nossa vida e exige respostas mais rápidas do poder público e da sociedade.” Neste sentido, a Lei Maria da Penha tem se mostrado uma importante ferramenta na busca pela erradicação, prevenção e punição da violência contra as mulheres, mesmo ainda encontrando alguma resistência e desafios, como a ampliação da quantidade de Delegacias da Mulher, dos centros de referência, dos serviços de abrigo e da melhoria no atendimento às mulheres nos momentos de vulnerabilidade ante a violência sofrida (MENICUCCI, 2012).

Existem ainda, uma série de documentos internacionais de proteção e promoção aos direitos humanos das mulheres, mas que, em muitos casos, carecem de efetividade, seja pela falta de ratificação pelos Estados, ou simplesmente pelo seu não cumprimento. Percebe-se que as reivindicações das mulheres em todo mundo tem avançado lentamente, bem como a incorporação de compromissos internacionais na agenda política dos governos, fazendo persistir as discriminações, que são expressas de diferentes formas, das mais sutis as mais cruéis (BARSTED, 2001, p. 33).

Reforce-se que, no Brasil, além da Lei Maria da Penha, anteriormente citada, a Constituição da República de 1988, já consagrava a igualdade entre homens e mulheres enquanto um direito fundamental, o que, nas palavras de Pitanguy (2013), representa “uma verdadeira mudança de paradigma do direito brasileiro no que se refere à igualdade de gênero.”

Percebe-se que, apesar dos avanços e do amadurecimento da sociedade, ainda existem muitos desafios, muitas barreiras a transpor. Em muitos casos, a violência e a discriminação por motivo de gênero ainda são invisíveis para a maioria das pessoas. A violência é naturalizada, passando, em muitos casos de geração para geração. A necessidade de políticas que alcancem a realidade das mulheres vítimas seja da violência doméstica e sexual, como da discriminação pelo fato de ser mulher é premente. Cabe ao Estado garantir a efetivação dos direitos fundamentais das mulheres, e cabe a sociedade civil a mobilização para que tais políticas aconteçam.

Nesse sentido, as políticas públicas com viés de gênero, são um importante instrumento de proteção às mulheres, aos direitos humanos das mulheres, na medida em que, é a partir delas que reivindicações dos movimentos de mulheres, seja pela não discriminação ou pelo fim da violência por motivo de gênero, ou ainda, para o acesso ao trabalho digno em igualdade de condições, passam do plano conceitual para o real.

## 2. Políticas públicas de gênero: a necessária inserção na agenda política

Para compreender a importância de políticas públicas voltadas especificamente para as mulheres, é preciso ter em mente que não há como gerir tais políticas da mesma forma para mulheres e homens (TOPPER, 2013, p. 28). Cabe lembrar que a igualdade de gênero e a participação ativa das mulheres em todas as esferas da vida social, econômica e política são essenciais para o desenvolvimento das sociedades modernas; uma condição e um compromisso indispensáveis para uma verdadeira democracia, onde homens e mulheres caminhem lado a lado, como iguais.

Nos últimos anos, tem-se vivido uma inovação nas relações de poder. Houve um crescimento na consciência participativa, na aproximação entre Poder Público e Sociedade Civil, onde as discussões sobre problemas sociais são assumidas pelo Poder Público e pela Sociedade Civil, em uma conjugação de esforços. Há que se lembrar, porém que,

as desigualdades entre os gêneros estruturam diferentes graus de discriminação das mulheres, as excluem da participação em dimensões fundamentais da vida em sociedade e restringem sua liberdade para exercer plenamente os seus direitos humanos fundamentais. No mundo, há cada vez mais consenso que mulheres com saúde, escolaridade e autonomia incidem positivamente na produtividade econômica, na educação das gerações futuras e na construção de uma cultura de paz. (BRASIL, 2007)

No que diz respeito às políticas públicas de gênero<sup>1</sup>, o movimento feminista foi responsável pela denúncia da opressão sofrida pelas mulheres ao longo da história, e passou a pressionar o Estado, fazendo surgir uma série de iniciativas públicas como o Programa de Assistência Integral à Saúde da Mulher (PAISM), em 1983, as delegacias da mulher responsáveis pelo recebimento de denúncias de violência praticada contra as mulheres, sendo a primeira em 1985; os Conselhos de Direitos da Mulher, em âmbito nacional<sup>2</sup>, estadual e municipal, além de entidades autônomas como o SOS- Mulher, realizado de forma voluntária para atendimento à mulheres vítimas de violência (BONETTI, 2000)

A Constituição de 1988 também reflete a mobilização de mulheres. Organizadas em torno da bandeira *Constituinte pra valer tem que ter palavra de mulher*, as mulheres estruturaram propostas para a nova Constituição, apresentadas ao Congresso Constituinte sob o título *Carta das Mulheres Brasileiras*. Várias propostas dos movimentos – incluindo temas relativos a saúde, família, trabalho, violência, discriminação, cultura e propriedade da terra – foram incorporadas à Constituição. Em relação às políticas públicas, as pressões dos movimentos se dirigiram a diferentes níveis de governo, dependendo da distribuição de competências em cada campo de

<sup>1</sup> Farah observa que “Políticas públicas com recorte de gênero são políticas públicas que reconhecem a diferença de gênero e, com base nesse reconhecimento, implementam ações diferenciadas para mulheres. Essa categoria inclui, portanto, tanto políticas dirigidas a mulheres – como as ações pioneiras do início dos anos 80 – quanto ações específicas para mulheres em iniciativas voltadas para um público mais abrangente”. Revista Estudos Feministas. São Paulo, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ref/v12n1/21692.pdf>.

<sup>2</sup> O Conselho Nacional dos Direitos da Mulher foi criado em 1985, ligado ao Ministério da Justiça.



política pública. Assim, por exemplo, as reivindicações na área de combate à violência contra a mulher se dirigiram prioritariamente aos níveis estadual e municipal. As questões relativas à saúde, por sua vez, foram dirigidas, em um primeiro momento, ao Governo Federal. À medida que a descentralização se iniciou, as pressões também sofreram um redirecionamento, deslocando-se parcialmente para os governos estaduais e para os municípios (FARAH, 2004, p. 50-51).

A trajetória de formulação e inserção de políticas de gênero na agenda pública foi um processo longo, fruto das reivindicações dos movimentos feministas e de grupos de mulheres comprometidas com uma mudança, não somente em suas vidas, mas na sociedade, na busca pela igualdade entre mulheres e homens.

Os Organismos de Políticas para Mulheres e os Conselhos Estaduais e Municipais dos Direitos da Mulher são importantes ferramentas no processo de formulação, monitoramento e coordenação das políticas promotoras da defesa dos direitos humanos das mulheres. A criação dos organismos voltados exclusivamente para as políticas para mulheres e para a defesa dos seus direitos é uma recomendação da IV Conferência Mundial sobre as Mulheres, a Conferência de Beijing, realizada em 1995. Consta ainda nos compromissos assumidos pelo governo brasileiro na Declaração de Beijing, ratificada em 2000, durante a Conferência Beijing + 5, que ocorreu em Nova Iorque. Está prevista ainda na Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, que entrou em vigor no ano de 1981 (BRASIL, 2012).

Cada vez mais as questões de gênero vem integrando a agenda dos governos, nos seus diferentes níveis, fruto da mobilização constante dos movimentos em defesa dos direitos das mulheres e do reconhecimento, pelo Estado, da necessidade de políticas específicas com enfoque de gênero. Vale ressaltar que, na medida em que ocorre uma descentralização das políticas públicas, “o *locus* das pressões se redireciona crescentemente para o nível local de governo” (FARAH, 2004, p. 53), o que amplia o poder de ação dos agentes locais.

Cabe o alerta de Farah (2002, p. 13), para quem o fato das políticas públicas de gênero serem incorporadas na agenda governamental, não significa que exista necessariamente uma “aderência” à agenda de gênero. Para a autora, muito embora exista um número significativo de iniciativas locais atuando sobre as desigualdades de gênero, inserindo a pauta dos movimentos de mulheres construída ao longo dos anos, persiste ainda um grande número de políticas e programas que, “embora focalizem as mulheres ou a elas dirijam módulos de programas mais gerais, acabam por reiterar desigualdades de gênero, reafirmando uma posição tutelada e subordinada da mulher tanto no espaço público como no privado.”

Há que se frisar, que é no espaço local que os gestores podem identificar melhor as demandas existentes e utilizarem-se das ferramentas necessárias para superação de desigualdades históricas entre mulheres e homens. Para isso se faz necessária uma “política de chegada”, onde para a estruturação e capilarização dessas políticas sociais, se faz necessária a chegada antecipada, ou seja, antes que o poder público defina a política a ser implementada, é preciso que as mulheres, organizadas ou não, cheguem antes, procurem os gestores, auxiliem nas diretrizes das ações dos diferentes segmentos que trabalham pelas políticas de proteção às mulheres (TOPPER, 2013, p. 28).

No que diz respeito às políticas públicas de combate à violência contra as mulheres, a informação, aliada à participação ativa e colaboração entre sociedade e poder público é uma das chaves para o sucesso de tais políticas:

Se os alarmantes números de violência contra a mulher forem de conhecimento de todos e todas, a própria sociedade poderá fazer o controle social e reivindicar ações de combate às agressões, construindo junto com as autoridades uma sociedade mais justa e igualitária (FARIAS, 2013, p. 06).

Cabe às mulheres a participação nos espaços decisórios locais, onde é possível levantar as demandas dos grupos mais vulneráveis, uma vez que elas fazem parte e conhecem essa realidade. Nesse sentido, o compromisso deve ser mútuo: o poder público deve fomentar ações e programas com viés de gênero, garantindo uma agenda nesse sentido, e, por outro lado, as mulheres devem estar mobilizadas para levantar as demandas, participando da formulação de políticas e exigir seu cumprimento.

### 3. Mulheres e políticas públicas: reconhecimento do capital social feminino

A luta pela inserção das mulheres nas agendas governamentais no Brasil remete aos anos 1980, quando o movimento de mulheres reivindica junto aos governos a elaboração e

construção de políticas públicas com foco nas mulheres. “A crescente participação feminina cumprindo tarefas públicas, no mercado de trabalho, na educação, nos espaços públicos, fortalece esta demanda, cria novas exigências e desafios na elaboração e execução de políticas públicas” (GODINHO, 2004, p. 55).

Existe uma relação entre capital social, empoderamento<sup>1</sup> e inclusão, sendo que a inclusão social é um objetivo amplo e, para sua consecução, são necessárias “mudanças estruturais na economia e no sistema político, associadas a transformações culturais e nas relações sociais” (SCHMIDT, 2006, 1772).

Verifica-se assim, a importância do empoderamento social local, elemento essencial para a apropriação das políticas públicas pelos gestores públicos. É este empoderamento que proporciona a participação dos diferentes agentes na resolução de diferentes problemas sociais, “percebendo-se que somente se pode falar em cidadania se houver aumento do espaço discursivo, permitindo aos indivíduos e aos grupos participarem na constituição das transformações sociais” (HERMANY E PEREIRA, 2011, p. 222).

A importância dessa atuação local se dá no sentido de que, mesmo existindo diretrizes macro, como por exemplo, uma política nacional para as mulheres, é no espaço local que ela irá incidir. Para Hermany e Pereira (2011, p. 221),

de fato, é no espaço municipal que o ator social deixa o plano da abstração e da generalidade e passa a ser entendido e considerado diante de suas especificidades e necessidades concretas. É também da esfera local, portanto, a partir do Município ou do espaço regional, que se possibilita a efetiva atuação dos atores na construção de uma normatividade e na formação de decisões públicas decorrentes da apropriação do espaço público pela sociedade, principalmente quando há redes de confiança, onde os cidadãos convergem cooperativamente em prol do bem comum.

Essa cooperação entre os diferentes atores sociais, onde se estabelece uma rede de confiança é característica do capital social, que é uma forma de enfrentamento à exclusão social, que, segundo Schmidt (2006, p. 1760), possui duas vertentes principais:

a primeira aborda o capital social como recurso que os indivíduos possuem para acessarem recursos socialmente valorizados em virtude de suas relações com outras pessoas [...] A outra abordagem entende por capital social as variadas formas de interação social dos membros de uma comunidade, tanto formais como informais, e dos componentes psico-sociais a elas subjacentes, como os sentimentos de confiança e reciprocidade.

Nas concepções mais tradicionais, o capital social é aquele composto por “relações interpessoais de apoio mútuo geradas com base em princípios de reciprocidade como ocorre, por exemplo, na organização familiar, na comunidade, nos grupos étnicos ou na religião” (KAZTMAN, 1999, p.167).

O que não é levado em conta nessa definição são justamente as relações de gênero – e de poder – na estruturação social, nos diferentes grupos, seja na família ou nas comunidades. O que ocorre, via de regra, é a adequação conceitual de capital social unicamente à família, não levando em conta a natureza histórica e social de sua construção (BILAC, 2013, p. 59-60).

A consequência, no mais das vezes, é a elaboração de políticas direcionadas para a mulher enquanto única provedora e responsável pelo cuidado com os filhos e de todo grupo familiar. Nestes casos, a mulher é vista como “nutriz”, e não como agente de transformação da realidade social. O que, ao que tudo indica, é contrário ao que as agências de desenvolvimento - e alguns governos - entendem enquanto capital social, na medida em que, nesses casos, as mulheres são vistas como atores importantes para diminuição da pobreza e desenvolvimento comunitário (BILAC, 2013, p. 61).

<sup>1</sup> O empoderamento da sociedade desmantela a alienação dominante do poder imposta por poucos, contribui com o interesse da coletividade e não somente com o interesse individual ou de poucos. Neste ponto, a democracia estaria sendo desenvolvida de modo a concretizar a cidadania, oportunizando a construção de uma nova era, uma sociedade optante por transformações concretas em um mundo desigual. O cidadão ficará mais próximo do Estado e o ajudará a comandar as necessidades da coletividade de um modo geral. O aparato estatal ficará mais dinâmico, eficiente e transparente, o que possibilitará o exercício de uma cidadania plena. CASSOL, Sabrina. *O papel do poder local frente a efetivação da erradicação do trabalho infantil: uma abordagem humanista*. 2008. . 173 fl. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado. Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, Santa Cruz do Sul, 2008. p.147).

Particularmente no caso dos países pobres, em especial da América Latina, as evidências empíricas de diferentes nações mostram que as mulheres das camadas de baixa renda são aquelas que têm os mais fortes laços comunitários e de parentesco e, com frequência, estão também engajadas em atividades de ajuda mútua, através de redes informais. No caso brasileiro, não é desconhecida, por exemplo, a importância das mulheres nas associações de bairro (BLAC, 2013, p. 61).

Como se observa, o empoderamento acarreta uma mudança nas estruturas sociais, uma descentralização das decisões, pois “a cultura democrática quando prevalece no espaço político, garante aos cidadãos uma participação mais ativa e consciente, proporcionando a criação de condições favoráveis ao desenvolvimento e crescimento da sociedade” (KOTLINSKI, 2004, p. 140).

Segundo a Organização Internacional do Trabalho-OIT (2013):

uma condição para que o crescimento econômico dos países se traduza em menos pobreza e maior bem-estar e justiça social é melhorar a situação relativa das mulheres, negros e outros grupos discriminados da sociedade e aumentar sua possibilidade de acesso a empregos capazes de garantir uma vida digna para si próprios e suas famílias. A pobreza está diretamente relacionada aos níveis e padrões de emprego, assim como às desigualdades e à discriminação existentes na sociedade. Além disso, as diferentes formas de discriminação estão fortemente associadas aos fenômenos de exclusão social que dão origem à pobreza e são responsáveis pelos diversos tipos de vulnerabilidade e pela criação de barreiras adicionais para que as pessoas e grupos discriminados superem a situação de pobreza. Gênero e raça/cor são fatores muito importantes para determinar as diferentes possibilidades dos indivíduos de terem acesso a um emprego e nas suas condições de trabalho: remunerações, benefícios e possibilidades de proteção social. Desse modo, gênero e raça condicionam a forma através da qual os indivíduos e as famílias vivenciam a situação de pobreza e conseguem ou não superá-la.

Essa avaliação é corroborada por Amartya Sen (2000, p. 234-235), ao afirmar que o desenvolvimento de muitos países, hoje, está diretamente ligado ao ganho de poder das mulheres, evidenciado em fatores como a educação das mulheres, seu padrão de propriedade, as oportunidades de emprego as quais elas tem acesso e o funcionamento do mercado de trabalho. Para além disso, existem outras variáveis, como as atitudes da família e da sociedade em relação à independência econômica das mulheres e as razões, econômicas e sociais, que levaram estas mulheres a buscar esta independência.

[...] a continuidade do sistema vigente ou sua ruptura é fortemente influenciada pelas relações econômicas e sociais exatas que atuam no meio local. A condição de agente das mulheres é um dos principais mediadores da mudança econômica e social, e sua determinação e suas consequências relacionam-se estreitamente a muitas das características centrais do processo de desenvolvimento (SEN, 2000, p. 235)

O empoderamento e a autonomia das mulheres são condições para realização plena da vida social e política, libertando-as da opressão e da carência de poder e tomada de decisões, sobre seu corpo, sua vida, seus filhos, enfim, das relações de poder que as impedem de alcançar uma vida plena e sadia. Quanto mais integradas e empoderadas estiverem as mulheres, maior será sua capacidade de tomada de decisões, especialmente no dia a dia respeito à sua sexualidade e aos direitos reprodutivos, condição muitas vezes essencial para o sucesso dos programas relativos à população. “A experiência demonstra que os programas de população e desenvolvimento são mais eficientes quando simultaneamente são tomadas providências para melhorar a situação das mulheres” (BARSTED, 2001, p. 63-64)

Diante deste cenário, onde, em pleno século XXI, apesar dos inúmeros avanços alcançados em termos de direitos pelas mulheres, ainda existem desafios a serem superados, como a igualdade de salarial com os homens, a maior participação na vida política e a supressão da violência de gênero que vitima mulheres diariamente, constituem alguns desses desafios. As mulheres, cada vez mais devem ocupar um espaço privilegiado, onde tenham voz e possa agir, denunciando as desigualdades e violências a que são submetidas, e ainda, propôr políticas públicas que alterem essa realidade.

### Considerações finais

Os avanços alcançados pelas lutas femininas e a afirmação dos direitos das mulheres enquanto direitos humanos se deparam ainda com desafios a serem superados, como a

inserção das Políticas Públicas de gênero na agenda política dos governos, de forma permanente.

Nesse sentido, as reivindicações femininas giram em torno de uma maior participação nos espaços decisórios, por equiparação salarial com os homens e, pela superação da violência por motivo de gênero, que atinge milhares de mulheres, em suas mais variadas dimensões: sexual, doméstica, psicológica, patrimonial. Para romper com estas violências, a emancipação feminina torna-se fundamental, sendo que, através de Políticas Públicas de gênero, valoriza-se o capital social feminino, responsável pelo processo de desenvolvimento de muitos países.

Historicamente, os valores que prevalecem na sociedade são os valores da cultura masculina. Ao homem cabem atributos como a força física, razão, justiça, coragem, valores mais positivos e que demonstram sua superioridade sobre a mulher, tida como fraca, irresponsável, movida por rompantes de paixão, valores que a depreciam e a tornam a representação do mal.

Dessa forma, uma consequência quase natural dessa estereotipização, é a violência contra meninas e mulheres, que deixam marcas não somente na vítima, mas em todo seio familiar e também na sociedade. Muito embora se possa falar em avanços no campo da prevenção a essa violência, como no caso do Brasil, com a promulgação da lei Maria da Penha, e no campo internacional, com a inserção das reivindicações das mulheres em diferentes tratados internacionais, ainda é longo o caminho a ser trilhado para o fim da violência de gênero.

A igualdade de gênero e a participação ativa das mulheres em todas as esferas da vida social, econômica e política são essenciais para o desenvolvimento das sociedades modernas; uma condição e um compromisso indispensáveis para uma verdadeira democracia, onde homens e mulheres caminhem lado a lado, como iguais.

#### Referências

- BARSTED, Leila Linhares. Lei e realidade social: igualdade x desigualdade. In: BARSTED, Leila Linhares; HERMANN, Jacqueline. *As mulheres e os direitos humanos: os direitos das mulheres são direitos humanos*. Coletânea Traduzindo a legislação com a perspectiva de gênero, nº 2. Rio de Janeiro: CEPIA, 2001.
- BILAC, Elisabete Dória. *Gênero, vulnerabilidade das famílias e capital social*. Disponível em: <<[http://www.nepo.unicamp.br/textos/publicacoes/livros/vulnerabilidade/arquivos/arquivos/vulnerab\\_cap\\_2\\_pgs\\_51-65.pdf](http://www.nepo.unicamp.br/textos/publicacoes/livros/vulnerabilidade/arquivos/arquivos/vulnerab_cap_2_pgs_51-65.pdf)>>. Acesso em: 14 out 2013.
- BONETTI, Aline. *Gênero e o Feminismo*. In: Themis- Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero, série de textos nº 01, Programa de Formação de Promotoras Legais Populares, 2000.
- BRASIL. Ministério da Saúde. *Plano integrado de enfrentamento da feminização da epidemia de Aids e outras DST*, 2007. Disponível em:<<[http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/plano\\_feminizacao\\_final.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/plano_feminizacao_final.pdf)>>. Acesso em: 20 jul 2013.
- \_\_\_\_\_. Secretaria de Políticas para as mulheres. Disponível em:<[www.sepm.gov.br](http://www.sepm.gov.br)>. Acesso em: 29 jul 2013.
- CARRION, Raul. *Lei Maria da Penha: pelo fim da violência contra a mulher*. Porto Alegre: Assembléia Legislativa do Rio Grande do Sul, 2010.
- CASSOL, Sabrina. *O papel do poder local frente a efetivação da erradicação do trabalho infantil: uma abordagem humanista*. 2008. . 173 fl. Dissertação Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado. Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, Santa Cruz do Sul, 2008.
- FARAH, Marta Ferreira Santos. *Gênero e Políticas Públicas*. Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Revista Estudos Feministas. São Paulo, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ref/v12n1/21692.pdf>. Acesso em 30 jul 2013.
- \_\_\_\_\_. Marta Ferreira Santos. *Gênero e políticas públicas*. Iniciativas de governos subnacionais no Brasil. São Paulo: NPP/FGV-EAESP, 2002.
- FARIAS, Stela. *Apresentação 7 anos Lei Maria da Penha*. Porto Alegre: Assembléia Legislativa/Gabinete Deputada Stela Farias, 2013.
- GODINHO, Tatau. Construir a igualdade combatendo a discriminação. In: GODINHO, Tatau; SILVEIRA, Maria Lúcia da (org.). *Políticas públicas e igualdade de gênero*. São Paulo: Prefeitura Municipal/Coordenadoria Especial da Mulher, 2004.
- HERMANY, Ricardo; PEREIRA, Henrique Mioranza Koppe. Políticas Públicas locais de saúde: uma análise a partir do princípio da subsidiariedade administrativa. In: REIS, J.R.; LEAL, R. G..

- (org.) *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 8. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2011, p.214-231.
- KAZTMAN, R. *Activos y estructuras de oportunidades: estudios sobre las raíces de la vulnerabilidad social en Uruguay*. Santiago do Chile, 1999.
- KOTLINSKI, Ana Maria Benavides. *O novo paradigma de políticas públicas: estado e sociedade civil, uma esfera ampliada*. Revista do Direito, Vol. 14, nº 19, ano 2011, Faculdade Anhanguera de Brasília. Disponível em: <<<http://sare.unianhanguera.edu.br/index.php/rdire/article/view/1690>>>. Acesso em: 10 jul 2013.
- MARTÍN, Núria Belloso. *Os novos desafios da cidadania*. Tradução: Clóvis Gorczewski. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2005.
- MENICUCCI, Eleonora. *Pelo fim da impunidade à violência contra as mulheres*. Brasília: Secretaria de Políticas para as Mulheres, 2012.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS- ONU. *Violência contra as mulheres: a situação*. Disponível em: <<<http://www.onu.org.br/unase/sobre/situacao/>>>. Acesso em 12 out. 2013.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Disponível em: <<<http://www.oit.org.br/content/genero-e-raca>>> Acesso em: 28 jul 2013.
- PITANGUY, Jacqueline. *Os direitos humanos das mulheres*. Fundo Brasil de direitos humanos. Disponível em: <<[http://www.fundodireitoshumanos.org.br/downloads/artigo\\_mulheres\\_jacpit.pdf](http://www.fundodireitoshumanos.org.br/downloads/artigo_mulheres_jacpit.pdf)>> Acesso em: 13 ago 2013.
- SCHMIDT, João Pedro. Exclusão, inclusão e capital social: o capital social nas ações de inclusão. In: LEAL, R.; REIS, J.R. *Direitos sociais e políticas públicas 6*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2006, p. 1755-1786.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- SIMÓN RODRIGUES, M.E. Democracia vital. Mujeres y hombres hacia la plena ciudadanía. Madrid: Ediciones Narcea, 1999, p. 93-94 *apud* MARTÍN, Núria Belloso. *Os novos desafios da cidadania*. Tradução: Clóvis Gorczewski. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2005.
- TOPPER, Catherine. Política de chegada. In: *7 anos Lei Maria da Penha*. Porto Alegre: Assembléia Legislativa/Gabinete Deputada Stela Farias, 2013.



### 1.2.15 Parcerias público-privadas: uma solução para a escassez de recursos públicos<sup>1</sup>

Theles Elita Carlson<sup>2</sup>  
Izabel Favarin de Oliveira  
Prof. Fábio Rijo Duarte<sup>3</sup>

#### Resumo

De seu surgimento, em meados de 1979, na Inglaterra, até os dias atuais, muitas foram às modificações sofridas pelo chamado *private finance initiative* e que, no Brasil, foi batizado de "parcerias público-privadas". Destinada a alcançar meios eficientes e eficazes para aumentar os investimentos e modernizar os serviços públicos, a medida visa, através da formalização de parcerias entre Estado e particular, a satisfação do interesse público que é transferido por aquele a este. Verificar a constitucionalidade desses atos administrativos tem sido o alvo de discussões por parte de doutrinadores e juristas. Atualmente o ápice das garantias constitucionais é o princípio da dignidade humana, pois é um dever do Estado proporcionar aos cidadãos, qualidade nos serviços executados. O que se propõe com a implantação das Parcerias Público/Privadas – PPPs, não é transferir a atividade executiva do Estado para um particular, o que seria um ato inconstitucional, mas propor a delegação de serviços essenciais. Ou seja, a Administração Pública se utiliza da prestação de serviço das empresas privada e a remunera por este, fiscalizando e as avaliando permanentemente a fim de assegurar a qualidade dos serviços prestados, e estimular as empresas parceiras na manutenção, visando obter resultados na prestação dos serviços prestados, em contrapartida vai ser repassado uma melhor remuneração.

**Palavras chaves:** Parcerias Público-Privadas, Gestão Pública, Dignidade da Pessoa Humana.

#### Introdução

O Estado Constitucional de Direito deve proporcionar formas para garantir os direitos fundamentais, elencados no art. 5º da Constituição Federal de 1988, resguardando o bem-estar da coletividade. Partindo dessa premissa é que foi promulgada em 31 de dezembro de 2004 - Lei 11.079/04, Lei das Parcerias Público-Privadas com dispositivos inovadores frente à Lei das Concessões Comuns - Lei 8.666/93, verificando a legitimidade dessas novas concessões, de acordo com os objetivos da Administração Pública e sua adequação à perspectiva constitucional.

É dever de Estado atuar nos âmbitos sociais, através de atribuições, funções e serviços públicos, provendo conseqüentemente um aumento sistemático da máquina estatal, gerando a população a ineficiência na prestação dos mesmos. Essa deficiência estatal, não condiz com a ideia de um Estado Democrático de Direito, que é voltado para a dignidade da pessoa humana.

Visando melhorar as formas de organização de suas diretrizes, com o objetivo alcançar a eficiência, o Estado muda a perspectiva de fim, para ser concebido como meio, atuando como instrumento fundamental ao atendimento do interesse público, intervindo na ordem econômica e social.

A ineficiência de gestão do Governo, somado ao rol de inúmeros serviços públicos prestados a sociedade, através dos direitos e garantias fundamentais, foi que as demandas sócio-econômicas acabaram se multiplicando, aumentando os gastos públicos, acarretar o endividamento do Estado.

<sup>1</sup> A parceria público-privada é um contrato administrativo de concessão, onde se tem por objeto a execução de um serviço público, sendo procedido ou não de obra pública. Tendo sempre remuneração com tarifa a ser paga pelo usuário e contraprestação pecuniária do parceiro público na qual a administração direta ou indiretamente seja a usuária. Quanto à contraprestação do parceiro público com a execução ou não, o fortalecimento e instalação de bens. (DI PIETRO, 2005, p. 161)

<sup>2</sup> Acadêmicas do 10º semestre do curso de Direito da Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA. Trabalho elaborado para semana acadêmica – EntreMentes, organizado pela FADISMA. Endereço eletrônico da autora: theles.carlson@gmail.com

<sup>3</sup> Professor Orientador. Professor da Faculdade de Direito de Santa Maria. Especialista em Metodologia da Educação no Ensino Superior. Licenciatura Plena UFSM. Advogado. fabio@fadisma.com.br

A solução para tal déficit foi buscar novos instrumentos para financiar a prestação de serviços públicos, mediante recursos do setor privado em prol da realização do bem comum, atendo para uma política de infra-estrutura e modernização.

Para tanto buscou desenvolver os mais variados mecanismos, seguindo exemplos instituídos através da Lei das Parcerias Público-Privadas, objeto do presente trabalho, que tem como escopo relatar o modelo inovador em termos de concessão.

Com intuito de assegurar ao indivíduo serviços de qualidade e proporcionar uma vida digna, acarretou o desequilíbrio fiscal, juntamente com a crise econômica, sujeitando os cofres públicos buscarem novos recursos para a gestão da crise.

Diante de tal situação e pensando numa maneira de reduzir gastos, sem prejuízo do interesse público, a Administração pesquisou experiências de outros países, que a fim de atender interesses comuns, buscaram na iniciativa privada estratégias de desenvolvimento econômico e social.

Sob este contexto, devido à necessidade de se aprimorar, a Administração Pública espelhou-se no modelo normativo implantado no Reino Unido, que trata do instituto de concessão delegada a particulares, considerada um sucesso.

A conhecida Lei das Parcerias Público-Privadas é considerada um modelo inovador no que diz respeito aos contratos delegados, pois, não há necessidade do Estado ser o executor direto, podendo transferir essa função a um particular, com intuito de aproveitar a eficiência de gestão do setor privado, sendo uma alternativa de crescimento econômico e social.

A parceria pretende ser um instrumento moderno e eficiente para captação de investimento em realização de obras de grande vulto, delegando a prestação de serviço público através de um contrato bilateral, no qual a concessionária se compromete com a execução, dividindo os riscos com a administração, a bem do interesse público.

A construção de uma sociedade livre, justa e solidária, funda-se na garantia do desenvolvimento nacional, provocando políticas para redução das desigualdades sociais e regionais, com o fulcro de promover o bem-estar coletivo, destinado à satisfação do interesse público, analisando conforme os direitos elencados a luz da Constituição Federal.

Esse trabalho se enquadra na linha de pesquisa da instituição, sendo redigido conforme consonância constitucional, evidenciando a concretização de direitos e cidadania.

## 1. Parcerias Público-Privadas

As parcerias público-privadas (PPPs) nascem da necessidade de o Estado buscar parceiros no desenvolvimento de infra-estrutura e serviços públicos para o atendimento das demandas da sociedade. As Parcerias estão relacionadas às diferentes formas de articulação entre o setor público, empresas e organizações não governamentais. Essa articulação tem por objetivo viabilizar projetos de interesse para a sociedade ao mesmo tempo em que supõem o exercício de atividade empresarial pelo setor privado (MURARO, 2012, p.6)

O Brasil segue uma tendência global, sob o propósito de diminuir o tamanho do Estado através das concessões delegadas a particulares. Esse fenômeno é evidenciado em vários países, que a Administração Pública transfere a iniciativa privada a realização de alguns serviços públicos<sup>1</sup>, visando, através destes, obtendo melhores resultados.

O conceito de Estado Mínimo surgiu devido diversos fatores, apontando inicialmente ao final da Segunda Guerra Mundial, onde ocorreu uma mudança de paradigma, na concepção Estado Liberal para o Estado do Bem Estar Social<sup>2</sup>.

Ocorreu por meio de diversas revoluções populares, inconformada com a exploração da classe operária, atribuindo um significativo aumento ao rol dos direitos econômico/social.

<sup>1</sup> Serviço público para Di Pietro é "toda e qualquer atividade material que a lei atribui ao Estado para que exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às atividades essenciais e secundárias da coletividade". Já para Hely Lopes Meirelles, define serviço público como "todo aquele prestado pela Administração ou seus delegados, sob normas e controle estatais, para satisfazer as necessidades essenciais, secundárias da coletividade, ou simples conveniência do Estado". (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, MEIRELLES, Hely Lopes, CARVALHO FILHO, p. 301). Em sentido amplo podemos analisar serviço público como as atividades de satisfação de interesse público, não apenas as usufruíveis singularmente pelos administrados, mas destinadas à coletividade em geral.

<sup>2</sup> "O Estado do bem-estar (Welfare state), ou Estado assistencial, pode ser definido, à primeira análise, como Estado que garante 'tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, assegurados a todo cidadão, não como caridade, mas como direito político' (H. L. Wilensky, 1975)." (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2000, p. 416)

Assim o Estado despontou para o acúmulo de novos serviços, fornecidos pela máquina pública, proporcionando melhores condições de vida a coletividade, considerada uma classe social explorada.

Partindo do pressuposto que perante o Estado todo são iguais, este deve fomentar políticas de desenvolvimento, sendo presença atuante no setor econômico e social, com a função de promover qualidade de vida aos menos favorecidos, abolindo a antiga ideia individualista - contemplada no modelo de Estado Liberal.

Através deste posicionamento se consolida o nascimento do Estado Moderno, e inevitavelmente a ineficiência na prestação dos serviços públicos, oferecidos a sociedade, nas quais só tenderam a se multiplicar, incentivado pela atuação da classe operária, nos conflitos e manifestações contra o Estado, confirmando a incapacidade de gerência administrativa do Governo.

É lamentável verificar que o desenvolvimento do Estado ficou prejudicado, devido incompetência de seus gestores, no controle da administração pública, associado ao imenso leque de serviços auferido, surtindo assim as mais diversas despesas públicas<sup>1</sup>, destacando, as advindas da assistência social e previdência, e assim conseqüentemente causando o endividamento do Estatal.

Corroborando no mesmo sentido o autor Justen Filho, trás em sua tese:

A crise fiscal significou não apenas a suspensão de novos e ambiciosos projetos relacionados ao bem comum como também a limitações muito mais imediatas. Não mais existiam recursos para manter as conquistas anteriores, os serviços já consolidados, as indústrias vitoriosas. Instaurou-se situação de deterioração dos serviços e estruturas sociais. (2002, p. 19).

Os benefícios advindos do Estado Democrático de Direito, surtiram por meio das inovações na esfera dos serviços oferecidos pela administração pública, proporcionando o surgimento do Estado Assistencial<sup>2</sup>, dentro do mesmo conceito de Estado Regulador<sup>3</sup>, marcados por três características, as quais: a forte prática de privatizações, o crescimento das já referidas técnicas de fomento, e por fim, as várias ferramentas de parcerias celebradas entre o setor público e o privado.

Com estas características surge medidas para *diminuir a máquina pública*, proporcionada pela desestatização<sup>4</sup>, dando mais autonomia a sociedade com menor participação do Estado, desde que compatível com a legislação, prestando importante função no atendimento das necessidades sociais, atendendo o princípio do interesse público.

No entendimento de Maria Sylvania di Pietro, "a diminuição do tamanho do aparelhamento do Estado, na medida em que delega ao setor privado algumas atividades que hoje são desempenhadas pela Administração, surge com a extinção ou diminuição dos órgãos públicos e entidades da administração indireta, e a diminuição do quadro de servidores. Serve também ao objetivo de fomento a iniciativa privada, quando seja deficiente, de modo a ajudá-la no desempenho de atividades de interesse público; e com o objeto de **eficiência**, porque introduz ao lado da forma tradicional de atuação da Administração Pública burocrática, outros procedimentos que, pelo menos teoricamente, seriam mais adequados a esse fim de eficiência". (2005, p.41)

Este foi um meio de solucionar e estabilizar a crise financeira enfrentada pela máquina estatal, a partir do Estado mínimo.

<sup>1</sup> "As despesas públicas não conseguem prover, devido à diferença crescente entre as saídas necessárias e as entradas insuficientes, à distribuição de recursos que satisfaçam as aspirações de uma área cada vez mais vasta de indivíduos, cuja reprodução social só pode ser esperada da expansão das despesas sociais por parte do Estado." (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2000, p. 405)

<sup>2</sup> Neste sentido acompanha Fritz Morstein Marx, para quem "a característica mais peculiar ao Estado assistencial é a preeminência da administração pública. Ao passar de um papel relativamente passivo a outro crescentemente ativo, o governo multiplica inevitavelmente seu dispositivo de ação." (MARX, F. M., 1968. p. 123).

<sup>3</sup> O Estado Regulador concentra-se, pois, na tarefa de normatizar, disciplinar, fiscalizar e sancionar atividades que satisfaçam fins de interesse público, sem praticar os atos de gestão propriamente ditos, cada vez mais dinâmicos no mundo de rápidas transformações comerciais, industriais e tecnológicas, por vezes estranhas às técnicas governativas tradicionais.

<sup>4</sup> "A desestatização significa a existência de maior autonomia para a sociedade decidir seu próprio destino, com menos presença do Estado. Com esse sentido, abrangeria a desregulamentação e a privatização. A desregulamentação consiste na eliminação total ou parcial de normas incidentes sobre o mercado e as atividades econômicas, levando à simplificação e desburocratização. Por sua vez, a privatização aparece num sentido mais amplo para expressar o controle e participação mais efetivos da sociedade no processo produtivo, e em sentido restrito, como transferência do poder acionário de empresas estatais no setor privado". (MEDAUAR, 1999, p.103).

Visto que os serviços públicos não poderiam ficar prejudicados, devendo ser prestado com qualidade, à iniciativa privada assume uma importante função, apoiada no princípio da subsidiariedade, atendendo unicamente à satisfação das necessidades do indivíduo.

Bruno Rossi Doná, autor do artigo “*Contexto Histórico do Surgimento das Parcerias Público-Privadas (PPPs) no Cenário Mundial e no Brasil*”, elenca os serviços que o Estado pode delegar a particulares, de forma objetiva:

Nessa ótica da subsidiariedade, seria de incumbência do Estado a realização de determinadas atividades que lhe são próprias em razão do seu caráter soberano, que não podem ser delegadas a particulares, tais como defesa, segurança, legislação, polícia, justiça e relações exteriores, sendo que de outro lado, ficariam regidas pelo princípio da subsidiariedade basicamente as atividades de cunho social, tais como saúde, educação, cultura, pesquisa, assistência e cultura, e as atividades de cunho econômico (comerciais, financeiras e industriais), em que o Estado só poderia exercer de modo supletivo a iniciativa particular, ou seja, quando o particular não agisse ou o fizesse de forma insatisfatória (DONÁ. 2009,p.6)

Com os mesmos fundamentos os autores Arnoldo Wald, Luiza Rangel de Moraes e Alexandre Wald, destacam que - “é insofismável que, hoje, a Administração deve descentralizar e delegar as atividades que possam ser executadas por particulares, verificado em diversos países, o sistema de prestação de serviços públicos, por meio de concessões a empresas privadas, visto que tem uma importância crescente, exigindo um posicionamento construtivo e sistemático do legislador, tanto no âmbito do plano federal quanto estadual e municipal (2004, p. 94)”.

A autora Maria Eduarda Azevedo, defende em sua tese de doutorado, que as Parcerias Público-Privadas, tem como paradigma político e econômico o princípio de, “Menos Estado, Melhor Estado” e “Melhor Estado, Melhor Sociedade” promovendo um novo modelo de governo, apelando pela reconfiguração das funções do Estado e ao reforço de transferir a iniciativa privada na execução de tarefas públicas, bem como à assimilação dos valores e das práticas do, com o propósito de melhorar a resposta aos anseios dos cidadãos e às necessidades dos agentes econômicos (2008. p.476).

A partir da nova modalidade de concessão, instituída pela Lei das Parcerias Público-Privadas, a administração buscou fomentar recursos para grandes investimentos, em projetos de infra-estrutura e a excelência na prestação de serviços públicos. Através de relatos sobre experiências bem sucedidas, em diversos países, postou-se viável a união do setor público e a iniciativa privada.

A função do Estado é a promoção do bem estar - social, assim, não há como negar a utilização dos recursos privados, visto, suprir as carências, e através desta, proporcionar serviços e infra-estruturas com qualidade, e a melhor utilização das verbas públicas, através da contraprestação a empresa privada, zelando pelos princípios constitucionais, utilizando os recursos públicos na execução de projetos com maior rapidez, a bem do interesse público.

## 1.2. As Parcerias Público-Privadas no Mundo

Nas últimas duas décadas do século XX, o mundo foi marcado por transformações econômicas, que modificaram profundamente o conceito de Estado, atingindo diretamente a sociedade através de benefícios, com a implantação de programas e reformas orientados para o mercado.

A intervenção do Estado na atividade econômica foi introduzida na grande maioria dos países por meio da privatização, determinando que o Estado transferisse a prestação de determinados serviços à iniciativa privada, e assim a mudança na estratégia de gestão dos ativos públicos (MOURA SILVA, 2009. p.4).

A Europa é genuinamente o berço das Parcerias Público-Privada, provedora de um novo modelo de concessão, onde vincula o Estado ao particular através de contraprestação prestada.

Em meados da década de 90, na Inglaterra, a Parcerias foram denominada como (Private Finance Initiative) e posteriormente passou a ser conhecida pelo nome de (public-private partnerships), sendo considerado um sucesso.

O modelo se irradiou pelo mundo, alcançando países como a França, Portugal, Espanha, Austrália, África do Sul, Irlanda, dentre outros.

A progenitora no instituto das Parcerias Público-Privada foi a Primeira Ministra britânica Margareth Thatcher, apoiada pelas políticas liberais. Pois devido à conseqüente

elevação das dívidas internas e externas, que o Estado enfrentava, transpassando um momento de crise econômica, ocorrendo o endividamento deste.

A incapacidade financeira para a manutenção dos serviços públicos resultou em um déficit público<sup>1</sup>, que contribuiu para a falta de investimentos nas demandas sociais surgindo à necessidade um modelo inovador de concessões.

As Parcerias Público-Privadas no Reino Unido se tornaram um meio eficiente e eficaz, no aumento de investimentos e a modernizar dos serviços públicos, que representa para o país uma economia de recursos e uma melhoria da relação preço-qualidade dos serviços prestados.

É válido salientar, que cada país tem um modelo específico de Parceria Público-Privada, que mais se ajusta ao seu ambiente institucional e econômico.

Nos países mais industrializados, as experiências são, em geral, bem sucedidas, o que se explica pela maior estabilidade institucional prevalecente, não existindo, em regra, um modelo único de concessão entre o Poder Público e o particular.

O autor Cláudio Moura Silva, destaca que “em um panorama geral da Europa continental, podem ser verificadas certas peculiaridades regionais. Os países do mediterrâneo optaram mais cedo pelas Parcerias Público-Privadas, por via de concessões rodoviárias na Espanha e Portugal desde a década 90. Os países germânicos e escandinavos surgem como países relativamente avessos a elas. A França pode ser enquadrada como meio termo, defensora do Estado centralizador por um lado, pioneira das concessões por outro. A Holanda é destacada, por vezes, pelas suas experiências pioneiras, mas no cômputo geral apresenta uma situação análoga à germânica e escandinava”. (2009. p.6)

Conclui-se que o surgimento das parcerias público-privadas no âmbito mundial, não foi um evento repentino ou casuístico, e sim fruto de uma longa evolução do Estado. Ademais, originaram-se de uma necessidade imperativa de se criar mecanismos por meio dos quais o ente público, por intermédio de parcerias celebradas com a iniciativa privada, pudesse reestruturar a infra-estrutura básica e os serviços prestados a população, objetivando promover ao máximo o bem estar social.

### 1.3. As Parcerias Público-Privadas no Brasil

Historicamente, as Parcerias Público-Privadas já existem há algum tempo, mas em termos de Brasil ainda é novidade. Implantada com intuito de solucionar de uma forma clara e socialmente eficaz as necessidades básicas, procurou através do investimento privado e infraestrutura pública para atuar em áreas de altíssima relevância social, fornecendo serviços de qualidade à sociedade.

É implantado por meio de um processo licitatório, com normas fixadas em contrato<sup>2</sup>, por um determinado período de tempo, prestando o melhor padrão de qualidade, fornecido pelo poder concedente. A forma é de mostrado por um contrato bilateral entre o Estado e o particular.

O Estado buscou unir a iniciativa privada por meio das Parcerias Público-Privadas, visando à ampliação de serviços públicos como também os de infraestruturas, uma vez que não é viável arcar individualmente com a totalidade dos custos. Na maioria dos casos o parceiro privado se responsabiliza em projetar, financiar, construir e operar um determinado

<sup>1</sup> Valor que o Governo gasta acima do que arrecada, durante um período de tempo, considerando-se os valores nominais, ou seja, somando a inflação e a correção monetária do período. Geralmente a expressão diz respeito ao Governo Federal, mas pode ser aplicada também a governos estaduais. Site Glossário Foregon. <http://www.foregon.com/glossario/253/deficit-publico.aspx>. acesso em 07 set de 2013.

<sup>2</sup> Contrato é um acordo de vontades, que tem em seu objetivo a criação, modificação ou extinção de direitos e obrigações. É um negócio jurídico em sua essência, e sua validade depende de agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou defesa em lei – esta é a dicção do artigo 166 de nosso Código Civil. Podemos ter os contratos bilaterais ou unilaterais, que geram obrigação para ambas ou somente para uma delas; comutativos ou aleatórios, onde se refere ao equilíbrio de obrigações entre as partes ou desequilíbrio proposital na relação de uma delas com outra; oneroso ou gratuito, quando ambas as partes tenham obrigações patrimoniais ou somente uma delas; execução imediata, sucessiva ou diferida, onde diz respeito às obrigações cumpridas no ato, em etapas periódicas ou ainda em um prazo único; formais e não formais, onde as primeiras exigem uma forma prescrita em lei e valem somente por escrito, ou em forma livre; principais e acessórios subsistem um por sua forma autônoma e independe ou que o assim depende de outro para poder existir; consensuais ou reais, onde o objeto tem cunho pessoal valendo pela mera aceitação ou exige a entrega efetiva coisa. O contrato administrativo é o ajuste que Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com particular ou outra entidade administrativa para a consecução dos objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração (MEIRELLES, 2004. p. 208).



empreendimento de interesse público e compartilha o risco com o Estado. Após a conclusão do empreendimento, a empresa privada coloca à disposição do Estado, mediante contrato de longo prazo, a prestação dos serviços decorrentes da exploração desse empreendimento, fazendo jus a uma remuneração periódica.

Em sua essência, as Parcerias Público-Privadas diferem das privatizações pelo fato de não haver venda de ativos. Nas parcerias, o setor público concede a um operador privado o direito de prover certo serviço público, por um período de tempo determinado.

A máquina pública na busca por um Estado eficiente, com menos custos e melhores resultados, busca proporcionar métodos para atrair recursos privados, fomentando o desenvolvimento nacional.

A administração pública, sempre esteve a frente na execução dos serviços, a partir da Lei 11.079/04, houve algumas alterações em suas funções, passando a atuar no fomento, planejamento, regulação e fiscalização.

Mesmo antes da promulgação da Lei Federal que regula as Parcerias Público-Privadas alguns estados já possuíam leis estaduais, com programas de parcerias entre o poder público e particulares, são exemplos os Estados de Minas Gerais e de São Paulo, Ceará, Bahia.

Atualmente os Estados têm a faculdade de optar por duas modalidades de contratos administrativos para a concessão de serviço público, sendo: as concessões simples – Lei 8.666/93, que envolvem a prestação de serviço público por parte da iniciativa privada e o pagamento do usuário pelo serviço efetivamente prestado, sem contraprestação pecuniária do setor público – e as concessões especiais – regidas pela Lei no 11.079/04, em que o concessionário recebe contraprestação financeira do ente público sendo denominado como regime de parcerias público-privadas.

#### 1.3.1. Conceito

Destaca-se um conceito unânime para as Parcerias Público-Privadas, como um contrato administrativo de delegação, nas atividades destinadas à satisfação de interesses públicos ou exploração de obra pública, com, pelo menos, a repartição entre os parceiros dos riscos inerentes à atividade, a longo prazo de duração e de vultoso valor econômico, em que se sublinha a existência de contraprestação pública ao parceiro privado para a remuneração da atividade, de modo integral quando, para efeito de seu custeio, o tomador da atividade for o parceiro público, ou em adição à tarifa, quando o serviço ou obra pública comportar cobrança direta dos usuários.

Na maioria dos casos o parceiro privado tem a responsabilidade de projetar, financiar, construir e operar um determinado empreendimento de interesse público e compartilha o risco com o Estado.

Concluído o empreendimento, a empresa privada coloca-se à disposição do Estado, mediante contrato de longo prazo, a prestação dos serviços decorrentes da exploração desse empreendimento, fazendo jus a uma remuneração periódica.

A estruturação dos projetos de Parcerias Público-Privadas, visa reduzir os dispêndios orçamentários com investimento do setor público, transformando um gasto de capital, concentrado no início do projeto, em uma despesa de custeio, amortizada ao longo da vida do projeto.

#### 1.3.2. As vantagens dos Parceiros Privados

Não haveria razão de existir caso os contratos de Parcerias Público-Privadas, se não fosse benéficos para a iniciativa privada. Deste modo, visando garantir o sucesso da parceria, bem como assegurar o pagamento da contraprestação devida ao parceiro privado, o art. 8º da lei 11.079/04 elencou algumas garantias aos prestadores de serviço das PPPs. Vejamos.

**Art. 8º** As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante:

**I** - vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal;

**II** - instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei;

**III** - contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público;

**IV** - garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público;

**V** - garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade;

VI - outros mecanismos admitidos em lei.

O primeiro benefício elencado é a vinculação das receitas dos entes e órgãos do Poder Público, que se mostram bastante atrativo, porém, deve-se observar às vedações expressas no inciso IV do artigo 167 da CRFB. Sendo que a instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei e a contratação de seguro-garantia junto a companhias seguradoras que não seja controlada pelo Poder Público.

**Art. 167.** São vedados:

IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo

Existe também a garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público e as garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade.

A lei estabelece que todos os outros mecanismos por ela admitidos podem ser levados em consideração, visando a satisfação do contrato por parte do parceiro privado. Esses mecanismos é que irá de fato assegurar que a Administração Pública cumpra seu papel principal, cumprindo com a contraprestação pecuniária ao Parceiro Privado.

#### 1.4. A Legislação Brasileira

Com intuito de avançar no desenvolvimento do país, explorando setores da Administração Pública precários, devido, má aplicação dos recursos públicos é que se apresenta a Lei 11.079/04 – Lei das Parcerias Público-Privadas, uma forma de obter resultados sociais positivos, com a participação da iniciativa privada, redistribuindo a responsabilidade do Estado e da sociedade necessidade na prestação de serviços públicos. Toda atividade administrativa do Estado é norteadas pelos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público.

O fundamento constitucional legitimador da produção desse diploma legal tem assento no art. 22, XXVII, obedecido disposto art. 37, XXI e art. 173, § 1º, III da Constituição Federal, que concede à União poder para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação pública.

**Art. 22.** Compete privativamente à União legislar sobre:

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III

**Art. 37.** A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações

**Art. 173.** Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública

Como toda e qualquer lei proposta, a intenção legisladora é de atender os anseios da sociedade, com as Parcerias Público-Privadas não foi diferente, pois, surgiu em um momento crucial, que a crise financeira e o endividamento do Estado já comprometiam suas atividades essenciais, em decorrência do aumento das atribuições estatal.

Conforme Constituição Federal de 1988 as atividades desempenhadas pelo Estado Legislativo, assegura a titularidade de serviços considerados relevantes, com o fundamento legal exposto através dos princípios do interesse público e da legalidade, no qual estipula que a administração pública só pode agir de acordo com o que está descrito na lei, atentando para os direitos e garantias fundamentais do cidadão.

O art. 175 da Constituição Federal trata sobre a execução de serviços públicos, com a exceção dos indelegáveis, de forma indireta, em que não requer obrigatoriedade de prestação direta pelo Estado para a satisfação dos interesses coletivos, mas podendo ser transferindo a iniciativa privada através de um contrato de delegação, permissão e autorização, deixando a administração pública na função de fiscal. Através desta previsão legal busca promover o princípio constitucional que trata sobre a dignidade da pessoa humana com as garantias do desenvolvimento, a promoção do bem estar de todos, erradicação da pobreza e redução das desigualdades, inerente a quem executou o serviço público, atentando ao princípio da eficiência, como forma de dar satisfação e continuidade a prestação do serviço público, atentando ao interesse da administração.

A responsabilidade do poder estatal na prestação do serviço em prol do interesse geral, não havendo necessidade de ser o executor direto, como destaca o autor Bandeira de Mello que expõe abertamente – a titularidade do serviço público não se confunde com a titularidade de sua prestação, atentando para a “titularidade” e não na obrigatoriedade de prestação, que pode ser delegado ao particular de forma ser cumprido com mais eficiência.

**Art. 175.** Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

**Parágrafo único.** A lei disporá sobre:

**I** - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

**II** - os direitos dos usuários;

**III** - política tarifária;

**IV** - a obrigação de manter serviço adequado.

A partir da compreensão dos termos em que a Constituição da República se reporta à atividade administrativa estatal, o estudioso terá importante subsídio a fim de aferir a conformidade das parcerias público-privadas à perspectiva constitucional brasileira.

Na busca de concretização de parcerias entre o setor público e o privado, que houve a criação no Brasil das Parcerias Público- Privadas (PPPs), inseridas no país pela Lei 11.079 de 30 de dezembro de 2004. Tal lei conceitua parceria público-privada como sendo o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

### 1.5. Avaliação e Desempenho das Parcerias Público-Privadas

As questões referentes aos indicadores e à avaliação do desempenho empreendidas nos contratos de gestão são similares, e muito, às que se pretendem realizadas nas parcerias público-privadas, conforme o parágrafo único do art. 6º da Lei no 11.079/04. O desempenho do parceiro privado será aferido pela avaliação das metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato.

**Art. 6º** A contraprestação da Administração Pública nos contratos de parceria público-privada poderá ser feita por:

**I** - ordem bancária;

**II** - cessão de créditos não tributários;

**III** - outorga de direitos em face da Administração Pública;

**IV** - outorga de direitos sobre bens públicos dominicais;

**V** - outros meios admitidos em lei.

**§ 1º** O contrato poderá prever o pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato.

**§ 2º** O contrato poderá prever o aporte de recursos em favor do parceiro privado para a realização de obras e aquisição de bens reversíveis, nos termos dos incisos X e XI do caput do art. 18 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, desde que autorizado no edital de licitação, se contratos novos, ou em lei específica, se contratos celebrados até 8 de agosto de 2012.

**§ 3º** O valor do aporte de recursos realizado nos termos do § 2º poderá ser excluído da determinação:

**I** - do lucro líquido para fins de apuração do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL; e

II - da base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS.

§ 4º A parcela excluída nos termos do § 3º deverá ser computada na determinação do lucro líquido para fins de apuração do lucro real, da base de cálculo da CSLL e da base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins, na proporção em que o custo para a realização de obras e aquisição de bens a que se refere o § 2º deste artigo for realizado, inclusive mediante depreciação ou extinção da concessão, nos termos do art. 35 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

§ 5º Por ocasião da extinção do contrato, o parceiro privado não receberá indenização pelas parcelas de investimentos vinculados a bens reversíveis ainda não amortizadas ou depreciadas, quando tais investimentos houverem sido realizados com valores provenientes do aporte de recursos de que trata o § 2º.

Enquanto as metas podem ser definidas como os objetivos, patamares a serem atingidos por determinada atividade, os padrões de qualidade remetem à esfera subjetiva, a uma escala de valores que permite avaliar a satisfação daquele serviço. A seu turno, padrões de disponibilidade dizem respeito àquilo que está disponível pronto para ser usado.

O art. 4º da Lei 11.079/94 estabelece princípios para ser seguido, na contratação das Parcerias Público-Privadas, sendo:

**Art. 4º** Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:

**I** - eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade;

**II** - respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução;

**III** - indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado;

**IV** - responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias;

**V** - transparência dos procedimentos e das decisões;

**VI** - repartição objetiva de riscos entre as partes;

**VII** - sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria.

- **Da eficiência:** que é o mesmo elencado no caput do art. 37 da Constituição Federal; no cumprimento dos deveres do Poder Público, com a missão do Estado conduzir o emprego dos recursos disponíveis da sociedade, dando a destinação correta.
- **Da Probidade:** respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados. Dentro das premissas que o Direito Público brasileiro trás, este dever de probidade destina-se à observância de uma postura correta no que tange o respeito à legalidade e a moralidade administrativa.
- **Da indelegabilidade das funções de regulação:** do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado;
- **Da responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias:** de acordo com a Lei de Responsabilidade Fiscal a celebração (lei complementar nº 101 de 04 de maio de 2000) a execução de parcerias ficam limitadas aos ditames desta norma que é voltada para a responsabilidade na gestão fiscal, equilíbrio das contas públicas, execução orçamentária e cumprimento das metas, entre outras funções.
- **Da transparência nos procedimentos e nas decisões:** princípio inerente ao Direito Administrativo, e integrado à lei da parceria público-privada, no sentido de trazer ao público os atos, movimentos, procedimentos e decisões na seara administrativa, uma vez que a publicidade dos atos assim o exige.
- **Da repartição objetiva de riscos entre as partes;** foi criada nesta lei uma distribuição equitativa dos riscos advindos da execução do contrato de forma objetiva, onde ambas as partes contratantes assumem o ônus de responder pelos atos ou fatos que acarretem prejuízos a terceiros.
- **Da sustentabilidade financeira e vantagens sócio-econômicas do projetos de parceria.** Dentre as muitas premissas que a lei proporciona à concessão na contratação de parceria público-privada, talvez este princípio mostre uma das finalidades da parceria. A sustentabilidade financeira surge como pressuposto da concessão de serviços e obras públicas, tanto no regime de concessão patrocinada onde envolve adicionalmente a tarifa cobrada dos usuários e a contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado, assim como na concessão administrativa onde o usuário direto ou indireto é a própria Administração Pública ainda que envolvam a execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

- **Da indelegabilidade;** Trás uma vedação no que diz respeito à ceder funções exclusivas do Estado. Delegar no sentido de atribuir a competência que pertence ao ente público, transferir poderes de maneira ao contratado exercer atividades que são privativas do poder público. Parece lógico esta limitação, uma vez que o exercício jurisdicional, o poder de polícia e as funções de regulação, dentre outros são monopólio estatal.

Com a opção Parcerias Público-Privadas, pretende-se favorecer não só a superação do déficit infraestruturais, invertendo o crônico sub investimento público, mas também a obtenção de ganhos de eficiência e qualidade na prestação de serviços públicos, contrariando as insuficiências tradicionais da gestão pública e procurando respostas mais adequadas perante a forte pressão social por mais e melhores serviços públicos.

As Parcerias representam uma alternativa abrangente, alicerçada nas capacidades de financiamento e de gestão do sector privado, que se materializam em arranjos contratuais e institucionais com vista a concretizarem projetos de iniciativa pública, associando ao financiamento e à prestação de serviços objetivos de eficiência e qualidade.

### 1.6. Modalidades de Parcerias Público-Privadas

A Lei de Parcerias Público-Privada efetivou importantes desdobramentos, influenciando como o modelo mais inovador no ordenamento jurídico, ocupando uma posição de destaque em relação a consagrada Lei de Concessões Comuns – Lei 8.666/93, que presta serviço por sua conta e risco, enquanto as Parcerias Público-Privadas mesmo o particular assumindo a execução de determinadas atividades e a exploração de obras públicas, divide com o parceiro público os riscos da empreitada, conforme o arts. 4º, VI e 5º, III da Lei 11.079/04.

**Art. 4º** Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:

**VI** - repartição objetiva de riscos entre as partes;

**Art. 5º** As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:

**III** - a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária.

A Lei das Parcerias Público-Privada - Lei 11.079/04, é semelhante a concessão comum regulada pela Lei no 8.978/95, devido a aplicação dos princípios básicos de concessão. O que difere a primeira da segunda é a atividade e contraprestação do poder público, em que o objeto do contrato tem certo grau de complexidade, por exemplo: o valor econômico dos projetos, a duração da concessão, a exigência de duas ou mais atividades para a prestação do serviço, a forma de remuneração que envolve contraprestação do Poder Público definidos em contrato administrativo de concessão, as modalidades - patrocinada ou administrativa.

A partir do regime especial que regula a Lei das Parcerias Público-Privadas, surgem duas modalidades de contratos, denominadas de patrocinada e administrativa, Nesse sentido, posiciona-se Hely Lopes Meirelles:

O contrato administrativo por parte da Administração destina-se ao atendimento das necessidades públicas, mas por parte do contratado objetiva um lucro, através da remuneração consubstanciada nas cláusulas econômicas financeiras. Esse lucro há que ser assegurado nos termos iniciais do ajuste, durante a execução do contrato, em sua plenitude, mesmo que a Administração se veja compelida a modificar o projeto, ou o modo e forma da prestação contratual, para melhor adequação às exigências do serviço público. (2002, p. 193)

O instituto de criação da Lei das Parcerias Público-Privadas (PPPs) visa suprir incapacidade do Estado de cumprir eficientemente com suas obrigações na equivocada aplicação de recursos públicos é realidade das decorrentes de políticas intervencionistas excessivas, sendo difundido por meio de sistema eficiente de descentralização e delegação de atividades tradicionalmente estatais à iniciativa privada, para desonerar o Estado e possibilitar sua atuação eficiente nas tarefas indispensáveis.



### 1.6.1. Concessão patrocinada

A concessão patrocinada<sup>1</sup>, de acordo com §1º do art. 2º da Lei no 11.079/04, é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas que envolvem, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, e contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. Já era prevista essa espécie de modalidade, no art. 35 da Lei 8.987 de 13 de fevereiro de 1995, mas faltava regulamentação específica para haver a contraprestação.

A autora de Maria Sylvania Di Pietro, faz um comparativo destacando as concessões nas modalidades patrocinada e comum, sendo que - "concessão patrocinada pode ser a execução de um serviço público ou de uma obra pública, não diferindo substancialmente da concessão comum, em que também é possível contraprestação do poder público, sob forma de subsídio, só que na concessão patrocinada a contraprestação do Poder Público é obrigatória, e na concessão comum excepcional. Além disso, a concessão patrocinada está sujeita ao regime estabelecido pela Lei nº 11.079/04, aplicando-se apenas subsidiariamente a Lei nº 8.987/95" (2006, p. 54-55).

A prestação de serviço ou obra pública é paga pelo usuário final através de tarifa, mas não é suficiente para manter sua atividade autônoma, necessitando de uma contraprestação pecuniária do parceiro público.

Na modalidade de concessão patrocinada, existe uma relação de direitos e deveres entre o parceiro público e o privado. É um contrato administrativo tripartite, pois, envolve o Poder Público - concedente, o parceiro privado - concessionária, e o usuário final, que paga a tarifa pelo uso.

Argumenta Fernando Vernalha Guimarães, sobre a concessão patrocinada: "O modelo pressupõe assim ajustes em que a receita tarifária com outras fontes de financiamento não se mostra suficiente a produzir um projeto auto-sustentável (concretamente-delineado), havendo daí a necessidade de complementar as receitas do concessionário a partir da participação (pela adição de recursos públicos) do Poder Público no seu financiamento. Há hipóteses em que um projeto de concessão, considerando-se todas as fontes de financiamentos viáveis (receita tarifária em patamar módico, receitas alternativas e acessórias) assim como prazos-limites a propiciar o retorno do investimento mais o lucro do concessionário, afigura-se economicamente inviável. Há insuficiência das fontes de financiamento do serviço público. A hipótese de adicionar contraprestação do Poder Público consiste assim num modo de viabilizar a execução de projetos nesta condição. (2008, p. 254)

Em termos gerais pode se dizer que a concessão patrocinada é aplicada nos contratos que não é possível aplicar a concessão comum, regidos pela Lei 8.666/93 em que o prazo de vigência dos contratos se limita a (5) cinco anos e um contrato que é de baixo valor. Já nos concessões administrativas das PPPs – Lei 11.079/04, o contrato é de longo prazo ficando sua vigência entre (5) cinco a (35) trinta e cinco anos, conforme o art. 5º, inciso I da lei que regula, devida sua natureza estável, e os contratos não podem ser inferiores a vinte milhões de reais, sendo que a remuneração do parceiro privado, trás uma parcela proveniente dos cofres públicos como também tarifas pagas pelos usuários, garantindo assim a sua continuidade dos serviços públicos prestados.

**Art. 5º** As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:

I - o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação;

**Di Pietro**, trás o conceito de concessão patrocinada:

<sup>1</sup> Como exemplo atual de concessão patrocinada tem-se a Parceria Público-Privada realizada em 2006 no estado de Minas Gerais. A concessão ocorreu para a exploração da Rodovia MG-50, sendo este o primeiro projeto de PPP do país na área de infra-estruturar rodoviária. "O Projeto PPP da MG-050 prevê a recuperação, ampliação e manutenção da rodovia MG-050 durante os próximos 25 anos, que conta com uma extensão de 372 km, interligando a região metropolitana de Belo Horizonte à divisa com o Estado de São Paulo. Os investimentos previstos no projeto são da ordem de R\$ 650 milhões, sendo R\$ 320 milhões já para os primeiros 5 anos." Será criado 6 praças de pedágio, o valor da tarifa ficará em R\$ 3,00 por praça. Por ser uma concessão patrocinada, além do recebimento do valor a ser cobrado pelo parceiro privado ao usuário da via, terá ele também direito ao recebimento de uma contraprestação do estado de Minas Gerais, limitada a R\$ 35 milhões por ano. MARTINS, Paloma. Rodovia MG-50. Disponível em: <http://www.ppp.mg.gov.br/pppeminas/projetos-ppp>. Acesso em: 25 de jul 2013.

Para o serviço público de natureza comercial ou industrial, que admita cobrança de tarifa do usuário, o instituto adequado é a concessão ou permissão de serviço público, em sua forma tradicional, regida pela Lei nº 8.987/95 e legislação esparsa (de telecomunicações, energia elétrica etc.), ou a concessão patrocinada instituída pela Lei nº 11.079/2004 (2005, p. 58).

É fundamental ressaltar que na concessão comum, a remuneração por subsídios feita pela Administração Pública é possível, mas, não é obrigatória. Já no caso da concessão patrocinada, o subsídio é parcial e obrigatório. O § 3º do art. 10. da Lei nº 11.079/2004 determina que essa contraprestação da Administração Pública não poderá ser superior a 70% (setenta por cento) da remuneração do parceiro privado, salvo se houver autorização legislativa específica.

**Art. 10.** A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada a:  
**§ 3º** As concessões patrocinadas em que mais de 70% (setenta por cento) da remuneração do parceiro privado for paga pela Administração Pública dependerão de autorização legislativa específica.

Na verdade, a concessão patrocinada se presta às atividades - serviços e obras públicas referidas na Lei nº 8.987/95 - cuja exploração econômica, por parte do concessionário, não seja suficiente para garantir-lhe retorno financeiro, não sejam aptas a manter a atividade autonomamente. Dada a dificuldade de manutenção de atividades em condições cuja demanda seria insuficiente para a prestação por conta e risco do concessionário - como ocorre nas concessões comuns -, a parceria público-privada propicia, por intermédio de contraprestação pública adicional às tarifas cobradas dos usuários, viabilidade econômica à atividade, garantindo o interesse do parceiro privado em executá-la.

#### 1.6.2. Concessão administrativa

A concessão administrativa está regulamentada no §2º do artigo 2º da Lei Federal 11.079/2004, trata-se de um contrato de prestação de serviços, que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva a execução de obras, fornecimento ou instalação de bens.

**Art. 2º** Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

**§ 2º** Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

Nessa espécie de concessão não há possibilidade de cobrança de tarifa do usuário, pois o objeto do contrato somente poderá ser serviço administrativo, ou seja, atividade-meio ou a prestação de serviço social não exclusivo do Estado, ficando a cargo do Estado a contraprestação dos valores necessários para garantir o investimento do parceiro privado, iniciando o pagamento somente quando o serviço estiver disponível, com o prazo de exploração determinado em contrato.

O contrato de concessão das Parcerias Público Privada permite que a empresa privada preste serviços em nome próprio, que representa uma grande vantagem, pois tem a possibilidade de construir infra-estrutura no menor custo e oferecer serviços públicos de qualidade em menor prazo.

O exemplo desse tipo de modalidade é os presídios, o qual a própria parceria encarrega-se do projeto, implementando a realização e, ao final, tendo a Administração Pública como usuária, abrigando-se os presos e satisfazendo, assim, a toda a coletividade.

O artigo 4º, III, da Lei 11.079/04, só exclui dos objetos das parcerias público-privadas as atividades que sejam exclusivas do Estado; dentre as não exclusivas, algumas somente poderão ser objeto de concessão patrocinada (que permite cobrança de tarifa dos usuários), o que significa que as outras só poderão ser objeto de concessão administrativa (quando não haja possibilidade de cobrar tarifa dos usuários).

**Art. 4º** Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:

**III** - indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado;

Para o autor Alexandre Aragão, são vários os serviços que podem vir a ser realizados através da concessão administrativa como: os serviços públicos econômicos em que o Poder Público não cobre tarifas aos usuários (caso dos pedágios-sombras, SCUT); serviços sociais (educação, saúde, cultura), através da gestão e atividades de suporte, sendo realizados pelo parceiro privado; atividade-meio para que o Estado realize a atividade-fim, é o caso do exercício do poder de polícia, indelegável ao parceiro privado (III do artigo 4º da Lei Federal nº 11.079/2004), todavia, possível a realização da atividade-meio, como construção, manutenção e hotelaria em presídios, engenharia de trânsito com instalação de lombadas eletrônicas, semáforos, radares estáticos. (2009, p. 6)

Floriano de Azevedo Marques Neto segue o mesmo raciocínio, sendo que, qualquer atividade que o Estado tenha a responsabilidade de prestar, pode ser objeto da concessão administrativa, até mesmo as atividades que são de sua exclusividade, como o poder de polícia, não como atividade fim, mas, como atividade meio. O parceiro privado disponibiliza os meios necessários para atingir a sua finalidade. (2005, p. 291)

Para o setor privado, a PPPs representa um novo e amplo leque de oportunidades de negócios, muita delas restritas anteriormente à governança pública.

Para a sociedade, as Parcerias Público-Privadas representam uma oportunidade de se desfrutar de serviços públicos mais bem estruturados e coordenados, sobretudo pelo fato que indicadores de desempenho estarão monitorando todo o processo concessional.

### Considerações finais

O movimento de alguns países em diminuir a presença do Estado na prestação de alguns serviços públicos, transferindo a iniciativa privada, obteve excelentes resultados. A parceria tem como objetivo fomentar o setor privado, para o desempenho de serviços deficientes, incapazes de serem prestados com eficiência pelo Estado, delegando a execução de serviço público através de um contrato bilateral, no qual a concessionária se compromete a executar o serviço assumido, a bem do interesse público.

A implantação em nosso ordenamento jurídico, da Lei de Parcerias Público-Privadas (Lei 11.079/04), promulgada em 30 de dezembro de 2004, é considerada uma inovação nos moldes de concessões, podendo configurar por meio de licitação ou contratação, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Essa modalidade de concessões visa o aproveitamento da eficiência de gestão no setor privado, sendo uma alternativa de crescimento econômico e social,

O que diferencia as Parcerias Público-Privadas das concessões comuns, é a contra prestação total ou parcial, auferida pelo Estado ao parceiro privado, através da modalidade administrativa e patrocinada.

Verificar a constitucionalidade desses atos administrativos tem sido o alvo de discussões por parte de doutrinadores e juristas. Atualmente o ápice das garantias constitucionais é o princípio da dignidade humana, pois é dever do Estado proporcionar aos cidadãos uma vida digna.

### Referências

- ASSIS, Rafael Damasceno. **Privatizações de prisões e adoção de um modelo de gestão privatizada**. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3483/Privatizacao-de-prisoas-e-adocao-de-um-modelo-de-gestao-privatizada> - Acesso em 08 set 2013.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado, 1988.
- CARVALHO, Pedro Armando Egydio de. *É conveniente privatizar os presídios?* Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, n. 7. 1994
- D'URSO, Luiz Flávio Borges. *Privatização Das Prisões Mais Uma Vez a Polêmica*. Disponível em: <http://www.oabms.org.br/noticias/lenoticia.php?> Acesso em 11 set de 2013.
- DALLARI, Adilson de Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- DI PIETRO, Maria S. Z. **Parcerias na Administração Pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 5. ed. São Paulo: atlas, 2005.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: história da violência nas prisões. Petrópolis, RJ: Vozes, 1993.

- GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Dialética, 2004.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28. ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo; Délcio Balastero Aleixo; José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M; WALD, Arnoldo. *O Direito de parceria e a Lei de Concessões*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- NIEBUHR, Pedro de Menezes, **As Parcerias Público-Privadas na perspectiva constitucional brasileira**. (tese de mestrado). Florianópolis: UFSC, 2007.
- RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPPs – Melhores Práticas em Licitações e Contratos*. 1ª Ed. Ed. Atlas, 2011.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1999

### 1.2.16 O (im)possível julgar penal quando o juiz produz provas: uma leitura ao artigo 156, do Código de Processo Penal, à luz do princípio da imparcialidade<sup>1</sup>

Liéli Benites de Oliveira<sup>2</sup>  
Mário Luis Lírio Cipriani<sup>3</sup>

#### Resumo

O ordenamento jurídico brasileiro, através do Código de Processo Penal, na fase processual, adotou o sistema processual penal acusatório, incumbindo as partes a iniciativa probatória, restando ao juiz criminal somente a decisão acerca do feito. No entanto, no momento em que o magistrado requer provas, de ofício, acaba comprometendo sua imparcialidade, ferindo princípios consagrados pela Constituição Federal de 1988, como o princípio da imparcialidade e do favor rei, uma vez que, em caso de dúvida, absolve-se e, não solicita novas provas. Desta forma, ao solicitar provas de ofício, torna-se clara a vontade do magistrado de achar meios de justificar seu pensamento (de condenar) ao inserir-se na iniciativa de produção probatória (tarefa exclusiva das partes). Sabe-se que o ordenamento jurídico caminha para um maior afastamento do juiz criminal da instrução processual, como por exemplo, na vedação a decretação *ex officio* da prisão preventiva no curso da investigação criminal, assim, busca-se, na sentença final, um juízo de valor mais próximo do imparcial. Partindo deste pensamento, o presente trabalho tem por objetivo mostrar a extrema importância o reexame do art. 156, do Código de Processo Penal, uma vez que determina ao juiz uma postura de parte, exercendo um pré-juízo acerca do caso, ou seja, implicitamente, mostra-se a vontade de condenar, diferentemente do que se espera: um julgador com convencimento parcial, objetivo e desinteressado, ferindo então, um dos princípios constitucionais mais importantes, a imparcialidade do julgador.

**Palavras-Chave:** Juiz. Provas. Princípio da Imparcialidade

#### Introdução

O atual Código de Processo Penal, sancionado em 1941, sofrendo poucas variações ao longo dos anos, mantendo consigo fortes bases inquisitoriais. No entanto, com a abertura da democrática e consumada Constituição Federal de 1988 e os mais variados diplomas internacionais de proteção dos direitos humanos, no período pós 2ª Guerra Mundial, tornou-se inegável a necessidade de uma releitura da legislação processual penal.

O Processo Pena deixou de ser apenas um meio de punição do Estado e, passou, principalmente, ser visto como forma de tutela dos direitos fundamentais, de modo que se pode afirmar não ser mais possível discutir acerca de algumas garantias processuais mínimas.

É neste cenário que o juiz criminal assume papel de relevância, uma vez que, por ser representante do Poder Judiciário, compete à função de garantidor dos direitos fundamentais dos acusados na esfera processual penal, principalmente do que tange a dignidade do ser humano.

Dessa forma, com o grande avanço de criminalidade no tecido social, surgiu a idéia de impunidade ao processo penal, assim, muitas pessoas, sejam elas leigas e até mesmo operadoras do Direito, vieram a reclamar da postura dos juízes criminais frente a decisões sobre os mais variados delitos.

Diante de tal situação, estes magistrados abandonaram a postura de inertes e passaram a diligenciar na busca do material probatório. Tal prática foi inserida em nosso ordenamento jurídico através da nova redação do art. 156, trazida pela Lei nº 11.690/2008, uma das leis da chamada “reforma do processo penal”, onde estão os chamados poderes instrutórios do juiz.

O problema do novo dispositivo se encontra no intenso confronto com princípios constitucionalmente estabelecidos, como, por exemplo, da imparcialidade e do favor rei,

<sup>1</sup> Resultado de pesquisa desenvolvida na disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso II, no 8º semestre letivo do ano de 2012, vinculado à Linha de Pesquisa Constitucionalismo, Concretização de Direitos e Cidadania

<sup>2</sup> Autor. Aluna de graduação do 10º semestre da Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA). E-mail: lielibogmail.com

<sup>3</sup> Orientador. Advogado Criminalista. Professor Universitário na área de Direito Processual Penal. Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela UC. E-mail: cipriani@fadisam.com.br



quando, permite que o juiz criminal, de ofício, produza provas até mesmo antes de existir uma ação penal.

Assim, como poderíamos ter um juiz parcial agindo como parte durante o curso do processo? Por que produzir mais provas? É na influência dessas duas problemáticas que se situa o presente trabalho, cujo enfoque é o caráter condenatório do processo penal, compreendendo, assim, as demandas penais iniciadas mediante a dedução de uma pretensão acusatória.

Dentro de tal perspectiva, objetiva-se analisar a atuação do juiz no curso da instrução probatória do processo penal brasileiro, à luz do sistema acusatório e do princípio da imparcialidade, a fim de averiguar a eventual compatibilidade entre estes e a outorga de poderes instrutórios.

Por fim, cabe destacar que o tema deste artigo é de extrema importância para toda a sociedade brasileira, posto que, está diretamente ligado aos princípios constitucionais vigentes em nosso Estado Democrático de Direito. Por esta razão, torna-se necessário o seu enquadramento junto a área de pesquisa da Instituição (Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA) – Direito, Sociedades Globalizadas e Diálogo entre Culturas Jurídicas – e, seu conteúdo inserido na linha de pesquisa que trata de assuntos referentes ao constitucionalismo, concretização de direitos e cidadania.

## Desenvolvimento

### 1. Sistematização Processual Penal

A palavra “sistemas” nos permite diferentes interpretações, porém, no que tange o estudo do sistema processual penal ela é adotada como “conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas para a aplicação do direito penal a cada caso concreto”<sup>1</sup>.

Dessa forma, torna-se fácil perceber que os sistemas processuais são conseqüências das diversas soluções encontradas pelo Estado para alguns aspectos da persecução penal, bem como das razões históricas, políticas e culturais que as motivaram e informaram.

Neste sentido, é o entendimento de Aury Lopes Júnior:<sup>2</sup>

“Na história do Direito se alternaram as mais duas opressões com as mais amplas liberdades. É natural que nas épocas em que o Estado viu-se seriamente ameaçado pela criminalidade o Direito Penal tenha estabelecido penas severas e o processo tivesse que ser também flexível. Os sistemas processuais inquisitivo e acusatório são reflexos da resposta do processo penal frente à exigência do Direito Penal e do Estado da época. Atualmente, o *law and order* é mais uma ilusão de reduzir a ameaça da criminalidade endurecendo o Direito Penal e processo.

Igualmente, merece destacar que em países democráticos vigora um procedimento que trata o acusado como um sujeito de direitos e garantias, tendo assegurados o contraditório e ampla defesa, presunção de inocência e a imparcialidade do juiz. Por outro lado, quem vive sob uma estrutura política autoritária vêem o réu um mero objeto de investigação, concentrando os poderes processuais penais nas mãos de um único órgão.<sup>3</sup> Essas duas antíteses de forma de persecução penal deu-se o nome de acusatório e inquisitório, respectivamente.

Em outro momento, quando houve o fracasso do sistema inquisitório e a adoção do sistema acusatório, houve a necessidade de dividir o processo em duas fases, desta forma, as atividades de acusar e julgar ficariam com órgão e pessoas distintas.<sup>4</sup> É neste cenário que é criado ilusório e insuficiente sistema misto, onde predominava a forma inquisitiva na fase preparatória e acusatória na fase processual.

Além disso, como o momento político interfere no sistema processual penal vigente, também influencia diretamente o comportamento do juiz frente ao processo, exigindo por vezes um juiz-espectador e em outro momento, um juiz-ator.

Assim, faz-se necessário o estudo histórico e teórico destes três sistemas para que possamos compreender os limites impostos a figura do juiz frente à ação penal.

<sup>1</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 14. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 45.

<sup>2</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 115.

<sup>3</sup> ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 39.

<sup>4</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. p. 127.

### 1.1. Sistema Acusatório

A origem deste sistema encontra-se fixada no Direito Grego onde qualquer cidadão, exceto os Magistrados, as mulheres, os menores e as pessoas que por seus antecedentes não oferecessem garantias de honorabilidade<sup>1</sup>, poderiam convocar o Tribunal para que julgasse os chamados delitos “públicos”, cabendo, exclusivamente àqueles que alegavam o ônus probatório.

Posteriormente, no Direito Romano da Alta República este sistema instalou-se sob a forma da *acusatio*,<sup>2</sup> onde estabelecia que ninguém poderia ser levado a juízo sem que fosse acusado. Porém, quando se aproximou da época do Império este sistema sofreu uma crise, mostrando-se insuficiente para as novas necessidades de repressões e delitos. Além disso, começaram a surgir diversos problemas como impunidade e punições motivadas por vingança.

Somente com a Revolução Francesa, no século XVIII, que o sistema acusatório ressurgiu. Baseado no antigo processo penal germânico ele recuperou suas ideologias e abandonou os traços cruéis herdados pela forma inquisitória.

Atualmente, todos os Estados vêem o sistema acusatório como o ideal para os democráticos de Direito, tendo em vista que a eleição ideológica de tal estrutural processual é uma consequência natural das influências do princípio democrático de direito.<sup>3</sup>

Tal sistema é caracterizado por haver uma nítida separação entre o órgão acusador e o julgador,<sup>4</sup> ou seja, existe uma clara distinção entre as atividades de acusar e julgar. Assim, o juiz é mantido como um terceiro imparcial que não possui qualquer vínculo com os órgãos oficiais de persecução.<sup>5</sup> Com relação à valoração das provas, impera o livre convencimento, não sendo atribuídos valores a estas, possuindo um tratamento igualitário e quem deve ter a iniciativa probatória são as partes.

O acusado deixa de ser um mero objeto de investigação e passa a ser parte passiva no processo penal, além disso, possui o direito do contraditório e da ampla defesa. Existe a predominância da oralidade e da publicidade.

Porém, é de conhecimento que este sistema não é puro em sua essência, ainda existe uma forte crítica no que diz respeito à atuação do juiz e a arrecadação das provas, pelas partes, conforme as palavras de Aury Lopes Júnior:<sup>6</sup>

É importante destacar que a principal crítica que se fez (e se faz até hoje) ao modelo acusatório é exatamente com relação à inércia do juiz (imposição da imparcialidade), pois, este deve resignar-se com as consequências de uma atividade incompleta das partes, tendo que decidir com bases em um material defeituoso que lhe foi proporcionado. Esse sempre foi o fundamento histórico que conduziu à atribuição de poderes instrutórios ao juiz e revelou-se (através da inquisição) um gravíssimo erro. [grifo do autor]

Dessa forma, por ser o ônus da prova atividade das partes, aumenta-se a responsabilidade e o grau de técnico dos profissionais de Direito, uma vez que devem investigar e proporcionar as provas necessárias para convencer o julgador. Além disso, surge um dever correlato do Estado, uma vez que este deve criar e manter uma estrutura que tenha a mesma força de representação processual, para assegurar um mínimo de paridade de armas e dialeticidade.<sup>7</sup>

Por fim, merece destacar que o juiz somente terá o *status* de imparcial dentro do processo acusatório-democrático no momento em que ele estiver afastado da esfera de atividades das partes. Com relação à imparcialidade do julgador, Geraldo Prado<sup>8</sup>:

A rigor, a imparcialidade do juiz é vista a partir de dois parâmetros: há os casos de impedimento, pelos quais se objetiva excluir do juiz que possa ter interesse no

<sup>1</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. V. I. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 109.

<sup>2</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. V. I. p. 109.

<sup>3</sup> PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**. p. 35

<sup>4</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 7. ed. rev., atual e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 121

<sup>5</sup> ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal**. p. 38.

<sup>6</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. p. 119.

<sup>7</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. p. 120.

<sup>8</sup> PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório - A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p. 109.

resultado da causa; e existem as hipóteses de suspeição, normalmente voltadas a permitir a substituição do juiz interessado nas partes. De modo geral, as questões que envolvem o primeiro conjunto – causas de impedimento – são impessoais, mas guardam certo vínculo direto com a pessoa do magistrado, enquanto as causas de suspeição são dotadas de caráter predominantemente pessoal.

Assim, resta clara a preocupação de manter o magistrado distante dos interesses das partes, para que não haja uma contaminação na hora de proferir a sentença final, diferentemente do que acontece no sistema inquisitório que será objeto de análise, na seqüência.

## 1.2. Sistema Inquisitivo

Seu surgimento está inserido nos regimes monárquicos e foi sendo aperfeiçoado durante o direito canônico, ou seja, durante o século XII até o XIV o sistema acusatório foi perdendo sua força, sendo substituído, paulatinamente, pelo sistema inquisitório. Dessa forma, passou a ser adotado em quase todas as legislações européias dos séculos XVI, XVII e XVIII.<sup>1</sup>

Segundo Aury Lopes Júnior:<sup>2</sup>

Essa substituição foi fruto, basicamente, dos defeitos da inatividade das partes, levando à conclusão de que a persecução criminal não poderia ser deixada nas mãos dos particulares, pois isso comprometia seriamente a eficácia do combate à delinquência. Era uma função que deveria assumir o Estado e que deveria ser exercida conforme os limites da legalidade. Também representou uma ruptura definitiva entre o processo civil e penal.

Em sua origem, esse sistema caracteriza-se pela concentração dos poderes de investigar, acusar e julgar em uma única pessoa: o inquisidor. Por esta razão, que a estrutura inquisitiva esteve presente nos Estados que mantinham o seu sistema político centralizado, ou seja, os absolutistas, pois, exigia-se uma forma mais rígida de punir.

Estes Estados valiam-se do fundamento de que não poderia deixar na mão dos particulares a ordem social porque eram eles quem, no modelo acusatório, tinham a iniciativa da acusação. Nesse sentido, são as palavras do doutrinador, Paulo Rangel:<sup>3</sup>

O cerne de tal sistema era a reivindicação que o Estado fazia para si do poder de reprimir a prática dos delitos, não sendo mais admissível que tal repressão fosse encomendada ou delegada a particulares. O Estado-juiz concentrava em suas mãos as funções de acusar e julgar, comprometendo, assim, a imparcialidade.

Portanto, a principal característica desse sistema é que o próprio órgão que investiga, também pune. Além disso, o acusado é tratado como um objeto da persecução e não sujeito de direitos como no sistema acusatório,<sup>4</sup> inexistindo o contraditório e a ampla defesa. Cabe destacar, que o processo é regido pelo sigilo, longe dos olhos do povo.

Com relação ao tratamento do acusado, Fernando da Costa Tourinho Filho<sup>5</sup>:

Era o mesmo pensamento que vigorava nos séculos XIV, XV, XVI, XVII e XVIII, quando se dizia que o réu era um objeto de investigação e não um sujeito de direito, quando reinava o processo inquisitivo e com ele os interrogatórios sugestivos, a tortura para se conseguir a confissão, a presunção de culpa.

Também, inexistia a publicidade dos atos, pois, o juiz-inquisidor atuava de ofício e em segredo. O depoimento das testemunhas era tido em sigilo para que o réu não descobrisse os nomes destas e logo após as declarações eram postas em papel, onde somente o Magistrado tinha acesso.

Além disso, a estrutura do processo inquisitório foi construída a partir da falácia de um conjunto de instrumentos e conceitos, especialmente no que tange a verdade real. A busca insistente para se chegar a verdade dos fatos fez com que a prisão cautelar virasse regra, ou seja, o juiz-inquisidor necessitava do corpo do herege para buscar informações que julgasse necessárias. Assim, muitos se valiam da tortura para obter a confissão, já que as provas eram

<sup>1</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. p. 45.

<sup>2</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. p. 119.

<sup>3</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. p. 46.

<sup>4</sup> ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal**. p. 40.

<sup>5</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. V. I. p. 92.

tarifadas e aquela era a prova máxima, também chamada de “rainha das provas”, sendo suficiente para a condenação.

Nesse sentido, Marcos Alexandre Coelho Zilli<sup>1</sup>:

Como corolário, pode-se apontar uma persecução penal eminentemente oficial exercida por funcionários delegados pelo titular do poder central. Sua principal meta é a busca de uma verdade histórica, não importando, para tanto, os meios e os modos utilizados para o cumprimento de tal mister.

Outrossim, a função do advogado neste momento era de convencer o acusado a confessar logo o delito e se arrepender do erro para que a pena fosse aplicada e tão logo começasse a execução, ou seja, o objetivo principal, no que tange a produção de provas, nesta fase, é obter a confissão.

Alguns doutrinadores, como Vincenzo Manzini<sup>2</sup>, acreditam que este sistema dividia-se em duas fases, inquisição geral e inquisição especial. A primeira, geral, funcionava como uma espécie de investigação preliminar, ou seja, era destinada a reconhecer autoria e materialidade do delito. Por sua vez, a segunda, especial, era responsável por aplicar a sanção, ligada ao processamento e condenação do réu.

Segundo Aury Lopes Júnior<sup>3</sup>, este sistema predominou até o final do século XVIII, início do XIX, momento em que a Revolução Francesa, os novos postulados de valorização do homem e os movimentos filosóficos que surgiram com ela repercutiam no processo penal. Removendo assim as características do modelo inquisitivo e se inicia a transição para o modelo misto, o qual se sustenta até os dias de hoje.

### 1.3. Sistema Misto

A renovação intelectual que permeou o século XVIII, fruto dos postulados de valorização do homem, propagados pelo iluminismo, trouxe consigo críticas intensas ao modelo procedimento até então utilizado. Buscava-se um modelo acusatório mediante a adoção de formas semelhantes às desenvolvidas na Roma Imperial e na Inglaterra<sup>4</sup>.

No entanto esse pensamento esbarrou em tradições culturais inquisitórias, consagradas durante os séculos passados as quais apenas foram mescladas com idéias acusatórias, assim, surge um novo modelo: o misto.

Historicamente, foi a França o primeiro Estado a adotar este ordenamento jurídico, no chamado *Code d'Instruction Criminelle* de 1808<sup>5</sup>, sendo o primeiro a separar as fases de investigar e julgar. A partir de então, espalhou-se por todo o mundo, sendo hoje a forma de sistema mais utilizada.

Merece destacar que é neste modelo que surge a figura do Ministério Público, uma vez que surgiu a necessidade de dividir o processo em fases, separando, em órgãos e pessoas distintos, a faculdade de acusar e julgar. Assim, a acusação continua como monopólio estatal, mas era realizada por um terceiro, distinto do juiz, ou seja, pelo Ministério Público<sup>6</sup>. Desta forma, acreditava-se que conseguiriam ter a imparcialidade do órgão ministerial, porém, uma grande crítica foi construída durante os anos, alegando ser impossível que o promotor de justiça fosse imparcial, à medida que não há com ter uma pessoa exerça duas funções tão antagônicas como a de acusar e defender.

Paulo Rangel<sup>7</sup> divide este sistema em duas fases: instrução preliminar e judicial. A primeira é inspirada no modelo inquisitivo, ou seja, o procedimento é levado ao juiz para que proceda as investigações para, posteriormente, levar a tribunal competente. Por sua vez, na fase judicial é que nasce a acusação propriamente dita, onde as partes iniciam um debate oral e público, com a acusação sendo feita por um órgão distinto do que irá julgar.

Neste sentido, Aury Lopes Júnior<sup>8</sup>:

Ademais, a divisão do processo penal em duas fases (pré-processual e processual propriamente dita) possibilitaria o predomínio, em geral da forma inquisitiva na fase preparatória e acusatória na fase processual, desenhando assim o caráter “misto”.

<sup>1</sup> ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal**. p. 40.

<sup>2</sup> MANZINI. *Apud* LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. p. 111.

<sup>3</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. p. 127.

<sup>4</sup> ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal**. p. 90-91.

<sup>5</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. p. 128.

<sup>6</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. p. 127.

<sup>7</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. p. 50.

<sup>8</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. p. 128.

A parte inquisitiva desse modelo (investigação) é acompanhada, em regra, por um magistrado com auxílio da polícia da atividade judiciária, a qual irá tomar todas as providências, fazendo um juízo prévio para que a acusação possa ocorrer. Esta investigação ocorre de maneira secreta, escrita e o investigado é mero objeto, fazendo com que a prisão cautelar fosse regra dentro deste sistema.

De outra banda, a segunda fase é inaugurada com a acusação, em regra, realizada pelo Ministério Público. Neste momento, as partes desfrutam da igualdade, existindo o contraditório e a ampla defesa, o acusado passa a ser um sujeito de direitos e deveres e lhe é assegurado o estado de inocência, devendo o órgão acusador demonstrar sua culpa por meio de um procedimento legal.

Segundo Marcos Alexandre Coelho Zilli<sup>1</sup>, “o imputado é considerado um sujeito de direitos e sua posição jurídica, durante o processo, é a de um inocente até que venha a ser considerado culpado.”

No entanto, embora considerado um avanço com relação ao seu antecessor<sup>2</sup>, este sistema vem recebendo várias críticas da doutrina, alegando estar longe de ser um modelo ideal. A primeira falha seria a falta de identificação de um núcleo fundante, pois, apenas a separação das atividades ajuizar e julgar não são suficientes para caracterizar um sistema. Outro ponto relevante é o fato de manter juiz na colheita de provas, onde é de conhecimento que a função jurisdicional deve ser preservada ao máximo, retirando-se o juiz da fase persecutória e entregando o poder de investigação para o Ministério Público ou das partes, para que eles realizem as diligências que julgarem necessárias.

Com relação a este sistema, a principal crítica de Aury Lopes Júnior<sup>3</sup>:

Portanto, é um reducionismo pensar que basta ter uma acusação (separação inicial das funções) para construir-se um processo acusatório. É necessário que mantenha-se a separação para que a estrutura não se rompa e, portanto, é decorrência lógica e inafastável, que a iniciativa probatória esteja (sempre) nas mãos das partes. Somente isso permite imparcialidade do juiz.

Outro ponto desfavorável ao modelo misto é que no Brasil o inquérito policial, realizado às escuras (regido pelo sigilo, sem a presença do contraditório e da ampla defesa), é integralizado aos autos do processo e o juiz, em audiência, busca saber a veracidade dos fatos que constam nele e muitas vezes, passa a condenar o acusado com base nessas provas, fundamentada de outra forma.

Neste sentido, Aury Lopes Júnior<sup>4</sup>:

Enquanto não tivermos um processo verdadeiramente acusatório do início ao fim, ou, ao menos, adotarmos o paliativo da exclusão física dos autos do inquérito policial de dentro do processo, as pessoas continuarão sendo condenadas com base na “prova” inquisitorial, disfarçada no discurso do “cotejando”, “corroborando”... e outras fórmulas que mascaram a realidade: a condenação está calcada nos atos de investigação, naquilo que foi feito na pura inquirição.

Portanto, o sistema acusatório não é puro em sua essência, ainda, carrega marcas fortes do sistema inquisitivo, mesmo com a evolução da Constituição Federal de 1988, que privatizou a Ação Penal Pública ao órgão ministerial. Assim, enquanto tivermos uma mistura de modelos tão opostos, não conseguiremos uma imparcialidade no julgamento e estaremos nos distanciando do que se busca no Estado Democrático de Direito, ou seja, valendo-se das palavras de Jacinto Coutinho<sup>5</sup>: (se tal sistema) serviu a Napoleão, um tirano; serve a qualquer senhor; (obviamente) não serve à democracia.

Além disso, Saulo de Carvalho<sup>6</sup> adverte para “a total impossibilidade lógico-científica de existência de um sistema jurídico misto”, sustentando a tese de que:

a característica dos sistemas, como a dos paradigmas (Kuhn) e dos tipos ideais (Weber), é sua identificação a partir de alguns rígidos princípios unificadores. Deles apenas se aproximam as tendências opostas, sendo impossível fusão sistemática ou

<sup>1</sup> ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal**. p. 42.

<sup>2</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. p. 55.

<sup>3</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. p. 129.

<sup>4</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. p. 131.

<sup>5</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. p. 131.

<sup>6</sup> CARVALHO, Saulo de. **Da necessidade de efetivação do sistema acusatório no processo de execução penal**. In: CARVALHO, Saulo de (org). **Crítica à Execução Penal**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2002. p.493.



paradigmática. Assim, um modelo jurídico é garantista ou antigarantista. O sistema processual é acusatório ou inquisitivo. Claro que podemos ter, no interior de um modelo normativo garantista (acusatório), práticas ou alguns institutos ou regras antigarantistas (inquisitório). Todavia, estas não descaracterizam a matriz original, cremos inclusive que a reforçam.

No mesmo norte, Aury Lopes Júnior<sup>1</sup> é categórico ao afirmar que o “sistema misto” é “absolutamente insuficiente, porquanto, não havendo mais “sistemas puros” na atualidade, todos podem ser rotulados de “mistos”, razão pela qual se faz necessário “identificar o princípio informador de cada sistema, para então classificá-lo como inquisitório ou acusatório.”

Por fim, reconhecida a inexistência de sistemas puros na atualidade, bem como a existência de um sistema misto, calha a análise de determinados princípios para que possamos entender a atuação instrutória do juiz criminalista dentro do processo penal.

#### 1.4. Princípio da Imparcialidade e Princípio do “Favor Rei”

O Processo Penal Brasileiro é regido por uma série de princípios, cujo estudo aprofundado e exata compreensão são de suma importância para a boa aplicação do Direito.

Os valores compartilhados por toda a comunidade passam a constituir o ordenamento jurídico, explícita ou implicitamente, materializados nos princípios, os quais espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos e seus fins.

Dentre todos os princípios, para a melhor compreensão do presente trabalho, merece destaque dois: do “favor rei” e da imparcialidade.

Segundo Paulo Rangel<sup>2</sup> “o princípio do *favor rei* é a expressão máxima dentro de um Estado Constitucionalmente Democrático, pois, o operador do direito, deparando-se com uma norma que traga interpretações antagônicas, deve optar pela que atenda ao *jus libertatis* do acusado.”

Outrossim, trata-se de uma regra onde o juiz deve sempre seguir a tese mais favorável ao acusado todas as vezes que se encontrar dúvida diante das provas trazidas aos autos, ou seja, quando as provas forem insuficientes para a condenação do acusado, opta-se pela absolvição, sendo esta a decisão mais benéfica.

Nesse aspecto, este princípio alcança a presunção de inocência do réu, uma vez que, quem acusa é quem tem o dever de demonstrar a culpabilidade do cidadão presumido e este, somente se defende do que foi trazido pela acusação.

A Constituição Federal o consagra no seu art. 5º, LVII, onde estabelece que todo acusado é presumidamente inocente até que seja declarado culpado por sentença condenatória, com trânsito em julgado.<sup>3</sup>

Importante destacar as palavras de Aury Lopes Júnior<sup>4</sup>:

A partir do momento em que o imputado é presumidamente inocente, não lhe incumbe provar absolutamente nada. Existe uma presunção que deve ser destruída pelo acusador, sem que o réu (e muito menos o juiz) tenha qualquer dever de contribuir nessa desconstrução (direito de silêncio – *Nemo tenetur se detegere*).

Desta forma, à luz do princípio do favor rei, o réu apenas tem a faculdade de negar os fatos que lhe são imputados e a acusação o dever de apresentar provas seguras e induvidosas, pois, possuem a carga de convencer o juiz acerca da autoria e materialidade da infração. Caso não seja efetiva, a acusação não poderá ser acolhida e absolvição deverá ser aplicada.

Outro fato de extrema importância e fielmente amparado pelo favor rei é com relação ao direito de silenciar-se e não ser usado em seu desfavor, conforme ressalta Fernando da Costa Tourinho Filho<sup>5</sup>:

Ao lado desses princípios poder-se-á também falar daquele que consagra o direito de o réu silenciar-se, se assim o desejar, tal como previsto no art. 5º, LXII, da Constituição. E consonando-se com o mandamento constitucional, o parágrafo único do art. 186 do CPP, que dispõe: “o silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”. Hoje, ele tem o direito, decorrente do princípio do

<sup>1</sup> LOPES JR. Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2004. p. 151.

<sup>2</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. p. 33.

<sup>3</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. p. 85.

<sup>4</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. p. 549.

<sup>5</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. V. I. p. 102.

*Nemo tenetur se detegere*, de falar ou calar-se, livremente, "de acordo com os ditames de sua consciência, assim inteiramente preservada."

Por fim, outro aspecto que deve ser salientado é uma equivocada prática de menor exigência probatória para os delitos de menor gravidade<sup>1</sup>, bastante utilizada nos Juizados Especiais Criminais, utilizando-se de uma prova mais frágil para amparar um juízo condenatório (até porque a sanção penal seria mais branda). Porém, sabe-se que o nível de exigência probatória não varia, trata-se de mais um resquício do sistema inquisitório em nosso sistema, uma vez que, a presunção de inocência não pode ser relativizado com relação à gravidade do fato. A proteção é processual e em relação ao exercício de poder corporificado na sentença condenatória, e esse poder (e conseqüente proteção-limite) não varia conforme a pena<sup>2</sup>.

Já a imparcialidade é condição essencial para o exercício da jurisdição e corresponde a figura de um terceiro. Assim, a relação jurídico-processual é composta por três sujeitos: o juiz, o acusador (que pode ser o Ministério Público ou o ofendido) e o réu (sujeito ativo do fato, em tese, definido como infração penal)<sup>3</sup>, porém, o primeiro se mantém entre as partes e acima delas (caráter substitutivo<sup>4</sup>) e estas, estão em igualdade.

No entanto, por ter o Estado chamado para si a tarefa de dar o que é seu, essa missão não seria cumprida se durante o processo não houvesse a imparcialidade do juiz<sup>5</sup>. Assim, esse princípio não decorre de uma virtude moral do julgador e sim de uma estrutura de atuação.<sup>6</sup>

Outrossim, para que haja uma efetiva imparcialidade do juiz lhe são asseguradas algumas garantias para que sua decisão seja livre de coações, influências constrangedoras e ameaças que possam fazer o magistrado temer a perda do cargo<sup>7</sup>. Portanto, esse sujeito é constitucionalmente (art. 95) dotado de: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade.

A vitaliciedade garante que o juiz somente perderá o cargo deliberado pelo Tribunal a qual está vinculado e, após dois anos de exercício da função jurisdicional, somente por sentença judicial com trânsito em julgado. Assim, faz supor que a perda do cargo apenas ocorrerá por fato grave.

A inamovibilidade é uma garantia da independência pessoal do juiz, assim, permite a livre interpretação de suas decisões, sem sofrer ameaças ou pressão dos governantes e das classes mais poderosas. Em razão desta garantia, o juiz poderá permanecer na Comarca onde se encontra, não podendo ser removido para outra de mesma ou inferior entrância e nem mesmo promovido, sem seu consentimento. No entanto, há uma exceção: por motivo de interesse público, o juiz poderá, a qualquer momento da carreira, ser removido para outra comarca (art. 93, VIII, e art. 95, II, CF)<sup>8</sup>.

Por fim, a irredutibilidade dos subsídios serve de coroamento às outras duas<sup>9</sup>. É a garantia que não impede o juiz ficar submetido a normas previstas na Constituição Federal (art. 37, incisos X e XI, art. 39, § 4º, art. 150, inciso II, art. 153, inciso III, e art. 153, § 2º, inciso I).

Assim, estas garantias conferem ao juiz a certeza de que o que foi decidido, mesmo que vá contra o interesse das classes mais potencializadas, continuará no cargo e seus vencimentos não serão reduzidos.

Além dessas, o juiz possui deveres jurisdicionais, ou seja, ele é impedido de servir interesses subjetivos próprios e de uma das partes processuais, não podendo deixar-se influências por fatores que possam interferir em sua decisão.

Em outras palavras, José Manoel de Arruda Alvim<sup>10</sup>, transcreve como deve ser exercida a atividade jurisdicional:

(...) atividade desinteressada do conflito, equidistante dos interessados e, exclusivamente, subordinada à lei, daí serem os juizes, de um lado, submissos só à lei e, de outro, independentes, para que possam ser imparciais, bem como hão de obedecer a regras preestabelecidas (procedimento preestabelecido), asseguradoras da imparcialidade.

<sup>1</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. p. 552.

<sup>2</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. p. 553.

<sup>3</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. p. 19.

<sup>4</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. p. 18.

<sup>5</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. V. I. p. 63.

<sup>6</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. p. 234.

<sup>7</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. V. I. p. 63.

<sup>8</sup> FACHIN, Zulmar. **Funções do Poder Judiciário: primeiras reflexões**. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 10 de outubro de 2012.

<sup>9</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. V. I. p. 63.

<sup>10</sup> ALVIM, José Manoel de Arruda. **Código de Processo Civil Comentado**. Vol. 1. São Paulo: RT, 1975. p. 39.

É consoante o entendimento do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), de que a imparcialidade pode ser dividida em duas categorias: subjetiva e objetiva. Entende-se por subjetiva aquela representada pela convicção pessoal do juiz diante do fato e, dessa maneira, presumida até a demonstração em sentido contrário. Por sua vez, será objetiva quando concernente<sup>1</sup>.

No âmbito criminal, a imparcialidade guarda uma relação com o sistema acusatório, uma vez que carrega consigo a separação das funções de acusar e julgar, como, sobretudo, a posição de equidistância do juiz em relação às partes, sendo estas, características próprias deste sistema. Diferentemente do que acontece no sistema inquisitivo, que deixa o magistrado livre para colher as provas que julgar necessárias, existindo assim, a confusão entre a atividade acusatória e julgadora.

No entanto, embora a gestão da prova esteja na mão das partes, nosso ordenamento jurídico ainda traz dispositivos que atribuem poderes instrutórios (como o famigerado art. 156 do CPP<sup>2</sup>), que permite ao juiz a produção de provas de ofício. Assim, ao exercer tal tarefa, ocorre a quebra da igualdade do contraditório e da estrutura dialética do processo. Em outras palavras, no momento em que o juiz encontra-se na produção de provas, rompe-se com a principal característica da jurisdição: a imparcialidade do julgador, deixando de ser um *expectador*, passando a ser um juiz-ator (figura típica do modelo inquisitivo).

## 2. O (im)possível julgar penal

Amilton Bueno de Carvalho<sup>3</sup>, em “O (im)possível julgar penal” traz a triste e dolorida realidade do magistrado ao sentenciar condenando alguém pela prática de um delito, pois, segundo ele, é um “interpreto me interpretando”, um “condenar se condenando”, é um “julgar a imagem” constituída a partir de sua visão dos elementos do processo e nessa imagem “há muito do próprio juiz e muito pouco do réu.”

Assim, uma condenação carrega uma carga muito grande da pessoa que proferiu a sentença, dessa forma, para que haja a possibilidade de um julgamento penal, é necessário que o magistrado coloque-se no lugar do acusado, que tenha por esse “alguma empatia” para poder melhor entender e julgar.

No entanto, se não bastassem suas convicções próprias, seus “pré-juízos”, o magistrado ainda encontra-se frente a dispositivos infraconstitucionais que prejudicam e até mesmo impossibilitam um julgar penal. Estes serão objeto de estudo na seqüência.

### 2.1. A Consagração do sistema acusatório pela Constituição Federal de 1988

O vigente Código de Processo Penal, criado sob o advento da Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1937 e publicado por meio do Decreto-Lei nº 3.689 em 03/10/1941, surgiu em um período marcado por uma crescente centralização política e pelo triunfo de alguns ideais autoritários. Buscava-se maior eficiência e energia às ações repressivas do Estado contra aqueles que delinqüiam e para isso, era necessário que algumas garantias e favores (que eram assegurados aos réus) fossem abolidos do ordenamento.

No entanto, embora houvesse a necessidade de manter e fortalecer o poder estatal havia, por outro lado, a vontade de separar as funções atribuídas aos magistrados, ou seja, surgiu a necessidade de atribuir a pessoas distintas as funções de acusar e julgar.

Depois do advento do Código de Processo Penal, sobrevieram as Cartas de 1946, de 1967 e a nova ordem instituída pela Emenda Constitucional nº 1 de 1969, até que em 05.10.1988, foi promulgada a atual Constituição da República Federativa do Brasil, reconhecida por trazer em seu corpo vasto de elenco direito e garantias fundamentais e por disciplinar minuciosamente a competência dos poderes e a relação entre eles, protegendo assim, o indivíduo frente ao poder estatal<sup>4</sup>.

No âmbito processual penal, a modificação trazida pela nova Constituição se fez sentir notavelmente, à medida que introduziu uma nova concepção ao processo penal, tendo em vista que enquanto este se pautava pelo princípio da culpabilidade e da periculosidade do agente, àquela instituía um sistema de amplas garantias individuais. Assim, a nova ordem constitucional passou a exigir que o processo fosse mais conduzido, prioritariamente, como

<sup>1</sup> ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal**. p. 141

<sup>2</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. p. 234.

<sup>3</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de. **Eles, os juizes criminais, vistos por nós, juizes criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

<sup>4</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 83 – 90.

veículo de aplicação de lei penal, mas, além disso, ou seja, que se transformasse em um instrumento de garantias do indivíduo.

Apesar de bastante detalhada a Constituição Federal de 1988 não trouxe de forma expressa a garantia de um processo penal orientado pelo sistema acusatório, pois, não é tarefa simples assimilar com precisão qual o sistema processual penal vigora ou em outras épocas imperou<sup>1</sup>. Contudo, não impediu que parcela considerável da doutrina sustentasse que houve a adoção implícita do sistema acusatório, fundamentando seus entendimentos na privatividade do exercício da ação penal pública pelo Ministério Público (art. 129, I, CF), a tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, CF), o devido processo legal (art. 5º, LIV, CF), o acesso à justiça (art. 5º, LXXIV, CF), o tratamento paritário das partes (art. 5º, *caput*, e inc. I, CF), o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV, CF), a publicidade dos atos processuais e a motivação dos atos decisórios (art. 93, IX, CF) e a presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF)<sup>2</sup>.

No entanto, não trouxe qualquer vedação acerca de dispositivos com uma forte carga inquisitiva, como é o caso do art. 156, do CPP, o qual traz a possibilidade do magistrado produzir provas de ofício até mesmo antes de iniciada a ação penal.

Com efeito, a (talvez aparente) omissão do constituinte não configura óbice ao reconhecimento constitucional do sistema acusatório, na medida em que a lei Constituição se destina a alcançar situações que não foram trazidas de forma expressa ao corpo desta. Outrossim, a adoção, pela Constituição Federal, de qualquer outro sistema que não o acusatório (logo, o inquisitório), chocar-se-ia com dispositivos já mencionados.

Dentre os direitos e garantias tutelados pela Constituição, a presunção de inocência ganha papel de destaque. Consagrada a partir do inciso LVII, do artigo 5º, estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, ou seja, todos serão tratados como inocentes até que o magistrado julgue contrário. Isso evidencia a inclinação constitucional em favor do sistema acusatório, uma vez que a presunção de inocência, em sua acepção probatória, derivada do princípio do “favor rei”, impõe a acusação o ônus da prova. Sendo assim, em caso de dúvidas, deve o juiz, a quem não compete à gestão da prova, absolver o acusado.

Assim, tendo em vista a necessidade de interpretar sistematicamente a Constituição Federal de 1988, constata-se a sua opção pelo modelo acusatório, uma vez que este é o único sistema processual penal em que o imputado é respeitado como sujeito de direitos, concedendo a ele garantias como a presunção de inocência, ampla defesa, contraditório e da imparcialidade do julgador.

## 2.2. A manutenção da tradição inquisitorial na Lei nº 11.690/2008: uma análise ao art. 156 do Código de Processo Penal

Visando uma adequação de alguns dispositivos processuais penais à Constituição Federal de 1988, foi necessária uma reforma no Código de Processo Penal. Inicialmente foram elaborados oito projetos referentes à prisão especial, investigação criminal, procedimentos, provas, interrogatório, prisão e liberdade provisória, júri e recursos.

Em 2008, após sete anos tramitando no Congresso Nacional, três dos oito projetos apresentados pela Comissão de Reforma do Código de Processo Penal ao Ministério da Justiça transformaram-se nas Leis 11.689, 11.690 e 11.719, efetivando, assim, as chamadas “reformas do processo penal”.

Porém, acreditava-se que as mudanças trariam reformas menos pontuais, à medida que a legislação processual penal nunca esteve endereçada às finalidades primeiras de um processo penal constitucional. No entanto, segundo Guilherme Nucci<sup>3</sup>, a realidade foi outra, ficando cada vez mais evidentes os traços do sistema inquisitivo em nosso sistema:

Não foi exatamente o que ocorreu, pelo menos no âmbito da produção probatória, já que as mudanças, em grande parte, representam posicionamentos jurisprudenciais consolidados nos tribunais superiores, além de reforçarem o traço inquisitivo do código de Processo Penal.

Dentre as modificações introduzidas, interessa-nos precipuamente a análise da Lei 11.690/08, a qual, segundo Aury Lopes Júnior, “é resultado de mais uma reforma pontual no arcaico Código de Processo Penal<sup>4</sup>”.

<sup>1</sup> PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório - A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p. 167

<sup>2</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. p. 233.

<sup>3</sup> NUCCI, Guilherme. **Reformas no processo penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. p. 11

<sup>4</sup> LOPES JR., Aury. **Bom pra quê(m)?**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n. 188, p. 9-11, jul. 2008.



A lei supramencionada traz uma nova redação ao artigo 156 do CPP e, se refere à atuação instrutória do juiz no processo penal. O Código anterior trazia a seguinte possibilidade: “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instauração, ou antes, de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.”

Por sua vez, o novo texto revela-se mais abrangente do que o anterior, uma vez que, além de permitir a atuação de ofício durante a instrução, passou a admitir também a iniciativa instrutória do juiz em momento precedente à formalização da pretensão acusatória pelo Ministério Público, facultando ao magistrado ordenar a produção de provas no curso da investigação pré-processual. Desta forma, atualmente o artigo 156 traz a seguinte redação:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:  
I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;  
II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Destarte, apesar do Código de Processo Penal já falar da possibilidade de produção antecipada de provas, trouxe a possibilidade para a fase preliminar, ou seja, durante o curso do Inquérito Policial. Assim, tamanha expansão dos poderes instrutórios do magistrado “demonstra a preferência da reforma em manter o caráter inquisitivo do Código de Processo Penal em total dissonância com o sistema acusatório de índole constitucional”<sup>1</sup>.

Neste sentido, Aury Lopes Júnior, considera que o artigo em estudo, por ter consagrado a figura do “juiz-instrutor-inquisitor, com poderes para, na fase de investigação preliminar, colher de ofício a prova que bem entender, para depois, no processo, decidir a partir de seus próprios atos”, “incrivelmente ficou pior”, advertindo que “devemos nos preparar para atuar com juízes fazendo quadros mentais paranóicos”<sup>2</sup>.

Desta forma, ao flexionar a gestão da prova, ou seja, ao permitir que o magistrado também atue no campo probatório, “estamos incorrendo no erro (psicológico) da inquisição de (re) construir a história do crime da forma como lhe aprouver para justificar a decisão tomada”<sup>3</sup>. Tal ação rompe com o princípio constitucional da imparcialidade, uma vez que o magistrado “atropela a Constituição Federal, auxiliando o Ministério Público na tarefa acusatória, utilizando-se mais tarde – para a condenação – da prova que ele mesmo determinou”<sup>4</sup>. Em outras palavras, distancia-se da garantia de que o juiz decidirá de forma imparcial, fundamentando sua decisão com base nas provas trazidas aos autos pelas partes (tanto da acusação, quanto da defesa).

Destarte, a nova redação do art. 156, ao conceder poderes instrutórios ao juiz, nos remete, de maneira implícita, a nossa realidade e ao “anseio punitivo”, isto é, a falsa crença de que a situação criminal no Brasil é passível de ser resolvida com mais punições ou com penas mais severas, reforçando ainda mais o caráter inquisitivo trazido pelo Código de Processo Penal. Desta forma, nossa legislação processual penal continua regida pelo princípio inquisitivo<sup>5</sup>, estando em extremo descompasso com o sistema adotado e consagrado pela nossa Constituição Federal de 1988.

Existe, portanto, um verdadeiro desacordo entre o sistema processual penal adota pela legislação infra e pré-constitucional e o que foi consagrado pelo texto constitucional de 1988. A coexistência de ambos os sistemas em um único ordenamento jurídico é claramente inadmissível, sobretudo, quanto ao enfoque reside na atuação instrutória do juiz, tendo em vista que ou assume-se a inquisitorialidade, admitindo a iniciativa probatória oficial, ou se opta pela acusatorialidade, vedando-se dessa maneira, os poderes de instrutórios ao magistrado.

Nesse ínterim, por envolver a Constituição Federal e, esta ser dotada de supremacia frente a legislações infraconstitucionais, deve a nova redação ser invalidada à medida que os

<sup>1</sup> NUCCI, Guilherme. **Reformas no processo penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. p. 106.

<sup>2</sup> LOPES JR., Aury. **Bom pra quê(m)?**. p. 9-10.

<sup>3</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. p. 579.

<sup>4</sup> NUCCI, Guilherme. **Reformas no processo penal**. p. 107.

<sup>5</sup> COUTINHO. Jacinto Nelson de Miranda. **As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo**. p. 12-13.



textos normativos devem ser baseados no conteúdo trazido por aquela, uma vez que é dotada de superioridade.

### 2.3. A (im)parcialidade do juiz criminal pela não produção *ex officio* das provas

Primeiramente, cumpre observar que, apesar da legislação ordinária não ter acompanhado a evolução constitucional, tal fato não deve servir de empecilho capaz de fazer com que o juiz ignore a mudança de princípios constitucionais e continue a aplicar, sem qualquer juízo crítico, a norma infraconstitucional. Aliás, o que deve ocorrer é o contrário, à medida que cabe ao interprete reconhecer a força normativa de que é provida a Constituição Federal, de modo a atribuir-lhe a efetividade e a aplicabilidade que possui, cuidando sempre de proceder a tentativa de adaptação das leis processuais penais em conformidade com o sistema acusatório e, em caso de incompatibilidade insanável, negar-lhes aplicabilidade. Desta forma, é dever do magistrado pautar sua atuação pela Constituição Federal, independentemente de sua postura filosófico-jurídica ou política e, até mesmo, do entendimento jurisprudencial dominante<sup>1</sup>.

Como já referido anteriormente, um dos princípios constitucionais adotados pela nossa Constituição, a partir do modelo acusatório e, entendido pela doutrina como elemento estrutural do processo, é o princípio da imparcialidade, o qual “remete-nos, de pronto, à imagem do símbolo da justiça”. Segundo André Machado Maya<sup>2</sup>, “a venda nos olhos da deusa *Iustitia* deu ensejo ao popular ditado de que a Justiça é cega, o que passou a ser interpretado como uma garantia do equilíbrio pretendido pelo direito,” assim, o juiz é impedido de “visualizar as partes envolvidas no conflito e de se identificar com uma ou outra”.

Para a doutrina, à medida que o magistrado não julga com pleno alheamento acaba “afetando negativamente a confiança que os tribunais de uma sociedade democrática devem inspirar nos jurisdicionados, especialmente na esfera penal<sup>3</sup>.”

Alguns doutrinadores, como Artur César de Souza<sup>4</sup>, definem imparcialidade a partir do conceito de parcialidade, portanto, “significa ou pressupõe ser uma garantia que caracterize a ausência de parcialidade: imparcial é aquele ou aquilo que não é parcial.” Por sua vez, parcialidade pode ser entendida em “dois sentidos distintos: como parte de uma disputa ou conflito, ou como sinônimo de parte do todo.” Logo, valendo-se do primeiro conceito, imparcial é o juiz com conduta “desinteressada, isenta, neutra e independente.”

Acontece que a legislação infraconstitucional de 2008, trouxe uma problemática ainda maior para o art. 156, do Código de Processo Penal, reafirmando o sacrifício ao sistema acusatório, uma vez que, ao permitir que o juiz haja como parte dentro do processo e até mesmo antes de iniciada a ação penal, este se encontra “desconectado do princípio da imparcialidade e do contraditório<sup>5</sup>”, chegando-se mais próximo de um sistema inquisitivo. Em outras palavras, de nada adianta ter uma separação inicial das tarefas de acusar e julgar, estando o Ministério Público na formulação da denúncia e o magistrado com a decisão final, se depois, ao longo do procedimento, permitimos que o juiz assuma um papel ativo na busca da prova ou mesmo na prática de atos tipicamente da parte acusadora.

Assim, consagram novamente a figura do juiz-instrutor-inquisidor, permitindo que o nobre julgador colha as provas que julgar necessárias, para depois, durante o curso do processo, decida a partir de seus próprios atos, ou seja, “decide primeiro a partir da prova que ele constrói, e depois, no golpe de cena que se transforma o processo, formaliza essa decisão.<sup>6</sup>” Portanto, como poderemos falar de imparcialidade?

Neste sentido, é a decisão acertada do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, onde veda a iniciativa *ex officio* na produção da prova da prova pelo magistrado:

Ementa: CORREIÇÃO PARCIAL. DECISÃO EX OFFICIO. BAIXA DOS AUTOS À DP PARA EFEITOS DE RECONHECIMENTO DO RÉU. VIOLAÇÃO DO SISTEMA ACUSATÓRIO. O Juiz não pode, pena de ferir o sistema acusatório consagrado na Constituição Federal de 1988, determinar diligências policiais, especialmente reconhecimento do acusado pelas vítimas. No sistema acusatório o réu é tratado como sujeito de direitos, devendo ter, portanto, suas garantias individuais (constitucionais)

<sup>1</sup> PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório - A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. p. 48-49.

<sup>2</sup> MAYA, André Machado. **Imparcialidade e Processo Penal da Prevenção da competência ao Juiz de garantias**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011. p. 52-53.

<sup>3</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. p. 448.

<sup>4</sup> SOUZA, Artur César de. **A parcialidade positiva do juiz**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 29.

<sup>5</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. p. 188.

<sup>6</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. p. 189.

respeitadas. A regra é clara e comum: O Estado acusador, através do agente ministerial manifesta a pretensão ao agente imparcial que é o Estado-juiz. Essa imparcialidade que se apresenta mais nítida agora, com a definição constitucional dos papéis processuais, é a plataforma na construção de uma ciência processual penal democrática, vedando a iniciativa ex officio na produção da prova. Correição acolhida, por maioria. (Correição Parcial Nº 70014869697, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aramis Nassif, Julgado em 21/06/2006)

Além disso, a contaminação do juiz com pré julgamentos conduzem a falta imparcialidade de suas decisões, seja aquela objetiva ou subjetiva. Nesse viés, entende-se por imparcialidade subjetiva aquela que alude à convicção pessoal do magistrado ao caso concreto, que conhece de um determinado assunto e, desse modo, a sua falta de “pré-juízos”. Por outro lado, objetiva é a imparcialidade que deriva não da relação do juiz com as partes e sim, de uma relação com o objeto do processo. Assim, “o contato direto com o sujeito passivo e com os fatos e dados pode provocar no âmbito do juiz-instrutor uma série de pré-juízos e impressões a favor ou contra o imputado, influenciando no momento de sentenciar.”<sup>1</sup>

É possível, apesar de um pouco tarde, ver nas decisões dos nossos julgadores, principalmente dos Tribunais Superiores, a preocupação da violação das garantias constitucionais no que tange a imparcialidade do julgar. Como por exemplo, na decisão do HC 94641/BA que anulou o processo por ter sido violado a garantia da imparcialidade da jurisdição:

EMENTA: HABEAS CORPUS. Processo Penal. Magistrado que atuou como autoridade policial no procedimento preliminar de investigação de paternidade. Vedação ao exercício jurisdicional. Impedimento. Art. 252, incisos I e II, do Código de Processo Penal. Ordem concedida para anular o processo desde o recebimento da denúncia.

Na ementa supramencionada a inicial acusatória veio a ser recebida e processada pelo mesmo juiz que atuou na investigatória de paternidade, desta forma, ficou subentendido, segundo o Ministro Joaquim Barbosa, que o mesmo atuou como se autoridade policial fosse, em virtude de ter atuado no procedimento preliminar, inclusive, realizando atos de natureza instrutória de ofício, apurando fatos e ouvindo testemunhas.

No mesmo processo, o Ministro Cesar Peluso, quem proferiu o voto-vista, concluindo no sentido de que pelo conteúdo da decisão, restou evidenciado que ele teria sido influenciado pelos elementos coligidos na investigação preliminar, considerando ter ocorrido uma ruptura na chamada imparcialidade objetiva. Ainda, alegou ser objetiva uma vez que não provém de ausência de vínculos juridicamente importantes entre o juiz e qualquer dos interessados jurídicos da causa, sejam partes ou não (imparcialidade dita subjetiva), mas sim, por corresponder à condição de originalidade de cognição que irá o juiz desenvolver na causa, no sentido de que não haja ainda, de modo consciente ou inconsciente, formado nenhuma convicção de juízo prévio, no mesmo ou em outro processo, sobre os fatos por apurar ou sobre a sorte jurídica da lide por decidir. Desta forma, resta concluir que a falta de imparcialidade, mesmo que objetiva e, fulcro no art. 5º, LIV, da CF, que não pode, o juiz exercer jurisdição em causa penal que, “em procedimento preliminar e oficioso de investigação de paternidade, se tenha pronunciado, de fato ou de direito, sobre a questão.”

Após essa análise, restam claros os problemas que o art. 156 traz ao ordenamento jurídico quando possibilita o juiz atuar como um inquisidor, pois, enquanto não for compreendido que o juiz que vai atrás da prova está prevento e não pode julgar, estará rompendo-se com a garantia legal de uma decisão imparcial. Desta forma, deixaremos de caminhar em direção ao juiz de garantias, o qual a Constituição Federal presa, alheio à investigação e suprapartes e nos aproximaremos cada vez mais do perigoso juiz-instrutor.

No entanto, a problemática não gira em torno apenas da imparcialidade, pois, quando o magistrado exerce poderes instrutórios em razão da insuficiência de provas trazidas pelas partes, principalmente da acusadora que é à quem compete o ônus, desrespeita os princípios da presunção de inocência e favor rei. Em outras palavras, em caso de dúvida judicial deve-se prezar pela absolvição, com isso, demonstra seu comprometimento com a tese acusatória.

Nesse sentido, Artur César de Souza<sup>2</sup>:

O princípio *in dubio pro reo* tem por objetivo fundamentar uma decisão absolutória quando, após a avaliação de todos os meios de provas produzidos em juízo,

<sup>1</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. p. 191.

<sup>2</sup> SOUZA, Artur César de. **A parcialidade positiva do juiz**. P. 115.

permanecer uma dúvida razoável no que diz respeito à razoabilidade penal do acusado. A incidência desse princípio ocorre no momento em que o juiz irá definir a sorte do do processo.

Amilton Bueno de Carvalho<sup>1</sup> vai além e diz haver a necessidade de se travar uma espécie de diálogo entre o juiz e o acusado, conforme o trecho abaixo:

(...) é dever constitucional do juiz ingressar no feito convencido da inocência do acusado: é um pré-juízo constitucional. Logo, a condenação somente poderá explodir quando, apesar de todos os esforços interpretativos, for impossível absolver. Uma espécie de diálogo se trava com o acusado: "tu é inocente e somente serás condenado se a acusação destruir absolutamente todas as hipóteses defensivas."

Dessa forma, a iniciativa instrutória do juiz se justifica em um sistema que é dominado pelo princípio inquisitivo, no qual, o pretexto da busca de utópica verdade absoluta, concentrando-se os mais amplos poderes nas mãos do magistrado, encobrindo-se, assim, o intento de condenação a qualquer custo. Por outro lado, o sistema fundado pelo princípio acusatório, onde a prova é concebida como mecanismo de construção do convencimento do julgador, inadmita a atribuição a quaisquer poderes instrutórios.

### Considerações finais

Os sistemas processuais são frutos do período político de cada época, ou seja, são soluções encontradas pelo Estado para alguns aspectos da persecução penal, bem como das razões históricas, políticas e culturais que as motivaram e informaram. Sempre que o Estado se encontrava seriamente ameaçado pela criminalidade, o Direito Penal estabelecia penas severas e o Processo se tornava inflexível. Porém, hoje é de conhecimento que o *law and order*, ou seja, lei e ordem é uma ilusão, ao passo que não se conseguiu reduzir a ilicitude com o endurecimento destes dois ramos do Direito.

A finalidade do processo penal é a reconstrução de um fato pretérito e se opera mediante a instrução probatória. Em outras palavras, as partes devem trazer aos autos provas que comprovem a existência ou não do delito. Destarte, no sistema fundado pelo princípio do acusatório, a mera separação inicial das funções de acusar e julgar, embora seja relevante, não é suficiente, exigindo-se também que o juiz se mantenha em uma posição equidistante durante todo o curso processual. Por outro lado, o sistema inquisitivo, por ser um modelo completamente oposto, mantendo o juiz frente à instrução probatória, sendo livre para produzir todas as provas que julgar necessária para se convencer dos fatos.

Vale destacar que em países democráticos vigora um procedimento que trata o acusado como um sujeito de direitos e garantias, sendo assegurado o contraditório e a ampla defesa, a presunção de inocência e a imparcialidade do juiz. Por outro lado, quem vive sob uma estrutura política autoritária vêem no réu um mero objeto de investigação, concentrando os poderes processuais penais nas mãos de um único órgão.<sup>2</sup> Essas duas antíteses de forma de persecução penal deu-se o nome de acusatório e inquisitório, respectivamente. Em outro momento, quando foi necessária a união desses dois sistemas, surgiu um terceiro modelo processual, chamado de misto.

Assim como o momento político interfere no sistema processual penal vigente, também influencia diretamente o comportamento do juiz frente ao processo, pois, no sistema inquisitivo, o juiz exerce as três funções, ou seja, investiga, acusa e julga. De outro lado, no sistema acusatório, essas funções são exercidas por órgãos diversos, sendo a função de julgar atribuída ao magistrado.

Hoje, no Brasil, mesmo que de forma não oficial,<sup>3</sup> vigora o sistema misto do qual é resultado de um Código de forte alma inquisitiva (Código de Processo Penal), iluminado por uma Constituição Federal baseada nos princípios democráticos estabelecidos pelo sistema acusatório. Um destes princípios, o basilar deste trabalho, o da imparcialidade do juiz estabelece que o juiz encontra-se na relação processual entre as partes e acima delas.

Porém, contrariando tal princípio, a Lei nº 11.690/2008 trouxe, através do art. 156, do CPP, a possibilidade do juiz criminal requerer, de ofício, provas, até mesmo antes de iniciada a ação penal (art. 156, I), para que possa chegar a uma decisão. Ora, é de conhecimento que a

<sup>1</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de. **Eles, os juízes criminais, vistos por nós, juízes criminais**. p. 7.

<sup>2</sup> ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal**. p. 39.

<sup>3</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. p. 122.

Constituição Federal veda esse tipo de comportamento, pois, o réu é sempre inocente (art. 5º, LVII) até que as partes provem o contrário. Assim, em caso de dúvida o julgador deve absolver.

No entanto, na ausência de diligências e até mesmo de competência do Ministério Público e da Polícia na tarefa de desconstruir a presunção de inocência do réu, apostam-se as “últimas fichas” na atuação de ofício dos juízes. Dessa forma, ignoram a lei e o princípio do *in dubio pro reo*, onde, em caso de dúvida, sempre absolve-se.

Deste modo, torna-se evidente que no momento que o juiz abandona sua posição de inerte e solicita diligências, como a trazida pelo dispositivo estudado, passa a ser parte na ação penal, logo um sujeito parcial, mostrando, mesmo que de forma indireta, sua vontade de encontrar provas que fundamentem sua decisão: a de condenar. Assim, retoma as características consagradas pelo sistema inquisitivo em um momento onde o sistema vigente é o acusatório, deixando de lado sua imparcialidade.

#### Referências

- ALVIM, José Manoel de Arruda. **Código de Processo Civil Comentado**. Vol. 1. São Paulo: RT, 1975.
- BARROS, Marco Antônio de. **Sistema Probatório do Processo Penal**. Revista da ESMP. São Paulo, ano 1, v. 1, n. 1, p. 145 – 175, jul/dez. 2008.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e a teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CARVALHO, Amilton Bueno de. **Eles, os juízes criminais, vistos por nós, juízes criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- COUTINHO. Jacinto Nelson de Miranda. **As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n. 188, p. 11-13, jul. 2008.
- CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Com a palavra, as partes**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n. 188, p. 17-18, jul. 2008.
- FACHIN, Zulmar. **Funções do Poder Judiciário: primeiras reflexões**. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 10 de outubro de 2012.
- LOPES JR. Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Bom pra quê(m)?**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n. 188, p. 9-11, jul. 2008.
- \_\_\_\_\_. **Direito Processual Penal**. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MAYA, André Machado. **Imparcialidade e Processo Penal da Prevenção da competência ao Juiz de garantias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 7. ed. rev., atual e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- \_\_\_\_\_. **Reformas no processo penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. p. 11.
- PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório - A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.
- RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 14. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 21º ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.
- SOUZA, Artur César de. **A parcialidade positiva do juiz**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. V. I. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.



### 2.1.17 Jurisdição e justiça: discricionariedade e politização do direito

Carolina Elisa Suptitz<sup>1</sup>  
Leonardo Rodrigues dos Santos<sup>2</sup>

#### Resumo

O direito é fenômeno do seu tempo e espaço, é fenômeno da história. E foi a história, desde a última fase do direito romano, passando pela Idade Média e Modernidade, que afastou o direito da justiça, tradicionalmente sinônimos nas mais diversas civilizações da Antiguidade. Tal afastamento teve como causa não só fatores teóricos, como também interesses da comunidade da época. Atualmente, porém, o contexto teórico e comunitário parece requerer o contrário, uma vez que o modelo de direito vigente tem recebido constantes e inúmeras críticas. Diante dessa situação, o presente artigo propõe exatamente a reaproximação entre direito e justiça, tendo como pressuposto um novo esboço do próprio significado dessa última a partir dos conceitos de discricionariedade e politização. O direito (re)aproximado de uma justiça assim caracterizada será uma eficaz ferramenta no combate à irresponsabilidade e arbitrariedade judicial e promoverá a democratização e humanização do Poder Judiciário. A primeira parte do artigo trata das razões teórico-históricas que resultaram no isolamento entre direito e justiça. A segunda parte discute a noção de justiça, adaptada aos dias de hoje, bem como as dificuldades e vantagens da sua reaproximação junto ao direito, sobretudo no que se refere à prolação de uma decisão judicial.

**Palavras-chave:** Jurisdição; Justiça; Discricionariedade; Politização.

#### 1. Introdução

Direito e justiça são conceitos que até determinado momento da história possuíram a mesma definição; representaram a mesma coisa. Não é à toa que a língua grega, por exemplo, tenha apenas uma palavra para significar o direito e o justo (*dikaion*) (VILLEY, 2005). Da mesma forma, os juristas romanos, apesar de possuírem palavras distintas (*ius* e *justum*) para cada um destes termos, não os diferenciavam conceitualmente.

Neste sentido, Castanheira Neves (1995, p. 255) cita Alvaro D'ors quando este afirma que "para os juristas romanos <<ius e justum são, na realidade, o mesmo>>". Para gregos e romanos, então, pensar sobre o direito implicava necessariamente refletir sobre o justo. Platão inclusive dizia que a função do direito não consistia apenas em aplicar ou estudar as leis existentes, mas também estudar acerca dos princípios de justiça, pois uma lei que não fosse justa não seria lei, não seria direito (VILLEY, 2005).

São os próprios romanos, no entanto, que estruturam as condições que futuramente resultarão na total desvinculação entre direito e justiça. Isto porque, na fase final do direito romano, o direito se transforma num assunto de Estado e, conseqüentemente, "não apenas tornara-se a lei a sua fonte exclusiva, como o Imperador era seu único intérprete" (BAPTISTA DA SILVA, 2007a, p. 2).

Mas é na Idade Moderna que o vínculo entre direito e justiça definitivamente se rompe. O pensamento jurídico moderno, fruto de uma evolução de três séculos, propunha a ordem de uma justiça humana autônoma que, de início, ainda encontrou vínculos no direito natural (a vontade geral), mas não mais a partir do positivismo normativista (CASTANHEIRA NEVES, 1995).

O Estado pós-revolucionário do séc. XVIII, o Estado Liberal, composto de institutos e teorias de origem romana, racionalista e positivista, juntamente às exigências do sistema econômico capitalista e ao medo nutrido pela burguesia de que a nobreza retomasse o poder, foram os grandes responsáveis históricos pela desvinculação do direito perante a justiça.

Não competia mais à justiça atribuir validade às normas jurídicas, as quais, a partir de agora, eram consideradas válidas pelo simples fato de terem sido emanadas de uma autoridade competente, qual seja, o Estado. Segundo Castanheira Neves (1995, p. 257), trata-se da "axiológica substituição da intenção de justiça pela intenção política"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Professora de História do Direito e Hermenêutica na Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA.

<sup>2</sup> Acadêmico do 10º semestre da Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA.

<sup>3</sup> Importante observar que, nesse momento, a intenção política está referida quase como sinônimo de intenção governamental ou estatal. No segundo capítulo, a intenção ou o fundamento político serão retomados no sentido de princípios e valores que obrigatoriamente influenciarão a atuação jurisdicional, sem que isso implique algum vício.



O direito, então, assumia a burocrática função de tão-somente atribuir respostas às situações conflituosas, conforme orientação previamente definida pelo Estado, sem ter de observar quaisquer critérios de justiça.

Talvez nos séculos XVIII e XIX, no início das codificações e da efetiva concretização e implementação do modelo positivista, o direito, apartado da justiça, não fosse causa para qualquer estranheza, quanto antes correspondesse aos interesses da época, que faziam prevalecer o princípio da segurança perante qualquer outro. Contudo, atualmente não são poucas as manifestações contrárias à apatia do direito.

Tanto é assim que o escopo do presente artigo é justamente investigar as razões histórico-teóricas responsáveis pelo distanciamento do direito da justiça, aprofundando as questões rapidamente mencionadas acima, mas, sobretudo, refletindo sobre o papel que a justiça supostamente tem a cumprir no direito, na jurisdição e na sociedade contemporâneas.

Será analisando o direito romano dos imperadores, o racionalismo, os institutos do Estado Liberal e o positivismo, que, num primeiro capítulo, se pretenderá demonstrar que a rejeição da justiça é fruto unicamente cultural e paradigmático-ideológico.

No segundo capítulo, fundamental é, num primeiro momento, buscar saber o que a justiça representa nos dias de hoje, em que nem Deus, nem a ciência racionalista nos garantem a verdade e o bem. Nesse momento, sobressai a importância de se pensar a justiça a partir das noções de discricionariedade e politização.

Na sequência, a neutralidade é questionada como ideologia que precisa ser superada para que a justiça, redefinida no item anterior, possa ser (re)aproximada do direito. Os três últimos itens, por fim, tratam a) dos benefícios da discricionariedade e politização na atuação jurisdicional e, conseqüentemente, do reconhecimento e publicização da justiça quando das decisões judiciais, b) das dificuldades inerentes a qualquer rompimento paradigmático e c) da vinculação de tudo isso com a democracia e o próprio homem.

Em meio a tais enfrentamentos, muitas discussões restarão em aberto e muita polêmica não será devidamente apreciada. Sendo assim, mister deixar claro, de antemão, que a defesa em prol da justiça, que aqui significa dizer, sobretudo, discricionariedade e politização, não ignora os perigos oriundos da arbitrariedade judicial.

A discricionariedade e a politização não podem ser compreendidas como a possibilidade de se afirmar *qualquer coisa*<sup>1</sup> ou de se julgar segundo interesses exclusivamente pessoais. Acontece que enquanto a justiça (discricionariedade e politização), como critério de decisão judicial, atenderá aos valores provenientes da comunidade e desmascarará o jurista que se encobre detrás de sua técnica, chamando-o à responsabilidade e à gestão democrática, as suposições teóricas embutidas na ideia de neutralidade encobrirão a arbitrariedade, tornada, então, ainda mais danosa.

Cabe referir que o presente trabalho se enquadra na área de concentração da FADISMA – Direito, Sociedades Globalizadas e Diálogo entre Culturas, bem como na linha de pesquisa Constitucionalismo, Concretização de Direitos e Cidadania.

## **2. Premissas histórico-conceituais: direito romano-canônico medieval, racionalismo, Estado Liberal e positivismo normativista**

Vários foram os fatores que estimularam a recusa da justiça como critério de julgamento no direito. Dentre eles estão a) o direito romano-canônico medieval; b) o racionalismo; c) o modelo de Estado Liberal, com seus institutos e princípios políticos inspirados no primeiro e adotados de modo a atender às ideologias do segundo; e d) o positivismo, que forneceu a ótica jurídica exigida pelo terceiro.

Para melhor compreender de que forma a justiça foi excluída do âmbito do direito, é importante fazer breves considerações a respeito de cada um destes fatores, de modo a explicitar a contribuição teórica e/ou histórico-social de cada um, sem olvidar que todos estão intrinsecamente relacionados. A exposição está na ordem cronológica conforme parecem ter surgido, a começar pelo direito romano-canônico medieval.

<sup>1</sup> Como sempre faz questão de lembrar Lênio Streck, inclusive recentemente, no artigo *E a professora disse: "Você é um positivista"*, disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-ago-23/senso-incomum-professora-disse-voce-positivista>. A propósito, cumpre salientar que as divergências do presente artigo para as teses streckianas se devem, no nosso entender, muito mais a questões terminológicas e de enfoque do que a questões propriamente de fundo. Contudo, discutir adequadamente a tese de Streck, assim como as proximidades e distanciamentos do presente texto para com ela, exige um texto exclusivamente dedicado ao assunto.

### 2.1. O direito romano-canônico medieval

O período do direito romano que aqui nos interessa é aquele dos imperadores romanos, “constituído a partir do terceiro século da era cristã, particularmente, a partir do período em que o processo civil romano ingressa no estágio da *cognitio extraordinaria*, até completar-se no período justiniano” (BAPTISTA DA SILVA, 2007a, p. 1). Trata-se da fase final do direito romano-canônico medieval.

Conforme ensina o Baptista da Silva, no artigo que serviu de base principalmente a esta parte da pesquisa, *A jurisdictio romana e a jurisdição moderna*, a principal característica a distinguir esta fase do direito romano (fase final) daquela do direito romano clássico, é o fato de que a lei passa a constituir figura principal como critério de julgamento, enquanto que no direito romano clássico a lei não passa de fonte jurídica de caráter secundário. Porém, não só isso, mas também o fato de que a interpretação de referida lei passa a somente poder ser feita pelo Imperador.

Justiniano, por exemplo, foi um Imperador que se empenhou em legislar e codificar o direito. Contudo, importante referir que esta sua atuação não passou da canonização “do direito produzido pelos juriconsultos romanos dos períodos históricos precedentes” (BAPTISTA DA SILVA, 2007a, p. 4), como é o caso de Constantino – primeiro a editar normas genéricas e abstratas. O que significa dizer que, apesar de iniciado o processo legiferante, intensamente acentuado na modernidade, “se estava longe de um sistema legal previamente estruturado e vigente” (BAPTISTA DA SILVA, 2007a, p. 6).

De qualquer forma, o direito romano imperial

É o primeiro ensaio de apropriação do Direito pelo Estado, com a conseqüente *funcionalização* do fenômeno jurídico, até chegarmos a Thomas Hobbes e aos filósofos contratualistas dos séculos XVII e XVIII, a partir dos quais o direito será aquilo que o soberano põe como sendo direito (BAPTISTA DA SILVA, 2007a, p. 4).

Com efeito, no direito romano tardio são iniciados os processos de apropriação do direito pelo Estado, bem como de codificação, contudo, a ideia de justiça, que será abandonada com o racionalismo e positivismo jurídicos, cujo nome de referência em ambas as doutrinas é Thomas Hobbes, ainda prevalece e orienta os julgamentos.

### 2.2. O racionalismo

O racionalismo constitui um modo de ver o mundo focado na razão humana. Trata-se de uma filosofia surgida no século XVI, mas que teve seu mais pleno desenvolvimento na segunda metade do século XVII e século XVIII, em razão de ter sido adotada pelo movimento iluminista. Dentre seus maiores precursores estão Francis Bacon (1561-1626), Hugo Grócio (1583-1645), Thomas Hobbes (1588-1679) e Renè Descartes (1596-1650).

O que os identifica, além da central importância atribuída à razão, é a adoção do método surgido com as pesquisas empíricas próprias das ciências da natureza. Conforme ensina Norberto Bobbio, “O método que une autores tão diversos é o método racional, ou seja, aquele método que deve permitir a redução do direito e da moral (bem como da política), [...] a uma ciência demonstrativa” (BOBBIO; BOVERO, 1987, p. 15-6). Ademais, as teorias formuladas pelos racionalistas partem do pressuposto de que a razão é capaz de fornecer a verdade de todas as coisas, que é única e absoluta.

Na verdade, o racionalismo é o direito natural não mais focado na divindade, porém, na razão pura (verdade absoluta), capaz de ser alcançada pelo homem, no dizer de Francis Bacon, ao se evitar “as influências dos *ídolos*, inteiramente desligado de seus laços culturais e livre da tradição e das doutrinas filosóficas tradicionais” (BAPTISTA DA SILVA, 2004, p. 6).<sup>1</sup> O mérito deste primeiro filósofo racionalista foi mostrar que o nosso pensamento sofre a influência de vários fatores (por exemplo, os oriundos da própria natureza humana, das questões psicológicas e das relações sociais, históricas e culturais), convencionalmente denominados de *ídolos* (os pré-juízos), que, em sendo afastados, facultariam a obtenção da essência da verdade.

Hugo Grócio, por outro lado, foi quem primeiramente defendeu a supremacia da razão humana perante os valores divinos. Considerava “a verdade, tanto na matemática quanto na ética e no direito natural, tão permanente e eterna que nem mesmo Deus poderia transformá-la” (BAPTISTA DA SILVA, 2004, 73).

<sup>1</sup> Aliás, esta é a origem “[...] do que, depois, passou-se a indicar como pensamento ideológico” (BAPTISTA DA SILVA, 2004, p. 5).

O racionalismo também exerceu influência no modo de pensar o Estado, instituição criada na modernidade a partir do surgimento do capitalismo, e que foi justificada/explicada, dentre outros, por Thomas Hobbes. Este filósofo inaugura a teoria contratualista, que aponta para a instituição estatal como criação artificial do homem, logo, fruto da razão (STRECK; BOLZAN DE MORAIS, 2000).

Hobbes prevê que, no início, os homens viviam em estado de natureza, em constante guerra uns com os outros, e que o Estado, como poder coercitivo, surgiu da reunião dos direitos individuais de seus súditos, que, intencionalmente, lhe foram entregues para que implementasse regras de conduta e pacificasse a sociedade. Estaria criada, então, a sociedade civil, onde o homem já não seria tão livre, como no estado de natureza, mas viveria em maior segurança (SOUZA, 2006).

Por fim, indispensável à abordagem do paradigma racionalista é a obra de René Descartes, responsável pela criação de um método de estudo “[...] que emancipa o pensamento do homem e insere a razão humana como o centro do conhecimento e da busca pela verdade” (MAIA, 2007, p. 14). Descartes propunha “a desvinculação às crenças ainda não atestadas como verdadeiras pelo método” (DESCARTES, 2006), partindo sua investigação do único “porto-seguro”: o nosso próprio pensamento (VILLEY, 2005, p. 602). O fundamento de toda a sua teoria é de tudo duvidar, somente sendo consideradas verídicas aquelas ideias já devidamente atestadas.

A escolha pelo método matemático justifica-se, nas próprias palavras do filósofo, porque “entre todos os que anteriormente procuraram a verdade nas ciências, apenas os matemáticos puderam encontrar algumas demonstrações, ou seja, algumas razões certas e evidentes” (DESCARTES, 2006). Descartes considerava imprestáveis “[...] aos desígnios da ciência as verdades que não fossem claras e distintas, recusando-se a aceitar o probabilismo e a verossimilhança” (BAPTISTA DA SILVA, 1997, p. 198).

Sua ambição, portanto, era construir uma metodologia, como acreditava ser a ciência matemática, de modo que da pesquisa científica fosse possível encontrar a resposta certa (a verdade), que é única, independentemente de tempo, espaço e tantos outros fatores externos (influências sócio-culturais) e internos (psicológicos, por exemplo), uma verdade única e universal, fundada tão-somente na razão humana.

### 2.3. O Estado Liberal

Toda esta teorização racionalista foi divulgada no século XVIII pelo movimento iluminista, conhecido como a “[...] mais importante contribuição ao mundo moderno feita até então pelos escritores, cientistas e livres-pensadores dos países mais avançados da Europa daquela época” (SCHILLING, 2003, p. 11). Foi o iluminismo que, em propagando a teorização racionalista, influenciou a estrutura social da época, bem como forneceu argumentos e legitimidade às revoluções, tal qual a Revolução Francesa, responsáveis pela queda do modelo de Estado Absoluto e a sua substituição pelo modelo de Estado Liberal.

Com efeito, desde o século XVI a organização da sociedade se encontra configurada na forma de Estado, mediante uma entidade unitária com poder próprio e independente de quaisquer outros poderes, ao qual o povo se rende (STRECK; BOLZAN DE MORAIS, 2000). Contudo, a insatisfação com a concentração de poderes própria do Estado Absolutista forçou o surgimento do modelo de Estado Liberal, cuja principal característica é exatamente a limitação e separação (distribuição) dos poderes.

A crise financeira e a insatisfação da burguesia e da população frente à administração autoritária do Estado Absolutista e Monárquico (HOBBSAWM, 1996, p. 11) deram origem à Revolução Francesa, a qual, como já referido, juntamente com os ideais iluministas, fez emergir um Estado constitucional moderno, liberal e democrático, em sucessão ao derrotado e extinto Estado absolutista (BOBBIO, 1997).

A principal teoria política moderna criada no intuito de limitar poderes é a da separação dos poderes, inspirada na obra de Montesquieu, o *Espírito das Leis*. Propugna que o poder estatal não esteja concentrado numa única pessoa ou grupo de pessoas, a exercerem todas as funções do Estado. O poder, portanto, terá que ser dividido conforme suas funções (Executivo, Legislativo e Judiciário) e distribuído a pessoas ou grupos de pessoas diferentes, de modo a evitar que sob um mesmo grupo recaiam duas ou mais funções (MONTESQUIEU, p. 1996).

Em específico quanto ao Poder Judiciário, o sistema político nascido com a Revolução Francesa viu no direito romano tardio o modelo ideal a afastar dos juizes a

possibilidade de julgarem conforme seus próprios interesses, que poderiam corresponder aos interesses do Antigo Regime (CAPELLETTI, 2001), uma vez que necessariamente teriam que julgar conforme as normas previamente editadas por outro poder de Estado, o Legislativo.

Contudo, também o racionalismo contribuiu com esta redução da função do juiz, afinal, a verdade absoluta (a resposta certa/correta), conforme ensina o racionalismo, somente é obtida através do isolamento do julgador perante fatores externos e internos, como é o caso de referidos interesses. Assim, ao juiz apenas era permitida a escolha de qual norma aplicar ao caso, jamais interpretar ou mesmo criar uma proposição jurídica.

A função do juiz, então, a partir da retomada do direito romano-canônico, da adoção da teoria racionalista e do modelo político do Estado Liberal passou a ser

a busca de *certeza do direito*, como ideal do racionalismo, exacerbada pela desconfiança com que a Revolução Européia encarava a magistratura, em virtude de seus compromissos com o *Ancien Régime*, que conduziu à era das grandes codificações do direito europeu (BAPTISTA DA SILVA, 1997, p. 103).

Dessa forma, o Princípio da Separação dos Poderes, agregando interesses políticos a influências romanas e racionalistas, na medida em que promoveu a desconcentração de poderes, contribuiu para que os juizes não julgassem conforme seus interesses, assim como também contribuiu para com as codificações, afinal, distribuídos os poderes, se ao juiz cabe tão-somente fazer incidir a lei ao caso concreto, ao legislador cabe legislar/codificar/positivar. Ou seja, consequência prática de tudo isso foi também a positivação das normas.

#### **2.4. O positivismo normativista**

Hobbes, antes mencionado em razão de seu vínculo à teoria racionalista, é aclamado como o fundador do positivismo jurídico. Parte de Hobbes a ideia da necessária vinculação dos cidadãos à autoridade estatal, às ordens dele emanadas. Afinal, o Estado é fruto justamente do interesse dos cidadãos por paz e segurança, mais especificamente, é fruto da soma dos direitos individuais dos cidadãos, que foram outorgados de modo a que o novo titular de todos estes direitos, o Estado, os protegesse, orientasse e solucionasse as disputas de forma pacífica e ordeira. Logo, instituído o Estado, os cidadãos não poderão contestar as ordens dele oriundas, reivindicando os direitos individuais anteriormente cedidos.

Segundo boa parte da doutrina, os súditos sequer poderiam resistir às normas supostamente contrárias às leis da natureza (STRECK; BOLZAN DE MORAIS, 2000), sendo definido o Estado como poder ilimitado, onde o príncipe tudo podia. Na verdade, conforme Wladimir Barreto Lisboa, Hobbes até reconhece a existência de leis naturais, contudo não que tais leis ainda permanecessem regulando a sociedade após a criação do Estado: “a exigência de fundação de um código jurídico do Estado vem justamente substituir uma ordem natural perdida” (LISBOA, 2006, p. 285).

Mas com Hobbes ainda não se vislumbra um positivismo totalmente abstraído de valores, denominados, por ora, de leis naturais, até mesmo porque dispõe dois capítulos de seu *Leviatã* para o detalhamento das condições morais do Estado (LISBOA, 2006). Também para Otfried Höffe (1991, p. 113), Hobbes não apresenta uma total exclusão da justiça perante o direito, mesmo que a justiça sirva “[...] apenas à autorização de uma instituição coercitiva, mas não à sua limitação”.

Hobbes, então, não falava numa total isenção do direito perante a justiça, uma vez que, para ele, o Estado e o direito, criados a partir do contrato social, corresponderiam obrigatoriamente a ela. No dizer de Ovídio Baptista da Silva (2007a, p. 9), o direito começava a “ceder lugar à justiça da lei, até o ponto em que Hobbes considera-se autorizado a dizer que a justiça não é uma questão a ser descoberta pelo juiz, mas, ao contrário, deve ser confiada ao legislador”.

Ainda Baptista da Silva (2004, p. 26), ao citar Norberto Bobbio, em que este refere que a vontade geral já estava virtualmente presente na obra de Hobbes: “Nenhuma lei pode absolutamente ser injusta, na medida em que cada homem cria, com seu consentimento, a lei que ele é obrigado a observar; esta, por conseguinte, tem de ser justa, a não ser que um homem possa ser injusto consigo mesmo”.

A maior dificuldade da relação direito-justiça teria surgido, então, quando, durante o século XIX, o discurso político, que até então era conduzido como crítica à dominação, passa à responsabilidade dos juristas, que abandonam a perspectiva ética (HOFFE, 1991). A teoria do direito se volta à demonstração/justificação/comprovação da autonomia da ciência jurídica,



tarefa exemplarmente realizada por Hans Kelsen em sua mais conhecida obra, a *Teoria Pura do Direito*.

Kelsen trabalha intensamente na formulação de uma teoria da ciência do direito, cujo objeto é a norma jurídica. Tudo o que não for norma estará excluído da análise da ciência do direito, afinal de contas, a autonomia de uma determinada ciência somente será obtida caso possua um objeto exclusivo e especificamente definido e, seguindo a orientação metodológica das ciências da natureza, conforme determina o racionalismo, que possa ser demonstrado. Com efeito, "somente proposições jurídicas, de caráter empírico ou analítico, têm um caráter científico, enquanto os enunciados normativos, a saber, os enunciados da justiça, são considerados não científicos" (HOFFE, 1991, p. 99).

É neste momento, então, que definitivamente a justiça é apartada do direito, posto que, como referido, a ciência do direito se equiparará às normas jurídicas, as quais devem ser aplicadas pelos órgãos jurídicos e observadas pelos destinatários (KELSEN, 1976). Para a constituição da ciência do direito se faz necessária uma especialização, interessando à teoria do direito somente o direito positivo sob a perspectiva da dogmática jurídica. A teoria pura do direito, portanto, "é uma *teoria analítica do direito* num sentido neutro para a filosofia da justiça" (HOFFE, 1991, p. 98-9).

Contudo, importa observar que

Kelsen não vai ao ponto de dizer que não existe justiça. Mas, como representante de uma 'doutrina realista do direito', ele vê que 'de fato existem muitas normas da justiça diferentes entre si' [...]; e, como representante de um rigoroso empirismo jurídico, ele não realiza, entre as diversas normas, uma escolha objetivamente fundada. Assim, resta apenas a resposta relativista e, além disso, decisionista de que cada um deve fazer a escolha e 'que nenhum outro, nem Deus, nem a natureza e tampouco a razão como autoridade objetiva, podem assumir a escolha' (HOFFE, 1991, p. 101).

Leonel Severo Rocha (2006) bem explica referida situação. Segundo ele, Kelsen sabia que o direito é necessariamente constituído por aspectos políticos, éticos, religiosos, psicológicos, históricos, etc, mas, assim como Kant, o que pretendia era exatamente depurar esta complexidade, distinguindo o direito de sua ciência, vislumbrada esta última sob as influências racionalistas que somente aceitavam como ciência a pesquisa empírica, objetiva e neutra.

Sendo desta forma, parece que uma questão importante a intervir na concepção de direito da modernidade, que o aparta da justiça, é a *interpretação* que foi dada a Hobbes e mesmo a Kelsen, dentre outros, pois, se o primeiro apenas excluía da justiça a capacidade de limitar o poder do soberano, reconhecendo-a, porém, imprescindível no momento da formação/constituição do Estado, Kelsen tão-somente afastou a justiça da ciência do direito, que, influenciada pelo método científico racional, deveria abstrair de quaisquer influências exteriores ao sistema jurídico, tido por ele como sendo composto apenas por normas jurídicas.

## 2.5. Síntese da premissa histórico-conceitual

De qualquer forma, a comunhão das doutrinas racionalistas com o modelo de Estado Liberal e todo seu aparato burocrático-institucional, que viram no direito romano imperial e no positivismo jurídico o modelo de jurisdição e ciência do direito, respectivamente, perfeitos a concretizar seus interesses, resultou no sistema jurídico da modernidade, totalmente focado nos ideais de certeza e segurança, a par dos valores ético, moral e de justiça.

Com efeito, é somente em razão da confluência de todos os fatores abordados até então, que seguramente representam uma pequena parcela do que necessariamente teria que ser analisado, uns intervindo e alterando os outros e, assim, possivelmente transformando as legítimas intenções originárias de cada filósofo ou jurista, como aconteceu com Hobbes e Kelsen, por exemplo, que o direito moderno assumiu a perspectiva até hoje ainda vigente.

O direito romano, conforme caracterizado em sua fase final, foi o germe do direito moderno, uma vez ter dado início a um processo culminado no século XVI de monopolização do direito pelo Estado, bem como por ter sido precursor do movimento de codificação. Também é do direito romano a pretensão de limitar os poderes do juiz, pois que os imperadores de referido momento histórico se auto-intitularam os únicos competentes a interpretar os códigos canônicos.

O racionalismo, por sua vez, nos deixou de herança o reconhecimento e valorização da razão humana (a razão pura), a substituir as crenças em Deus e na religião; o apego ao método matemático-empírico de investigação (cartesiano); o desprezo pelos probabilismos,



verossimilhanças e incertezas, logo, ao não demonstrável ou comprovável; e, consequentemente, a crença na existência de verdades únicas, absolutas e universais.

O modelo de Estado Liberal, caracterizado principalmente, no que interessa a este artigo, pela limitação e distribuição de poderes, algo totalmente inimaginável no sistema absolutista anterior, adotou o modelo jurisdicional romano de modo a concretizar a intenção racionalista de se evitar probabilismos e incertezas, haja vista que o juiz não poderia inovar no julgamento da causa, mas apenas aplicar o que já tivesse sido regulamentado pelo legislador, e que, portanto, fosse previsível.

Sendo desta forma, se fez necessário que os legisladores normatizassem o máximo possível de relações sociais, donde proveniente as codificações, não deixando alternativa aos juízes, limitados, como já mencionado, a realizar a mera incidência das normas aos casos concretos.

Por fim, o positivismo, fruto imediato tanto do racionalismo quanto do Princípio da Separação dos Poderes, com a intenção de autonomizar o direito como ciência *pura*, composta apenas por elementos empiricamente demonstráveis, as normas jurídicas, só foi possível em razão das codificações. De acordo com esta doutrina, o que não estivesse normatizado (positivado) não integraria o direito, razão porque a ética, o bom senso/senso comum<sup>1</sup> e a justiça foram relegados ao âmbito da moral.

### **3. Justiça ou discricionariedade e politização: de ideologia a compromisso democrático**

Nesse capítulo, serão abordadas as seguintes questões: a) esboço de uma definição de justiça<sup>2</sup>; b) diferentes conceitos de ideologia e a neutralidade axiológica; c) importância do reconhecimento e publicização da justiça, isto é, da discricionariedade e politização, como elemento que contribui para a formação do convencimento judicial; d) necessidade de se assumir os *riscos* relativos ao rompimento paradigmático; e, por fim, e) uma breve relação entre discricionariedade, politização, democracia e ser humano.

#### **3.1. Esboço de uma definição de justiça: discricionariedade e politização**

Antes de mais nada, importa deixar claro que o propósito, nesse item, é o de simplesmente esboçar uma noção de justiça, levando em consideração as peculiaridades do presente século XXI. Algumas teorias de justiça pouco se reconhecerão no esboço que se pretende elaborar. Mas a finalidade é exatamente essa: refutar alguns elementos, normalmente atribuídos à justiça, que, distantes dos valores hoje vigentes, acabam por prejudicar a própria justiça, como se ela, na sua totalidade, não mais tivesse lugar.

O que é a justiça? O que ela representa? Se responder diretamente a essas perguntas é algo extremamente difícil, um primeiro passo talvez seja refletir exatamente sobre a expressão oposta, a injustiça. Conceituar a injustiça também não é uma tarefa fácil, se é que possível. Isso não significa dizer, porém, que continuamos sem nenhuma pista. Afinal, vale lembrar Baptista de Silva: nada é mais humano que a percepção do injusto (informação verbal)<sup>3</sup>.

Se é assim, a justiça está atrelada aos sentimentos ou, na terminologia de Ovídio, percepções, que nos fazem repelir determinadas ações e comportamentos como injustos. Ela pressupõe a sensibilidade humana para ser identificada, não sendo possível reconhecer a justiça por meio apenas de caracterizações, classificações, definições.

Essa é a razão, aliás, pela qual não se está propondo uma definição de justiça, pois definições e conceitos se obtêm mediante abstração e generalização (indução) e para a justiça o que importa é o concreto, o particular. Até porque, de acordo com Nietzsche (2006), "Se falseamos o testemunho dos sentidos, é 'razão' a causa disso. Os sentidos não mentem enquanto mostram o vir a ser, o desaparecimento, a mudança...".

<sup>1</sup> Bom senso e senso comum foram tratados conjuntamente no intuito de representar um entendimento que seja eticamente adequado e aceito pela comunidade.

<sup>2</sup> Não será objeto do artigo uma abordagem completa a respeito da justiça, que, pela complexidade, exigiria aprofundamento muito maior. Por outro lado, também não será objeto desta investigação a separação entre direito material e direito processual, o que também influenciou para que a justiça fosse afastada do direito, pois, no dizer de Ovídio Baptista da Silva, em várias das suas obras, não há justiça abstrata; o Direito nascendo do fato é que dá a dimensão ética do Direito. Pois, se o direito material não mais é tido como objeto e finalidade a que se presta o processo, também a justiça não mais é tida como objeto e finalidade do direito.

<sup>3</sup> Em aula da disciplina *Jurisdição e Processo* do curso de Mestrado do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, no 1º sem. 2007.

A esse elemento – da sensibilidade – que nos faz procurar a justiça onde não está a injustiça, devem ser acrescentadas outras duas recusas: além de a justiça não ser aquilo que sentimos ou percebemos ser injusto, ela também não é nem universal nem objetiva.

Apesar de esta não ser uma questão pacífica<sup>1</sup>, não são poucos os doutrinadores contemporâneos que defendem a historicidade dos valores e, especificamente, da justiça, diante da ausência de um critério objetivo e universal que a defina. Sendo assim, à justiça não deve ser atribuído um valor absoluto, mas sim um valor cambiante no tempo, no espaço e nos sujeitos.

Rodolfo Arango (2007) situou John Finnis, Carlos Santiago Nino e Robert Alexy dentre os autores que defendem a objetividade e universalidade dos valores. Por outro lado, Richard Rorty e Hilary Putnam seriam defensores da historicidade. Segundo Arango, Rorty propõe seja abandonada a linguagem da objetividade, enquanto Putnam, menos radical, considera não ser necessário eliminar a ideia de objetividade, mas apenas lhe dar um novo significado.

Kaufmann e Hassemer (2002), na obra *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*, descortinam a concepção de direito natural – que, como visto noutro momento, é comumente confundido com a justiça – de Kant, repelindo a suposta universalidade que lhe seria intrínseca. Para ele, o direito natural (ou a justiça) kantiano visa ao “direito correcto”, que, porém, não é válido por todos os tempos e circunstâncias.

Intimamente ligado à questão da historicidade está o caráter não transcendental da justiça. Favorável a não transcendentalidade é, por exemplo, Radbruch (1974, p. 18), conforme consta no prefácio da 1ª edição do livro *Filosofia do Direito*: “Os valores não são, afinal, como tão-pouco o são os nossos conceitos, uma cópia de qualquer realidade exterior a nós e contraposta ao sujeito cognoscente; são o resultado duma actividade deste no criá-los”.

Interessante observar que já os estoicos pensavam dessa forma, entendendo que o “direito correcto” não deveria ser “procurado no mundo exterior da natureza cósmica, nem tão-pouco em ideias transcendentais, mas no mundo interior do próprio seio humano” (KAUFMANN; HASSEMER, 2002, p. 74). O direito correto, o justo, deveria ser procurado na própria imanência das relações humanas e sociais.

Até o momento a justiça está esboçada da seguinte forma: manifestação sensível, não objetiva, não universal e não transcendental. Com efeito, a justiça não existe fora do mundo (transcendência), desconectada da realidade (objetiva) e das particularidades e circunstâncias específicas (universal). Ao contrário disso, ela somente é possível a partir das relações humanas, tal como experienciadas e, claro, sentidas, no hoje e no agora, no fato e no caso.

Sintetizando e justificando estas questões, mas também agregando informações, à justiça se deve associar a discricionariedade e a politização. A discricionariedade corresponde ao limite ou possibilidade de interação com o mundo e, conseqüentemente, à produção de sentido. Se em termos fisiológicos, o homem possui o limite da mortalidade. Em termos epistemológicos, o homem possui o limite da discricionariedade, não acessando, jamais, as coisas na sua suposta essência, que, inclusive, questiona-se existir.

Contudo, a discricionariedade não corresponde à ausência de limites, à arbitrariedade.<sup>2</sup> Se, por um lado, ao homem é impossível acessar os fenômenos na sua pureza ou neutramente – e esse, supostamente, é o limite epistemológico humano –, por outro lado, os fenômenos possuem limites que devem ser respeitados, sob pena de o homem ser arbitrário – e esse é o limite da própria discricionariedade, da própria produção de sentido. Com efeito, é imprescindível reconhecer que o ser humano sempre receberá o mundo a partir das suas compreensões (pré-compreensões) ou do seu bloco ativo-cognitivo.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> E qual questão seria pacífica quando se dispõe a discutir a justiça?

<sup>2</sup> Convém distinguir arbitrariedade de discricionariedade, pois enquanto a primeira configura abuso de poder, a segunda representa a liberdade que, inerente ao direito, permite o livre convencimento. Conforme Castanheira Neves, citado por Baptista da Silva, “a discricionariedade exclui inteiramente sua confusão com o arbítrio, porque o arbítrio seria a negação pura e simples da ideia de Direito”; sendo, portanto, a arbitrariedade “logicamente contraditória com o sentido (cultural geral) da discricionariedade”. (BAPTISTA DA SILVA, 2007c, p. 16). Baptista da Silva (2007c, p. 13) ainda refere que, “Pressupondo que o juiz não deva hermeneuticamente interpretar a lei – por isso que sem poder discricionário não haverá interpretação autêntica –, a conseqüência óbvia é que ele fique dispensado de explicitar o verdadeiro fundamento da sentença. O arbítrio entra por esta porta.”

<sup>3</sup> Compreensões e bloco ativo-cognitivo não são expressões sinônimas. Contudo, no presente contexto, ambas se referem ao conjunto de elementos que afetam o ser humano, atribuindo a cada um de nós personalidade e crenças distintas. Em suma, são o filtro que cada um de nós tem diante dos olhos e mediante os quais vê o mundo. A noção de compreensão (ou pré-compreensão) é oriunda de Martin Heidegger. No direito nacional, Lênio Luiz Streck

De acordo com Stein (2004, p. 34), a compreensão, no sentido heideggeriano,

se manifesta no nosso modo de ser, lidando com as coisas, relacionando-nos com os outros [...]. Então isso que já está sempre presente, quando nos movimentamos no mundo, nos compreendemos, sabemos usar as coisas, etc..., enquanto fazemos isso, temos uma compreensão que faz parte de nós mesmos. [...] A compreensão é uma característica nossa como ser humano.

Quanto à politização, cabe mencionar Ronald Dworkin (2005), para quem a função jurisdicional é inevitavelmente criadora e política. Dworkin afirma que é impossível ao juiz julgar a partir de uma postura exclusivamente objetiva, uma vez que ele obrigatoriamente se valerá de concepções teóricas e valorativas acerca da justiça e política para recepcionar o mundo ao seu redor.

De modo algum o juiz poderá fazer prevalecer concepções subjetivas ou político-partidárias em descompasso com os valores comunitários quando da prolação de uma decisão judicial. Mas as convicções teórico-político-jurídicas por ele adotadas influenciarão até mesmo na escolha das suas estratégias de interpretação e fundamentação.

Trata-se, aqui, de reconhecer que além de inevitavelmente discricionário, o juiz interpretará o direito positivado e vigente, bem como as demandas e realidades sociais circundantes, a partir da sua formação intelectual e ideológica. Naquilo que sua formação ou ideologia não se chocar com princípios e normas do ordenamento jurídico, servirá como premissa a partir da qual o direito será analisado.

Não necessariamente será ilegítima, ilegal ou inconstitucional uma das duas interpretações opostas acerca de uma determinada situação jurídica, sendo uma oriunda de uma concepção política liberal, outra de uma concepção conservadora, por exemplo. Dependendo do texto e princípios constitucionais, ambas poderão ser passíveis de aceitação, uma vez que nosso Estado, essencialmente democrático, não pré-fixou as ideologias políticas, e os homens, naturalmente discricionários, a uma delas se filiarão.

A justiça, então, pode ser esboçada como um fenômeno não objetivo, não universal e não transcendental, que, ademais, é decorrência da sensibilidade e discricionariedade humana, bem como da politização do julgador, desde que tudo isto em conformidade com o ordenamento jurídico e os princípios e valores comunitários brasileiros. A esse esboço poderão ser apresentadas inúmeras críticas. Muitas contribuirão para o seu aprimoramento; outras, porém, provavelmente serão decorrência de uma crença moderna, que precisa ser superada: a crença da neutralidade.

### **3.2. A ideologia e a neutralidade (ou: a ideologia da neutralidade)**

Vários são os significados usuais de ideologia. Logo acima, a ideologia foi utilizada como sendo o conjunto de valores e crenças que o indivíduo possui e que são responsáveis pelo fato de ele ver, interpretar e analisar os fenômenos do mundo a partir de uma determinada perspectiva. Há, porém, no mínimo dois outros significados<sup>1</sup>, ambos tratando pejorativamente da ideologia.

No presente momento, a ideologia será definida, primeiro, como a naturalização e conservação/manutenção de uma ideia sob a justificativa de que seja verdadeira independentemente de quaisquer fatores e não obstante a existência de entendimentos em sentido contrário.

Nesses termos, um pensamento é ideológico quando não admite contestação; quando se considera uma verdade absoluta, universalmente válida em termos de tempo e espaço. É por isso que Ovídio A. Baptista da Silva, em sua obra *Processo e Ideologia: O Paradigma Racionalista* (p. 23), afirma que a ideologia possui “um cariz essencialmente conservador”, identificando-se “com o passado que insiste em perenizar-se”.

(*Hermenêutica jurídica e(m) crise e Verdade e Consenso*, dentre outros) e Eros Roberto Grau (*Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*) tratam do tema. Da mesma forma, Amandino Teixeira Nunes Junior (2010) analisa a pré-compreensão e a compreensão em artigo bem sucinto e pontual. A pré-compreensão e a compreensão na experiência hermenêutica. Por fim, a expressão bloco ativo-cognitivo (bac) é de Sérgio Sérulo da Cunha, na obra *Ética*, recém publicada (2012).

<sup>1</sup> No presente texto, a ideologia será definida ora como a conversão de uma crença qualquer num dogma, ora como a negação de um tal dogma. O outro significado vê a ideologia como um vício, uma deformidade no entendimento acerca da realidade. Um sujeito ideológico, nesse sentido, é alguém que percebe a realidade de uma forma distorcida, equivocada.

Valendo-se dessa definição, uma das ideologias da modernidade é a “neutralidade quanto a valores com que se pretendeu construir o Estado Moderno” (BAPTISTA DA SILVA, 2004, p. 9). A neutralidade axiológica<sup>1</sup> era – e de certo modo ainda é – aceita de forma tão pacífica que pode ser equiparada às fórmulas da física e da matemática, no sentido de praticamente incontestável.

A ideologia é, porém, outra coisa quando definida pelos próprios ideólogos, também chamados de conservadores. Para eles, ideologia é toda e qualquer crença que contrarie a verdade por eles tida como única. “Tudo o que questiona a ‘realidade’, construída pelo pensamento conservador, é ideológico, no sentido de irreal, pois a visão conservadora supõe que nosso ‘mundo’ seja o único possível” (BAPTISTA DA SILVA, 2004, p. 9).

Com efeito, os conservadores chamam de ideológico tudo o que não corresponder ao entendimento supostamente pacificado e lugar-comum, que, no dizer de Luis Alberto Warat (2005), é o grande responsável por roubar nossas possibilidades de emancipação.

Assim, durante o transcorrer dos séculos XVIII a XX e, porque não dizer, ainda neste século XXI, ideológico, para os conservadores, é aquele que nega a neutralidade axiológica; aquele que admite a influência das pré-compreensões ou, ainda, do bloco ativo-cognitivo do sujeito quando da produção de conhecimento. Ideológico, assim, é quem não acredita na existência de uma verdade objetiva e universal (absoluta, única, imutável).

Da mesma forma, ideológico, sob a concepção conservadora, é aquele que entende que não é possível ao homem, não importando a função que exerça ou o cargo que ocupe, não ser discricionário e, igualmente, não ser politizado; aquele que entende que o homem é necessariamente discricionário, pois o mundo somente existe segundo a lente dos seus olhos, a sua história, as suas experiências, a sua vivência e a sua concepção ou escola política.

A discricionariedade e a politização são, portanto, ideológicas para a grande maioria dos estudiosos da modernidade e para ainda muitos na atualidade, haja vista contrariar o pensamento tido por eles como certo e inquestionável de que existem verdades absolutas, independentes da influência de fatores externos (sociais, culturais, históricos, geográficos etc.) e internos (psicológicos, ideológicos<sup>2</sup>, vivências etc.).

Contudo, já são muitos os que descrevem ou admitem a descrição do processo decisional como discricionário e politizado, tendo chegado o momento, então, de superar definitivamente os preconceitos existentes quanto à (re)inserção da justiça – enquanto discricionariedade e politização – como critério de decisão judicial, até mesmo porque é impossível aos juristas, ou a qualquer pessoa, abstrair totalmente dela.<sup>3</sup>

### **3.3. O reconhecimento e a publicização da discricionariedade e politização como mecanismos de enfrentamento da irresponsabilidade e arbitrariedade judicial**

Os homens nunca puderam ser neutros (não discricionários) e apolíticos, como pretendiam os racionalistas da modernidade. No entanto, a doutrina destes últimos se difundiu de tal forma que a discricionariedade e a politização ou passaram despercebidas ou foram hipocritamente mascaradas.

Assim, um primeiro passo é dar reconhecimento e publicidade ao que já acontece e nunca deixou de acontecer: a influência dos elementos não exclusivamente racionais, lógicos e conceituais na produção do conhecimento ou interpretação, decorrência do ser inevitavelmente discricionário e político (politizado) que é o homem.

O momento é oportuno, então, para a exposição de alguns motivos pelos quais o público reconhecimento da discricionariedade e da politização como corresponsáveis pelo convencimento judicial, a partir de todos os fatores e elementos que agregam ao processo, dos quais são exemplos os acima referidos, se mostra indispensável. A começar pela maior possibilidade de se fiscalizar e contraditar os julgados.

O positivismo, surgido em ambiente de violenta “batalha” contra a insegurança, na medida em que propagou a crença numa total neutralidade do juiz, acabou por provocar insegurança ainda maior. A exigência de que o juiz se mantenha imune a fatores – externos

<sup>1</sup> A neutralidade axiológica traduz o entendimento tradicional de que a ciência e, mais genericamente, qualquer forma de produção de conhecimento deve ser isenta de valores. O mesmo significa dizer que a ciência “gera produtos teóricos ‘neutros’, ou que o tipo de conhecimento alcançado através da atividade científica estaria completamente isento de valores sociais ou morais.” (FERNANDEZ, 2012)

<sup>2</sup> No sentido utilizado no item 3.1 e início deste 3.2.

<sup>3</sup> Inclusive Bacon salientou a presença de “certos *ídola* ‘na própria natureza humana’, advertindo que os homens, desde que devidamente prevenidos, poderiam proteger-se dos ídolos, porém ‘na medida do possível’”. (BACON, Francis *apud* BAPTISTA DA SILVA, 2004, p. 6).



e/ou internos – indiferentes ao ordenamento jurídico e à racionalidade, fez no máximo ocultar a presença dos mesmos da fundamentação judicial, uma vez que incapaz de efetivamente promover tal imunidade. Na crítica de Baptista da Silva (2004, 302),

O objeto de investigação do jurista prático será sempre a norma [...]. Esta exigência faz com que aqueles que se dedicam à pesquisa jurídica não possam valer-se dos 'fatos' de sua experiência pessoal. Poderão certamente tê-los em conta – na verdade tê-los-ão como pressuposto – porém com a condição de que não os mencionem, de que não tornem explícitos os casos que deram ao ponto de vista que eles defendem.

Neste sentido, a insegurança reside no fato de que inúmeros motivos de convencimento do juiz – ocultos da decisão em razão da proibição oriunda não só da influência positivista, mas também de todos os outros referidos no capítulo anterior – não poderão ser *fiscalizados*, nem mesmo *contraditados*.

Por outro lado, se recusarmos a ficção que defende a capacidade do ser humano de se manter imune a elementos não racionais, e, nesta exata medida, atribuímos poderes ao juiz para que publicize, na fundamentação, o processo de interpretação efetivamente realizado, estaremos combatendo a insegurança e, com isso, a irresponsabilidade e arbitrariedade comumente praticadas em nome da suposta função de meros aplicadores da lei.

Por falar em irresponsabilidade e arbitrariedade, estes talvez sejam os danos mais graves causados ao sistema jurídico pela crença num possível isolamento do julgador perante os *ídeos* (Bacon) e a definição do juiz como “boca da lei”.

Ora, se ao juiz não é dada a liberdade de deixar de aplicar, em hipótese alguma, o texto legal, não será sua a responsabilidade pelas injustiças oriundas da incidência da mesma. O juiz, mesmo vislumbrando eventuais injustiças, não assume qualquer responsabilidade, haja vista não ser da sua competência regulamentar as relações sociais, mas da competência do legislador.

Eis, então, “o grande responsável pela decadência do procedimento ordinário, com sua pretensiosa aspiração a alcançar a verdade, tendo no juiz figura de um operador neutro, impassível perante as injustiças, e, conseqüentemente, irresponsável” (BAPTISTA DA SILVA, 2005, p. 279).

No que diz respeito à arbitrariedade, cumpre observar que a função do juiz na qualidade de mero “boca da lei” e a crença na sua imunidade perante a justiça ocultam as verdadeiras razões pelas quais o juiz decide e, portanto, permitem que a arbitrariedade se instale: o julgador poderá decidir em atendimento a inúmeros interesses, mas a justificativa de sua decisão estará sempre respaldada em algum dispositivo legal.

Aqui também é possível visualizar o paradoxo da crença surgida no Estado pós-revolucionário, cujo intuito era impedir a arbitrariedade do juiz, mas que, porém, foi responsável exatamente pela arbitrária atuação do Judiciário.

A irresponsabilidade e a arbitrariedade são bastante vinculadas, mas se distinguem no fato de que a primeira se caracteriza pela passividade do juiz perante o ordenamento, pois não acredita possuir competência para fazer mais do que meramente aplicar o texto legal ao caso concreto, ou, o que é pior, apenas se defende mediante este argumento; e a segunda, por sua vez, se caracteriza pelo abuso de poder intrínseco à prática de ocultar as verdadeiras razões de decidir.

Por fim, cumpre argumentar que uma fundamentação que inclua e justifique todos os elementos que tenham orientado o julgador, bem como que refute todos os argumentos contrários, além de facultar a devida fiscalização e o contraditório, também poderá mais facilmente convencer as partes e toda a comunidade envolvida na causa.<sup>1</sup> O julgador não atuará simplesmente apontando o vencedor, mas compondo o conflito, o que, aliás, possivelmente reduzirá a possibilidade de que recursos sejam interpostos. (BAPTISTA DA SILVA, 2006).

<sup>1</sup> O convencimento das partes vai ao encontro daquele escopo jurídico tantas vezes esquecido: a pacificação social. Uma vez convencidas as partes a respeito da decisão judicial, o juiz não terá simplesmente proferido uma sentença, mas efetivamente *decidido*. Afinal, “*Julgar* é atividade de um juiz incumbido de declarar (ato cognitivo) a vontade da lei; *decidir* (ato volitivo) é a consequência da faculdade de julgar e pressupõe o poder de ‘decidir-se’ entre duas ou mais alternativas possíveis, quer dizer legítimas.” (BAPTISTA DA SILVA, 2004, p. 274).



### 3.4. O rompimento paradigmático e os riscos da insegurança e incerteza

Apesar de relevantes todas as considerações traçadas neste último item, o objetivo deste artigo não é apenas a defesa pelo reconhecimento e publicização da discricionariedade e politização, implicados na noção de justiça, em prol de uma legítima fundamentação, o que, porém, é imprescindível e configura um primeiro passo para o que se propõe.

A pretensão deste artigo é a de ressaltar a importância da justiça quando do convencimento do juiz, devendo, a mesma, ser utilizada como critério *fundamental* de decisão, conjuntamente com as normas e os princípios jurídicos. Isto porque o nosso entendimento, em consonância com Otfried Höffe (1991, p. 95), é de que um conceito de direito que prescindia da justiça mostra-se “sistematicamente insuficiente”.

A proposta, portanto, é de reaproximação do direito à justiça, pois se o direito deixou de ser uma ciência, nos moldes racionalistas, a justiça também é direito e o direito também é justiça. Para tanto, o mais importante, mas também o mais difícil, é o rompimento com a lógica oriunda do racionalismo, conforme visto no primeiro capítulo. Ou seja, o rompimento com a ideia de verdade absoluta e com as aspirações de certeza e segurança.

E ninguém melhor que o Baptista da Silva (2004, p. 267) para tornar claro o que se está pretendendo dizer aqui, quando afirma que

A superação da epistemologia do ‘certo’ e do ‘errado’, para recolocar o Direito no lugar que lhe cabe, entre as ciências culturais, apresentará certamente riscos. Os riscos, de que não podemos furtar-nos, porém, foram criados pelo sistema. Suas causas, antes de serem uma necessidade lógica, ou ontológica, do conceito de jurisdição, são uma decorrência do estilo da jurisdição que o Iluminismo nos impôs. Se as doutrinas filosóficas – na verdade mais políticas que filosóficas – tentaram criar uma lei isenta de valores; depois de transferirem para o legislador a responsabilidade pela determinação do que seja justo ou injusto, torna-se compreensível que tenhamos criado um juiz, além de irresponsável, inconfiável. Teremos, com certeza, de reeducar-nos. Mas não existe outro caminho, ou despertamos do sonho iluminista, ou a jurisdição, como a conhecemos, estará perdida.

Claro está que referido rompimento implica o reconhecimento dos riscos adstritos à incerteza e à insegurança. Porém, cumpre observar que só vislumbramos tais situações como de *risco* em razão de alguma vez termos acreditado nas *fantasias iluministas* da verdade única e absoluta e, por consequência, da certeza e segurança.

A resposta certa, ou, a verdade única, universal e absoluta, como se preferir, é uma criação doutrinária da racionalidade, assim como tantos outros conceitos e institutos já mencionados (vide capítulo 1). Tais *invenções*, aplicadas ao direito, produziram a crença de que este pudesse alcançar graus absolutos de segurança e certeza, o que, então, também não passa de *um conto de fadas*. Cientes de tudo isso, não se pode deixar de

renunciar à esperança, acalentada pelo *Iluminismo*, de que se possa construir um direito absolutamente seguro, expresso numa linguagem transparente e sem ambigüidades, que nos permita compreendê-lo, sem que necessitemos hermeneuticamente interpretá-lo, um direito expresso em normas de sentido *unívoco*, um direito que, como dissera Chiovenda, receba do legislador uma vontade invariável, vontade naturalmente constante, como as fontes romanas conceituavam a justiça (BAPTISTA DA SILVA, 2007c, p. 10).

E, realmente, isto é tudo o que se tem constatado não ser o direito: seguro; expresso em linguagem sem ambigüidade, a ponto de dispensar uma interpretação hermenêutica; e com normas de sentido unívoco e constante (certo e universal).

Contrariamente ao ideal de certeza, oriundo da ilusão iluminista de que a norma, objeto exclusivo da ciência do direito, teria um único sentido, válido universalmente, o direito é incerto, somente sendo definido no momento exato em que aplicado ao caso concreto.

A incerteza é decorrência de que as normas não são dotadas de sentido antes que interpretadas, o que somente acontece diante uma situação concreta. Cada situação implicará uma interpretação diferente da norma, daí toda a incerteza e insegurança do direito, bem como a própria ambigüidade da linguagem jurídica.

Na verdade, para o direito não há certeza sequer quanto aos fatos, pois o jurista não terá acesso aos fatos como eles efetivamente ocorreram, com todas as suas circunstâncias, mas apenas à história dos fatos, isto é, ao que for relatado acerca dos fatos. É neste sentido que se diz que o direito nasce do fato, mas com ele não se confunde; afinal, até mesmo aos fatos será atribuído sentido (BAPTISTA DA SILVA, 2005).

Sendo dessa forma, fica fácil constatar que o direito não é nem certo nem seguro. A ideologia de certeza do direito é substituída pela noção de verossimilhança, que nada mais é do que a “verdade possível naquele momento processual” (BAPTISTA DA SILVA, 2005, p. 265) – falando-se exatamente da investigação realizada numa demanda judicial, ou, num aspecto mais genérico, apropriado a investigações realizadas em quaisquer âmbitos e não apenas em processos judiciais –, verossímil é a expressão da verdade possível para o humano (informação verbal)<sup>1</sup>.

Consequência inevitável desta incerteza e insegurança do direito é a adoção da interpretação hermenêutica no lugar do modelo clássico de interpretação (BARRETTO; CULLETON, 2007). É exatamente a hermenêutica a responsável pelo entendimento de que o “O sentido não está no texto. O sentido será dado pelo intérprete. Não há um sentido *a priori*, que seja anterior e independente do respectivo *contexto* em que ele se insere” (BAPTISTA DA SILVA, 2006, p. 331).

Somente a partir do caso concreto é que será agregado sentido à norma, quando, além da valoração jurídico-normativa, se considerarão os valores oriundos da relação entre o caso concreto, o contexto espaço-temporal e o intérprete, o qual também é composto de toda uma particularidade. Ou seja, a interpretação hermenêutica atribuirá à norma o sentido que melhor corresponder às diferenças e peculiaridades do caso concreto e aos valores emergidos da relação direito-contexto-intérprete.

### 3.5. Uma questão de democracia e humanidade

Apenas para finalizar, cumpre destacar que a retomada da justiça sob a concepção da discricionariedade e politização configura exigência do Estado Democrático de Direito. Afinal de contas, a discricionariedade e politização ou, conforme Castanheira Neves e Ovídio A. Baptista da Silva, o jurisprudencialismo, oriundos da (re)inserção da justiça no direito, ao menos nos critérios aqui defendidos, proporciona a valorização não só do ordenamento jurídico tal como positivado, mas, também, das outras fontes do direito, tais como os princípios e valores coletivos e comunitários, conforme o caso concreto assim exigir.

Afinal, o direito se constitui em normas de convivência social, que, numa democracia, deve privilegiar o diálogo entre garantias e direitos individuais e necessidades e interesses do grupo. O Poder Judiciário, por sua vez, se efetiva num dos poderes do Estado, que, em sendo assim, deve zelar pelo povo. Com isso, se pretende dizer que se a comunidade ou povo, nos seus interesses de proteção de direito individual e promoção do bem-estar do grupo, for atendido pelas leis que integram o ordenamento jurídico, a elas não deve ser recusada a aplicabilidade, pois manifestarão o próprio sentimento de justiça.

Contudo, se as normas positivadas não mais corresponderem aos interesses, individuais ou grupais, da comunidade, por terem se desatualizado diante das transformações surgidas em nome de mais direitos e/ou benefícios, sem prejuízo de minorias, ao Poder Judiciário, na figura do juiz, é devido divergir do texto legal em nome da justiça, que é direito. A defesa dessa atitude se sustenta na discricionariedade e politização intrínsecas a qualquer sujeito, que, em situações como essa, ou são ocultadas ou são manifestas explicitamente, que é o que se defende.

Não se ignora a dificuldade em se aceitar a presente proposta, perante todo nosso apego ao paradigma racionalista, mas, como é sabido desde Thomas Kuhn (2007), as ciências progredem por meio de revolução e não por evolução. Em consonância com este posicionamento está Warat (2005), para quem “La construcción de un nuevo orden social demanda simultáneamente la desconstrucción de razones que legitimaron el actual estado de cosas”.

Ademais, a retomada da justiça é aqui proposta com o intuito de auferir maior atenção ao próprio homem, à sua natureza e potência, uma vez que, assim como a racionalidade, a sensibilidade humana, em geral, e o sentimento de justiça/injustiça, em específico, também sejam características intrínsecas ao ser humano, conforme Gadamer, em texto abaixo, de que se valeu Baptista da Silva:

Em general, la capacidad de juicio es menos una aptitud que una exigencia que se debe plantear a todos. Todo el mundo tiene tanto 'sentido comum', es decir, capacidad de juzgar, como para que se le pueda pedir muestra de su 'sentido comunitario', de una

<sup>1</sup> Em aula da disciplina *Jurisdição e Processo* do curso de Mestrado do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, no 1º sem. 2007.

auténtica solidaridad ética y ciudadana, lo que quiere decir tanto como que se le pueda la capacidad de juzgar sobre justo y injusto, y la preocupación por el 'provecho comun'. [...] (GADAMER *apud* BAPTISTA DA SILVA, 2004, 295-6).

Sendo assim, a reaproximação do direito da justiça, assimilando-se um no outro, da forma como aqui definida esta última, enquanto discricionariedade e politização, é uma questão de autoconhecimento do ser humano e de todos os seus limites e capacidades, enquanto sujeito pensante e sensível. Ao homem é dado, sem dúvida, criar mecanismos que o protejam dele próprio, como é o caso das leis e do ordenamento jurídico como um todo. Contudo, no homem também se deve confiar para fim de que ele seja o agente a detectar eventuais injustiças, que não deverão ser nem irresponsavelmente aceitas, nem muito menos arbitrariamente implementadas.

#### 4. Considerações finais

O presente artigo teve por objetivo apontar algumas das falências do sistema jurídico positivista, principalmente no que diz respeito ao seu distanciamento da justiça como fundamento da decisão judicial. Como referido no primeiro capítulo, foi na Modernidade, mais precisamente quando do surgimento do Estado Liberal e do positivismo normativista, ambos orientados pela teoria racionalista e inspirados na experiência do direito romano dos Imperadores, que a justiça foi apartada do direito.

Este direito formal, abstrato e genérico, que de início pode até ter satisfeito aos interesses da sociedade de onde emergira – sociedade dos séculos XVIII e XIX –, não mais atende aos anseios da contemporaneidade. Por essa razão, se partiu do pressuposto de que a atual comunidade almeja a reaproximação do direito e justiça, sendo fundamental, porém, discutir de que justiça se estaria falando agora, em pleno século XXI.

Numa tentativa de esboçar a justiça que melhor corresponderia ao contexto atual, ficou ela identificada, sobretudo, com a discricionariedade e a politização, dois elementos que se explicam e se complementam. Por outro lado, da justiça foram excluídas as noções de objetividade, universalidade e transcendência, muito comuns em outras épocas, mas não mais cabível no momento, segundo o que entendemos da evolução das ciências e filosofia.

Um direito assim aproximado da justiça, privilegiando o reconhecimento da atuação judicial como uma ação que, mesmo servida de toda uma técnica e instrumentos específicos, não é nada *além* do que humana, e, portanto, discricionária e politizada, além de nos resguardar dos vícios da irresponsabilidade e arbitrariedade judicial, ainda colaborará para a democratização e humanização do Poder Judiciário.

Sendo assim, espera-se ter contribuído um pouco para a discussão que envolve o direito, a justiça, a decisão judicial, a atuação jurisdicional e todas as preocupações que legitimamente se relacionam a esses temas, tais como a neutralidade por um lado e a arbitrariedade por outro. Reatar o vínculo entre direito e justiça será importante porque, valendo-se de um novo esboço para a segunda, se poderá democratizar e humanizar o primeiro.

#### REFERÊNCIAS

- ARANGO, Rodolfo. A objetividade dos direitos fundamentais. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, n. 5, p. 219-234, 2007.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, n. 4, p. 323-352, 2006.
- \_\_\_\_\_. *A jurisdictio romana e a jurisdição moderna*. Disponível em: <www.baptistadasilva.com.br>. Acesso em 24 abr. 2007. Também em: \_\_\_\_\_. *A Jurisdictio Romana e a Jurisdição moderna*. In: \_\_\_\_\_. *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. Também em: \_\_\_\_\_. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Jurisdição e Processo*. São Leopoldo, Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, 1º sem. 2007. Aula proferida na pós-graduação (Mestrado) em Direito Público da UNISINOS.
- \_\_\_\_\_. *Processo e Ideologia. O Paradigma Racionalista*. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

- \_\_\_\_\_. "Questão de fato" em recurso extraordinário. Disponível em: <[www.baptistadasilva.com.br](http://www.baptistadasilva.com.br)>. Acesso em 18 maio 2007.
- \_\_\_\_\_. Verdade e significado. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (org). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed.; São Leopoldo: Unisinos, n. 1, anuário 2004, p. 265-281, 2005.
- BARRETTO, Vicente; CULLETON, Alfredo. Raízes filosóficas do Estado Democrático de Direito ou porque estudar a filosofia do direito. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, n. 5, p. 319-322, 2007.
- BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. 4.ed. Tradução de Alfredo Fait, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.
- \_\_\_\_\_; BOVERO, Michelangelo. *Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna*. 2.ed. Traduzido por Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1987.
- CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a Legitimidade da "Justiça Constitucional". *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre (Nova Prova Gráfica e Editora), v. 20, p. 261-286, 2001.
- CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, v.1, 1995.
- DESCARTES, René. *Discurso do Método*. Disponível em: <[http://www.intratext.com/IXT/POR0305/\\_P1.HTM](http://www.intratext.com/IXT/POR0305/_P1.HTM)>. Acesso em: 25 jun.2006. Também em: \_\_\_\_\_ . *Discurso sobre o método*. Tradução de Alan Neil Ditchfield. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- FERNANDEZ, Brena Paula Magno. *Sobre a Neutralidade Axiológica das Ciências – a Crítica de Hugh Lacey e o Caso da Economia*. Publicado no nº 4, de setembro de 2003, dos Cadernos de Pesquisa Interdisciplinar em Ciências Humanas, do Programa de Pós-graduação Interdisciplinar em Direitos Humanos da Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/cadernosdepesquisa/article/view/1121/4427>>. Acesso em: 21 ago. 2012.
- HOBBSAWM, Eric J. *A revolução francesa*. Tradução de Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.
- HÖFFE, Otfried. *Justiça política. Fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado*. Tradução de Ernildo Stein. Petrópolis: Vozes, 1991.
- KAUFMANN, Arthur. Filosofia do direito, teoria do direito, dogmática jurídica. In: KAUFMANN, Arthur.; HASSEMER, Winfried (Orgs.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 4.ed. Tradução de João Batista Machado. Coimbra: Arménio Amado Editor Sucessor, 1976.
- KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2007.
- LISBOA, Wladimir Barreto. O direito, a moral e os limites da justiça: algumas dificuldades legadas pelos modernos. In: COPETTI, André.; STRECK, Lenio Luiz.; ROCHA, Leonel Severo (org). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed.; São Leopoldo: Unisinos, n. 2, anuário 2005, p. 277-292, 2006.
- MAIA, Alexandre da. Dogmática jurídica e multiplicidade – uma análise da teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, n. 5, p. 15-40, 2007.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Tradução de Cristina Muracho. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- NIETZSCHE, Friedrich. *Crepúsculo dos ídolos*. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. 5.ed. rev. e acrescida dos últimos pensamentos do autor. Tradução e prefácios de L. Cabral de Moncada. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1974.
- ROCHA, Leonel Severo. A dimensão política da Teoria Pura do Direito. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, n. 4, p. 287-306, 2006.

SCHILLING, Voltaire. *Revolução Francesa: iluminismo, jacobinismo e bonapartismo*. Porto Alegre: Leitura XXI, 2003.

SOUZA, Ielbo Marcus Lobo de. Hobbes e a Segurança Global num ambiente internacional de anarquia. In: COPETTI, André.; STRECK, Lenio Luiz.; ROCHA, Leonel Severo (org).

*Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado*, Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos, n. 2, anuário 2005, p. 77-90, 2006.

STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. 2.ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

STRECK, Lenio Luiz.; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

\_\_\_\_\_. *E a professora disse: "Você é um positivista"*. Disponível em:

<<http://www.conjur.com.br/2012-ago-23/senso-incomum-professora-disse-voce-positivista>>.

Acesso em: 25 ago. 2012.

TRINDADE, André Karam; CASTRO, Fábio Caprio Leite de. A filosofia no direito e a temporalidade jurídica. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, n. 5, p. 41-68, 2007.

VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. 1.ed. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

WARAT, Luis Alberto. La construcción de un nuevo orden social. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, n. 3, 2005.



### 1.2.18 A massa carcerária e os mecanismos de controle social: uma análise do papel social do Estado na prevenção do delito e na ressocialização do apenado<sup>1</sup>

Allayne Bitencourt<sup>2</sup>  
]

#### Resumo

O estado vem há décadas intervindo cada vez mais no direito individual de cada um, como forma de garantias de controle, e segurança da população, estas dentre estas garantias de controle está o sistema carcerário, que tem a finalidade de ressocializar o preso, ou de que o mesmo não cometa novamente delitos. Mas para isto, para que se saiba se isto é possível na prática é necessário que se faça uma análise histórica do conceito da criação do instituto prisão e também se trace um comparativo com doutrinadores e com a situação atual. Palavras-chave: Teorias Sociais. Ressocialização do Preso. Sistema Carcerário.

#### 1. Introdução

Por meio deste artigo científico pretende-se apresentar os resultados das pesquisas, idéias, debates, e revisões bibliográficas, de uma maneira clara, precisa e fidedigna acerca dos mecanismos de controle social face a massa carcerária.

Tem-se como objetivo geral descrever e analisar os mecanismos de controle social e o papel social desenvolvido pelo Estado frente aos indivíduos que aplicou e aplica pena.

Por sua vez, como objetivo específico busca-se verificar os possíveis reflexos na ressocialização dos indivíduos.

Para a investigação do objeto desse artigo científico, o método a ser utilizado, através de pesquisa bibliográfica, é o dedutivo, buscando-se aspirar, mediante a lógica pura, a conclusão da totalidade partindo-se de premissas. Além disso, a presente pesquisa está justificada na sua relevância social, eis que visa à concretude do artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal e à superação de elementos práticos e teóricos, colaborando com a elaboração de uma definição acerca do tema no meio jurídico e analisando o papel social do Estado, o que demonstra que tem pertinência com a linha de pesquisa da instituição, constitucionalismo, concretização de direitos e cidadania.

Os dados foram coletados por meio a consultas a bibliografia, no período de março a junho de 2010. Os resultados serão apresentados mediante três grandes divisões: a conceituação e um breve histórico dos mecanismos de controle social do estado; uma análise da aplicabilidade do controle social sob as massas carcerárias, particularmente sob a visão de Foucault; e uma análise acerca do papel social do Estado e os reflexos na ressocialização dos apenados.

Decorrente dos mencionados objetivos investigatórios fora elaborado um problema principal, qual seja, é possível o próprio Estado ter meios de levar o indivíduo a não se enveredar pelo caminho da criminalidade?

#### 2. Controle Social: Conceito e Breve Histórico da Pena Privativa de Liberdade

A Constituição Federal de 1988 fez história ao eleger o cidadão como objetivo principal, promovendo a integração dos direitos sociais e coletivos em seu texto e o reconhecimento concreto da cidadania, da dignidade da pessoa humana e fornecendo meios para que qualquer pessoa lute contra a injustiça em todas as suas formas e nuances.

A prisão é tida, pelo ordenamento jurídico pátrio, como a exceção, sendo que a regra geral se constitui na liberdade do indivíduo, tal qual consagrado no artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Artigo redigido para fins de aprovação parcial na disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso I, que será utilizado como base para a Monografia, a ser apresentado no final de 2013, da Faculdade de Direito de Santa Maria - FADISMA.

<sup>2</sup> Graduanda em Direito na Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA, sob orientação do professor Fábio Rijo Duarte. Endereço eletrônico: allaynebitencourt@hotmail.com

<sup>3</sup> "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:" (CONSTITUIÇÃO, 1988.)

Assim, embora o direito à liberdade seja garantia constitucionalmente assegurada de todo o cidadão, excepcionalmente a liberdade de ir e vir pode ser restringida, em função da ocorrência de fato típico, posterior condenação e cumprimento da pena privativa de liberdade consequente da condenação penal ou, ainda, preventivamente durante a investigação criminal.

Ocorre que, para prevenir tais acontecimentos e consequente privação de liberdade, que a principal pena cominada ao cometimento de fatos típicos, há a incidência de mecanismos de controle social.

Assim, segundo MOLINA:

*O Controle Social se expressa como o conjunto de instituições, estratégias e sanções sócias que pretendem promover e garantir a submissão do indivíduo aos modelos e normas comunitárias.*

Segundo este mesmo doutrinador, o controle social pode ser dividido em duas instâncias: controle social formal e informal.

O primeiro grupo é formado pelos órgãos estatais que compõem o sistema de justiça criminal: polícia, justiça, administração penitenciária, enquanto que o controle social informal é aquele exercido pelos grupos sociais, ou seja, família, escola, profissão, opinião pública dentre outros.

Neste ponto, cumpre ressaltar que quanto a esta divisão o enfoque principal será dado ao mecanismo formal, emanado do poder estatal.

Ademais, a pena privativa de liberdade, como é posta atualmente, não existia nas sociedades antigas. Havia a privação da liberdade, porém, esta era usada apenas para assegurar a execução da pena definitiva, que na sua maioria era de morte.

Explica OLIVEIRA que:

*A Lei Mosaica não mencionava uma única vez a pena detentiva de prisão. Se o "Pentateuco", não previa a pena de prisão, posteriormente as "Crônicas" e o "Livro de Jeremias", em muitas passagens, falavam em prisões, fossas e entaves, como medidas preventivas em que os acusados aguardavam o julgamento.*

Foi na sociedade cristã que a prisão tomou forma de sanção. Na Idade Média, o Direito Canônico impunha a reclusão para os clérigos que incorressem em infrações eclesásticas e também para os hereges e delinquentes julgados pela jurisdição da Igreja.

A palavra penitência nos primórdios do cristianismo significava "volta sobre si mesmo", com o espírito de compunção, para reconhecer os próprios pecados ou delitos. Abominá-los e propor-se a não tornar a reincidir.

Neste período, castelos, fortalezas e conventos mantinham espaço como prisão. A Igreja, em suas leis, admitia a pena privativa de liberdade, sendo consagrado, nesta época, o termo "penitenciária".

No século XVI, surgiram as galés ou galeras. Navios que serviam de prisão, onde o preso cumpria a pena de remar, com dura jornada de trabalho forçado. Alguns governos da Europa, como a Áustria, vendiam condenados a outros países para o trabalho nas galés, pois representava apreciável valor econômico. As galés desaparecem com o desenvolvimento da navegação.

Surgiram, também, neste período, as chamadas casas de força, que eram destinadas a internar os mendigos, vagabundos, prostitutas e jovens entregues à vida desonesta, os quais estavam sujeitos ao regime de trabalho obrigatório.

Em seguida, surgiram os presídios militares, em decorrência da necessidade de mão-de-obra para os serviços de fortificações. Depois se passou para os presídios de obras públicas com a condenação de réus a trabalharem em canais e prédios públicos, presos a correntes, vigiados por pessoal armado, permanecendo à noite em barracas ao ar livre. Como havia a concorrência ao trabalhador livre, essa tendência não prosperou. Assim, optou-se pelo encarceramento dos prisioneiros em velhas edificações que antes serviam aos religiosos.

O modelo prisional com caráter reeducacional originou-se na Holanda com a criação de casas correccionais para homens e mulheres na cidade de Amsterdã, no final do século XVI. Essas prisões destinavam-se, a princípio, a ser uma espécie de presídio abrigando vadios, mendigos e prostitutas. Posteriormente surgiram em outros países da Europa, no século XVII, penitenciárias com a mesma finalidade. Embora esses estabelecimentos se destinassem ao específico cumprimento da pena com caráter educativo, é importante ressaltar que penas de suplícios continuaram a ser aplicadas em grande escala.

Entre os séculos XVII e XVIII surgiu um grande número de estabelecimentos de detenção para os condenados, porém estes não obedeciam a nenhum princípio penitenciário, como também não tinham nenhuma forma de higiene, pedagogia e moral.

Em meio aos movimentos de reforma do regime carcerário, adveio a Revolução Francesa, época em que o povo de Paris investiu contra a Bastilha, que era o símbolo da opressão.

Houve também, neste período, um grande avanço no Direito Penal, especialmente com Cesare Beccaria, que causou uma verdadeira revolução no que diz respeito ao direito de punir. Esse autor, em sua famosa obra "Dos Delitos e das Penas", publicado em 1764, levantou a questão das concepções pedagógicas de pena naquela época, pela grande preocupação que trouxe no combate aos abusos e torturas que eram cometidos em nome do Direito Penal.

Uma das primeiras vozes a repercutir na consciência pública para a reforma da sistemática penal foi de Beccaria. A partir deste momento, os primeiros indícios de respeitabilidade dos direitos indisponíveis do condenado, proclamadas nos princípios adotados pela Declaração dos Direitos do Homem.

Na França, em 1819, o rei Luis XVIII criou o Conselho Superior das Prisões. Com a criação desse conselho, vários procedimentos de investigação foram instaurados, no sentido de sanar as mazelas e improbidades, nos estabelecimentos franceses destinados a receber presos e infratores submetidos à medida de segurança por enfermidade mental.

Com a morte de Howard, suas idéias tiveram prosseguimento por meio do criminalista Jeremy Bentham, que apresentou um modelo de estabelecimento prisional de forma diferente, conhecido como panóptico. Essa nova concepção penitenciária mereceu destaque pelo seu correicional apresentado, com a separação dos presos por sexo, a importância de adequada alimentação, vestuário, limpeza, trabalho, assistência à saúde, educação e ajuda aos liberados.

O Panóptico era uma espécie de prisão celular de forma radial, de modo que uma só pessoa, colocada em um ponto estratégico, poderia fazer a vigilância de todas as celas, sendo que os aprisionados nada podiam ver nem mantinham contato com os companheiros de celas vizinhas. Nenhum tipo de projeto, influência, contágio e outras barbáries havia possibilidade de serem executadas. Por abrigar apenas um prisioneiro em cada cela, todas voltadas para o centro do pavilhão, contendo neste uma torre de vigia, eram eles guardados com maior segurança e economia.

Explica Foucault que o desenho do sistema panóptico permitia um controle global do espaço à sua volta, poder esse que incide sobre os homens e suas relações, através de intervenções psíquicas, com objetivo de *"desmanchar suas perigosas misturas"* sem fechar os condenados em instituições. Para Foucault *"o detento nunca deve saber se está sendo observado; mas deve ter certeza de que sempre pode sê-lo"*<sup>1</sup>.

O funcionamento era automático e considerava o indivíduo como objeto observável e não sujeito da relação de dominação. O sistema panóptico permitia a transferência da vigilância para o vigiado, reduzindo custos com ferramentas de controle: "o detento nunca deve saber se está sendo observado; mas deve ter certeza de que sempre pode sê-lo".

Já no século XX, destaca-se um período triste da história da humanidade, o qual Oliveira chama de "o quadro marcante da desmoralização da prisão" retratada nos desumanos campos de concentração projetados, na Europa, pelo plano nazista do Terceiro Reich, liderado por Adolf Hitler, em nome de horrenda política antissemita.

Nos dias atuais, apesar dos avanços, a prisão continua sendo como um meio segregatório pouco eficaz na ressocialização do delinqüente. O que mais se vê são casos trágicos, causados pelas pressões, ou a notícia de que devido a superlotação houve uma fuga premeditada. Assim foi vista a fuga de seis prisioneiros do 3º Distrito Policial no bairro Junco do município de Picos (distante 320 km de Teresina) no dia 06/02/2010.

Ademais, também é grande o número de criminosos presos por crimes sem violência. Os números são alarmantes. Mesmo sem estatísticas muito confiáveis, existem, no Brasil mais de 100 mil presos em regime fechado e pelo menos 50% condenados por crimes sem violência. Para mantê-los, o contribuinte gasta 18 milhões de reais por mês. Em Porto Alegre um preso custa 300 reais por mês, no Rio de Janeiro 548 reais, em Brasília 1.200 reais. A média nacional é de 513 reais mensais por preso. Mesmo com esse custo, no regime fechado

<sup>1</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**, p. 178.

a taxa de reincidência chega a 86%. Isso prova que a prisão é um instrumento de controle social caríssimo.

### 3. Controle Social: Prevenção do Delito, Teorias e Aplicabilidade

Para as teorias do controle social “o crime é uma função das interações psicossociais do indivíduo e dos diversos processos da sociedade”<sup>1</sup>.

Modelos e Sistemas de Reação ao Delito e sua Evolução até os dias atuais:

#### 3.1 Modelo Dissuasório

O modelo dissuasório é baseado na pretensão punitiva do Estado, corroborando-se através do castigo, da intensidade da pena e do sistema estatal de prevenção do delito.

Seus postulados são:

Normas penais completas, com caráter intimidatório e punitivo. Sistema de prevenção estatal eficaz, estruturado, em perfeito funcionamento, aplicando-se com rigor e agilidade a norma penal.

Críticas ao modelo dissuasório:

- a) Generalização do impacto psicológico da pena.
- b) Visão reducionista do efeito intimidatório da pena, trazendo alguns excessos na busca da prevenção do delito, confundindo-se intimidação com atemorização.
- c) Os sistemas punitivos devem ser estudados em seus efeitos positivos (realizando uma função social complexa) e não com seus efeitos negativos (sanção e repressão).
- d) Posição marginal da vítima.
- e) Sociedade como mera expectadora do delito.

#### 3.1.1 Escolas de prevenção do delito na Criminologia tradicional:

A problemática da prevenção do delito é tradicionalmente solucionada por dois modelos muito semelhantes, tais são eles, o modelo clássico e o neoclássico, que preconizam como meio eficaz de coibir as condutas delitivas seria a pena, a ameaça, o castigo, consubstanciados nos mecanismos dissuasórios ou contramotivadores.

##### a) Escola Clássica:

A escola clássica alicerça sobre a pena a efetividade preventiva do delito, teorizando que a delinqüência na sociedade correlaciona-se pela intensidade do castigo, do rigor que a pena traduz.

Muitas críticas são feitas a tal modelo, pois ainda que limitado e consideravelmente ineficaz, é perceptível que muitas políticas criminais atuais inspiram-se no teorema de que quanto mais acentuado for o castigo menor será a criminalidade.

##### b) Escola Neoclássica:

Nesta escola, o efeito dissuasório preventivo, está mais associado à efetividade do sistema legal do que do rigor da pena, como preconiza a escola clássica. Acreditam seus teóricos que o melhoramento da infra-estrutura e um maior investimento no sistema legal, ou seja, uma quantidade e qualidade maior de policiais, juízes, prisões, entre outros, constitui uma estratégia eficaz para diminuição da criminalidade.

#### 3.2. Modelo Ressocializador:

O modelo ressocializador, possui como objetivo primordial, através de ações positivas e de cunho humanista em relação ao delinqüente, a reinserção do mesmo no seio social.

Seus postulados são:

Debate do impacto positivo e ressocializador do sistema legal na pessoa do condenado. Análise do efeito concreto do castigo, tomando como premissa a sua utilidade. Assume a natureza social do problema criminal.

#### 3.3. Modelo Integrador:

O modelo integrador procura não somente focar na repressão ao delito, bem como não possui como finalidade principal a reinserção do delinqüente na comunidade, se preocupando em buscar uma solução conciliadora do conflito decorrente do crime,

<sup>1</sup> FURTADO, Erick *Teoria do Controle Social*, 26/03/2009

preconizando a reparação do dano causado a vítima e à comunidade, inserindo no contexto do controle social todos os sujeitos participantes na relação criminal, bem como os secundariamente atingidos por ela.

### 3.4. Modelo de Segurança Cidadã:

Diferentemente dos modelos anteriormente citados, o modelo de segurança cidadã não focará a sua análise sobre o aspecto específico da criminalidade. Configura assim, um modelo de reação ao delito que examinará a efetividade do sistema, as expectativas das pessoas envolvidas na problemática criminal, a reinserção do delinqüente, a punição do delito, a reparação às vítimas, solução produtiva do conflito interpessoal e pacificação das relações sociais.

### 3.5. Controle Social Formal:

A violência e o delito são eventos que devem merecer providências de combate tanto da parte do Estado quanto da comunidade. Percebe-se que a falência de muitas instituições, desde as políticas até as religiosas, tem exigido o repensar sobre a essência e as circunstâncias em que se movimentam os organismos do controle social, tanto formais como informais.

O controle social formal é formado por agente que podem ser vistos como filtros a serviço de uma sociedade desigual que, por meio deles, perpetua suas estruturas de dominação e incrementa as injustiças que a caracterizam.

A polícia, a Justiça, a administração penitenciárias, o Direito Penal, sistema legal, entre outros, são tidos como agentes formais. Sendo assim, quando as instâncias informais do controle social fracassam, entram em funcionamento as formais, que atuam de modo coercitivo impondo sanções qualitativamente diferentes das sanções sociais: são sanções estigmatizantes que atribuem ao infrator um singular status, qual seja de desviado, perigoso ou delinqüente.

A justiça constitui um dos possíveis portadores do controle social. Já o Direito Penal, por sua vez, representa tão somente um dos meios ou sistema normativos existentes, do mesmo modo que a infração legal constitui nada mais que um elemento parcial de todas as condutas desviadas, onde a pena significa uma opção para sancionar a conduta desviada. Todavia, é indiscutível que o Direito Penal simboliza o sistema normativo mais formalizado, com uma estrutura mais racional e com um elevado grau de divisão do trabalho e de especialidade funcional dentre os demais subsistemas normativos.

Numa instituição do controle social, as normas, o processo e a sanção são três componentes fundamentais que visam assegurar a disciplina social, ratificando as pautas de conduta que o grupo reclama. Conseqüentemente, todo controle social possui certo grau de formalização, isto é, de previsibilidade, de vinculação a princípios e critérios de conformidade ou desconformidade com as normas.

Ao reconhecer que a polícia apresenta papel central no controle social, também se reconhece que esse controle é realizado pela exigência de leis, e que estas serão acatadas pelo medo de alguma sanção estatal.

Verifica-se que, na medida em que aumenta o grau de institucionalização, aumenta também o de sua formalização, adequando a gravidade das sanções ou o estabelecimento de um processo para aplicá-las.

O exame pormenorizado da atuação do controle social –labelling approach - destaca o comportamento seletivo e discriminatório, a função constitutiva ou geradora de criminalidade e o efeito estigmatizador, como características do controle social penal. Nota-se que, a reação social acaba por condicionar a criminalidade.

O controle social penal tem limitações estruturais inerentes à sua própria natureza e função, de modo que não é possível exacerbar indefinidamente sua efetividade para melhorar, de forma progressiva, seu rendimento. A prevenção eficaz do crime não deve se limitar ao aperfeiçoamento das estratégias e mecanismos do controle social. A eficaz prevenção do crime não depende tanto da maior efetividade do controle social formal, senão da melhor integração ou sincronização do controle social formal e informal.

O controle razoável e eficaz da criminalidade, não pode depender exclusivamente da efetividade e do rendimento das instâncias do controle social, uma vez que, a intervenção do sistema legal pressupõe o delito, não incidindo em seus fatores, em suas raízes últimas;



Programas que tenham como objeto fundamental um melhor rendimento do controle social formal correspondem ao modelo da prevenção secundária ou terciária, porque opera de modo tardio e sintomatológico, onde e quando o problema social se manifesta, porém não onde, quando e como o conflito é gerado.

Em conflitos específicos e de escassa relevância social observa-se uma clara tendência a substituir a intervenção do sistema legal e suas instâncias oficiais por outros mecanismos informais, não institucionalizadores, que operam com maior agilidade e carecem de efeitos estigmatizadores (ex. menores infratores). Enquanto que, subsistem modelos altamente repressivos a cargo das instâncias do controle social formal para os infratores mais perigosos ou considerados irrecuperáveis.

O controle social formal tem, desde logo, aspectos negativos, mas assegura pelo menos uma resposta racional, igualitária, previsível e controlável, o que não acontece sempre com os informais.

#### **4. Controle Social Face à Massa Carcerária, sob a Visão de Foucault**

Segundo ainda Foucault, inicialmente, as prisões foram criadas para vigiar, punir e registrar continuamente o indivíduo e sua conduta, limitar seus espaços e controlar o seu tempo. Para cumprir esse objetivo, as prisões necessitavam de um projeto arquitetônico elaborado pelo empirista e jurista inglês Jeremy Bentham, em fins do século XVIII, descrito por Foucault:

O panopticon. Ele consiste num amplo terreno com uma torre no centro e, em sua periferia, uma construção dividida em níveis e celas. Em cada cela, duas janelas que permitem a vigilância das celas. As celas pequenas, onde o preso fica sozinho, perfeitamente individualizado e constantemente visível. O detento, deste modo, torna-se visível ao supervisor, porém apenas a este, ele é privado de qualquer contato com as celas ao lado. Ele é 'objeto de uma informação, jamais sujeito numa comunicação'.

Foucault ressalta que isto se dava através da indução do detento a um estado de objetividade, de permanente visibilidade. O detento não pode ver se o guarda está ou não na torre, portanto, deve se comportar como se a vigilância fosse constante, infinita e absoluta. A perfeição arquitetônica é tal que, mesmo que o guarda não esteja presente, o aparelho de poder continua a funcionar, porém quando se encontra com a demanda alta todo o objetivo inicial se anula, dificultando o controle dos detentos.

O poder panóptico de Bentham é contínuo, disciplinar e anônimo podendo ser acionado por qualquer um que esteja na condição de fazê-lo e qualquer um pode estar sujeito a seus mecanismos. Se esse poder panóptico funcionasse infalivelmente não haveria violência nas prisões, pois os presos, por não saberem quando estão sendo vigiados tornar-se-iam guardiões de si próprios. Conforme Foucault, o panóptico produz, ao mesmo tempo, saber, poder, controle do corpo e controle do espaço, numa tecnologia disciplinar integrada. É um esquema de poder de constante vigilância de seus habitantes. É uma tecnologia do poder disciplinar. Sem dúvida, o panóptico sendo, ao mesmo tempo, vigilância e observação, segurança e saber, isolamento e transferência, encontrou, na prisão, o lugar ideal para sua realização.

No entanto, o sistema de prisional nunca conseguiu cumprir suas promessas. Desde o seu nascimento e até o presente, as prisões não funcionaram. A descrição de Foucault do número de reincidências e a uniformidade da reforma retórica são tocantes. As prisões não corresponderam às exigências para as quais eram as únicas qualificadas: produzir cidadãos normais a partir de criminosos empedernidos.

Na visão de Foucault a análise deve girar não em torno do fracasso das prisões, mas a que objetivos ou lições se pode tirar com os supostos fracassos (que ao final nem fracassos são).

Aqui no Brasil, por exemplo, a massa carcerária extraiu muitas lições do contato havido na década de 1930 quando os presos políticos se beneficiaram da anistia que marcou o fim do Estado Novo, deixaram nas cadeias presos comuns politizados, questionadores das causas da delinquência e conhecedores dos ideais do socialismo.

Esclarece Foucault, a transformação da pena foi gradativa desaparecendo, nos princípios do século XIX, o grande espetáculo da punição física. Observa-se, através dos estudos evolutivos da pena que, em todos os séculos e em todas as épocas, com suas diferentes civilizações, sempre houve uma grande variedade de punições e uma diversidade abundante de instrumentos para executá-las, nas suas mais variadas formas de crueldade.

## 5. O Papel Social do Estado na Ressocialização dos Apenados

No Brasil devido o longo prazo de ditadura, tivemos o abandono do sistema prisional brasileiro, pois nesta situação a prioridade era proteger apenas os militares, agindo de forma repressiva e vigilante com a população, e ainda não se construíam novos presídios e nem ao menos se dava manutenção aos que já tinha, então acabou sendo um atraso para o sistema atual, uma vez que são problemas atuais, devido há um sistema débil, e com muita dificuldade de ser sanado.

Pois bem que, aqui entra o papel do Estado que é um garantidor de direitos, que criou limitações nos direitos individuais para que mantesse estas garantias, este que julga o código penal brasileiro, como preventivo, eis o papel do Estado, para que oriente os apenados para uma nova condição, mas que também mantenha a população segura em suas garantias individuais.

Tudo isto se dá pelo fato de que, para a sociedade, o delinqüente deve ser punido e não reeducado. Para a maioria das pessoas, a cadeia não tem o dever de reeducar, mas sim de punir. Tanto é verdade que, pelo que se observa do quadro das prisões, nota-se que não há muita ou quase nenhuma vontade de tornar a vida do preso mais agradável e produtiva enquanto este paga pelo seu crime.

Uma questão a ser resolvida diz respeito ao direito do preso de trabalhar enquanto estiver cumprindo pena. Tal direito lhe traz dois benefícios:

o auxílio reclusão, que poderá ajudar a sua família; e a remição da pena, pois, para cada três dias de trabalho subtrai-se um dia da pena imposta, porém, com a superlotação dos presídios, não há trabalho para todos.

Além do mais, o trabalho não tem por fim o lucro daquele que utiliza a mão-de-obra carcerária, mas sim, ajudar os presos na sua ressocialização, de modo que este deve ser compatível com as aptidões do apenado, ou que lhe proporcione um efetivo aprendizado, porém, esta também é outra questão delicada, tendo em vista que, se não há trabalho pra todos, tampouco há trabalho condizente com a aptidão de cada preso.

A carência de vagas nos presídios também é uma questão antiga que preocupa tanto a Administração Pública quanto a sociedade. A superlotação é, muitas vezes, o início de violentas rebeliões que acabam provocando sérios danos ao cidadão comum, seja pela violência, seja pelo clima de confronto e insegurança social criado pelas fugas, tomada de reféns e até a morte de pessoas inocentes, muitas vezes os próprios funcionários.

Outro fator a ser ponderado é a corrupção existente dentro dos presídios. Esta vai da simples comercialização superfaturada de produtos permitidos, a favores e regalias incompatíveis com o sistema e a disciplina interna. A corrupção traz malefícios para as partes envolvidas no sistema prisional. Seja para os internos, como uma espécie de sofrimento adicional, seja para a Administração Pública que se vê constantemente sob suspeita.

Desta forma, diante da ausência de políticas sérias e investimentos no sistema penitenciário brasileiro, as velhas e insalubres instalações penitenciárias, além daquelas superlotadas efetivamente não atingem o objetivo maior da pena que é a ressocialização do indivíduo.

## 6. Considerações Finais

Diante de tantos problemas apresentados pelo sistema prisional é de se concluir, que o mesmo não se presta aos fins estabelecidos na lei. Ou, seja, não ressocializa, ao contrário, cria intenso ânimo de mágoa e insatisfação pela crueldade e insalubridade do local. O egresso é, na maioria das vezes, insatisfeito e vingativo, temeroso do instante de retornar ao convívio social. E a tão importante e desejada ressocialização não acontece, na sua magnitude, ou quando acontece tem percentuais tão baixos que acaba por discredibilizar a sociedade para tal ferramenta, pelo simples fato de que ali, naquele ambiente, o interno se vê obrigado a lançar mão de todos os meios para sobreviver, corrompendo assim seus próprios valores, bem como aqueles que ali se encontram por delitos ditos “menores”, como por exemplo não pagamento de pensão alimentícia, acabam por não conseguir se reintegrar na sociedade novamente, como um comparativo, negativo, SARAMAGO, “A Caverna”, cita, como um deslocamento para um mundo diferente do qual os demais vivem, e ao passo que o mesmo deseja retornar novamente, se parece com um estranho, parado no tempo.

E como sugestões para melhorias destas imagens e fatos se têm uma melhor qualificação dos funcionários que dedicam arriscadamente suas vidas para manter sistema,

bem como uma maior fiscalização externa, para que não extinga-se a corrupção, investimento financeiro maior por parte do Estado, planejamento para tal, aumento de policiamento para a fiscalização dos benefícios dados aos presos, impedindo reincidência. Com o propósito de atingir esses objetivos, o Sistema Penitenciário Paranaense adota políticas públicas que valorizam o trabalho prisional, a assistência educacional formal e profissionalizante, o esporte, o lazer, e o contato com o mundo exterior, com uma equipe de profissionais altamente qualificados. O grande objetivo deste trabalho é sugerir o tratamento penal nas diversas unidades penais na forma de um ideal científico, nos moldes contemporâneo.

Enfim, o Estado cumprindo o papel de segurador de direitos para todas as partes envolvidas.

#### Abstract

The intervening decades there has been increasing in the right of each individual, as a guarantee of control and security of the population, they control among these safeguards is the prison system, which aims to re-socialize the prisoner, or that he did not commit crimes again. But for this, so we know whether this is possible in practice it is necessary to do a historical analysis of the concept of creation of the institute prison and also draw a comparison with scholars and with the current situation.

Keywords: Social Theories. Resocialization of the Prisoner. Prison System.

#### 7. REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro, Artigo, *Ressocialização ou Controle Social: Uma abordagem crítica da "reintegração social"* do sentenciado

BIZZATO, Francieli, Artigo, 2005, *A Pena Privativa de Liberdade e a Ressocialização Do Apenado: uma reavaliação das políticas existentes no sistema prisional* CONSTITUIÇÃO Federal de 1988.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir, história da violência nas prisões*. Trad. Raquel Ramallete. 31. ed. Petrópolis: Vozes, 2006. p.156-178

O Dia, Portal, Autor/Fonte: da Redação. *Superlotação de Presos Provoca Fuga Em Massa Em Prisão Do Interior* | Edição: [Raoni Barbosa](#), acessado em

<http://www.sistemaodia.com/noticias/superlotação-de-presos-provoca-fuga-em-massa-em-prisao-do-interior-68782.html> 12:01, hs 10/6/2010

OLIVEIRA, Edmundo. *Origem e Evolução Histórica da Prisão*, Prática Jurídica, Brasília, n. 1. p. 56-60.

OLIVEIRA, Maria Odete de. *Prisão: Um Paradoxo Social*, Florianópolis, Ed. UFSC, Assembléia Legislativa do. Estado de Santa Catarina, 1984., 293 ps, p. 46

RIBEIRO, Jair Aparecido. Artigo, *Liberdade e Cumprimento de Pena de Presos no Sistema Carcerário Paranaense*, acessado em <http://www.artigonal.com/direito-artigos/liberdade-e-cumprimento-de-pena-de-presos-no-sistema-carcerario-paranaense-1518528.html> 10:00 10/6/2010

SARAMAGO, José, A Caverna-2000

Xavier, Antonio Roberto, *Política Criminal Carcerária no Brasil e Políticas Públicas*, acessado em <http://www.webartigos.com/articles/24521/1/Politica-Criminal-Carceraria-no-Brasil-e-Politiclas-Publicas/pagina1.html#ixzz0rngKOO4A>

Código de campo alterado

## 1.2.19 O Estado, a Soberania e os Direitos Humanos

TOLFO, Andreia Cadore<sup>1</sup>  
CAMARGO, João Batista Monteiro<sup>2</sup>

### Resumo

O objetivo deste trabalho é verificar as limitações na soberania do Estado decorrentes da aceitação de tratados internacionais que dispõem sobre direitos humanos. No trabalho são abordados compromissos internacionais relativos aos direitos humanos e normas internacionais do Direito Humanitário, que devem ser respeitadas em situação de guerra. O método utilizado é o dedutivo. O artigo destaca que o Estado soberano é plenamente livre para agir na órbita internacional de acordo com os seus interesses, o que resulta da soberania estatal plena, compreendida como a ideia de que o Estado não reconhece submissão a qualquer pessoa ou órgão que possa representar um poder acima da unidade estatal. Porém, após a sua vinculação a tratados internacionais, surge, para o Estado, a obrigação jurídica de respeitar os compromissos consubstanciados no acordo internacional. É o que ocorre em relação aos tratados de direitos humanos, que criam obrigações jurídicas para os Estados que os aceitam, sendo que esses países estão condicionados a atuarem no sentido de dar cumprimento aos objetivos do tratado. O descumprimento das normas contidas nos tratados acarreta a responsabilidade internacional do Estado, a qual é reconhecida por tribunais internacionais. Em caso de violação específica das normas de Direito Humanitário, existe a possibilidade de responsabilização pessoal dos acusados, que agem em nome do Estado pelo Tribunal Penal Internacional.

**Palavras-chave:** Estado. Soberania. Direitos Humanos.

### 1 Introdução

A soberania é uma característica essencial do Estado, notadamente no que diz respeito à atuação estatal na órbita internacional, perante outros sujeitos do Direito Internacional Público. A doutrina da soberania, que serviu de embasamento político e filosófico para o próprio surgimento do Estado, concebe o ente estatal como um ator internacional não submisso a qualquer pessoa ou instituição que possa representar um poder acima do Estado (REZEK, 2008, p. 224).

De acordo com os ditames do direito internacional público, os Estados são igualmente soberanos. Sejam grandes ou pequenos, todos os países possuem o atributo da soberania, o qual denota a sua atuação livre e a não interferência em assuntos de seu interesse. Contudo, paralelamente à lógica da autonomia estatal, tratados e compromissos internacionais podem ser considerados instrumentos que limitam a atuação livre dos Estados, condicionado, juridicamente a atuação dos países.

Com o estreitamento das relações internacionais, os Estados cada vez mais se utilizam dos tratados internacionais, que é o meio jurídico que consubstancia o entendimento entre os Estados. De acordo com Hildebrando Accioly (2012, p. 158), tratado internacional diz respeito ao “ato jurídico por meio do qual se manifesta o acordo de vontades entre dois ou mais sujeitos de Direito Internacional”.

Trata-se do instrumento em que se materializa o acordado pelos Estados em relação a algum tema que seja de interesse comum, como delimitação de fronteiras, regulação do comércio, cooperação para fins ambientais, etc. Os tratados, que são utilizados há muito tempo pelos Estados para regular temas clássicos do direito internacional como guerra e paz e delimitação de fronteiras, hodiernamente também passaram a se ocupar e normatizar assuntos que outrora eram regulados apenas na ordem jurídica nacional. A regulação de temas como comércio, meio ambiente e direitos humanos não se limita à ordem jurídica interna dos Estados, sendo realizada também pela ordem jurídica internacional.

Os tratados de direitos humanos são exemplos desse instrumento que produz obrigações internacionais para os Estados que os ratificam. Após a vinculação jurídica a esses tratados, os países devem condicionar a sua atuação no sentido de dar cumprimento aos mesmos e respeitar o direito internacional. Até mesmo em situação de guerra, a atuação dos

<sup>1</sup> Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professora do curso de Direito da URCAMP. E-mail: andcadore@gmail.com

<sup>2</sup> Mestrando em Direitos Humanos pela UNIJUÍ. Bolsista FIDENE. Pesquisador na linha: Direitos Humanos, Direito Internacional e Equidade. E-mail: camargojoao@hotmail.com

Estados não é livre, pois está limitada pelo chamado Direito Humanitário, que é formado por diversos acordos internacionais.

Há ainda limitações à atuação dos Estados baseadas na noção do *jus cogens*, que são normas de direito internacional que são obrigatórias para os Estados mesmo sem a sua aceitação singular, por razões que estão acima da vontade dos países. De acordo com o artigo 53, da Convenção de Viena do Direito dos Tratados, *jus cogens* significa:

[...] norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.

Em decorrência deste contexto, a soberania estatal não pode mais ser compreendida como soberania absoluta, vez que está sujeita a limitações provenientes da ordem jurídica internacional (principalmente em razão dos tratados) e também está limitada por interesses de toda a humanidade.

O objetivo deste trabalho é verificar a incidência das limitações na soberania do Estado decorrentes da aceitação de tratados internacionais que dispõem sobre direitos humanos e os relacionados ao Direito Humanitário. A responsabilidade internacional do Estado, que pode surgir como desdobramento da limitação da soberania estatal, também é abordada neste artigo. O trabalho utiliza método dedutivo e pesquisa bibliográfica. O trabalho se insere na linha de pesquisa “Constitucionalismo, Concretização de Direitos e Cidadania” na medida em que versa sobre a concretização dos direitos humanos previstos em tratados internacionais.

## 2 A soberania estatal

O Estado, cuja configuração somente se aperfeiçoou no século XV, apresenta três elementos básicos: o território, a população e o governo soberano. Em atenção a esses elementos, destaca-se que o território do Estado precisa ser delimitado e que sua população é formada pelo contingente de pessoas que se encontram no território, não se identificando, exatamente, com a noção de nação (ACCIOLY, 2012, p. 258-259). Já o governo, precisa ser soberano.

A soberania, no âmbito interno, pode ser entendida como o poder estatal de impor comando, dela decorrendo um dever de obediência. A soberania é um poder perpétuo, pois não pode ser limitado no tempo, e absoluto, pois não é subordinada a nenhum outro poder (VARELLA, 2010, p. 34). No âmbito externo, a soberania convive com a noção de igualdade de todos os Estados na comunidade internacional, já que os países não estão subordinados a nenhuma autoridade que lhes seja superior.

Com a obra do pensador Jean Bodin, a soberania passou a ser compreendida como um poder absoluto, perpétuo e inalienável. Essa concepção da soberania estatal foi incorporada ao direito internacional tendo-se por base a igualdade de todos os Estados que compõem a sociedade internacional, os quais devem atuar com base na cooperação.

Sobre a soberania, Varella (2010, p. 221) leciona que o governo do Estado deve ser autônomo, ou seja, não deve possuir dependência. A autonomia do governo está relacionada com a capacidade de tomar decisões, seja sobre temas internos, seja sobre assuntos internacionais.

Apesar de ser considerada perpétua e absoluta, para muitos doutrinadores a soberania se torna reduzida quando o Estado ratifica acordos internacionais, pois o ente estatal vai perdendo sua autodeterminação em parcelas, porém, por vontade própria. Assim, surge o entendimento de que a soberania é plena, mas pode ser limitada por vontade própria do Estado. A aceitação de tratados internacionais representa uma forma de limitação da soberania decorrente da vontade do Estado.

Os Estados são livres para se vincularem aos tratados internacionais que tenham interesse. Entretanto, uma vez que aceitam os compromissos contidos em tratados, tornam-se responsáveis, juridicamente, pelo cumprimento desses acordos. De acordo com Rezek (2008, p. 18), o tratado entre países produz norma jurídica, desencadeando efeitos, gerando obrigações e prerrogativas.

Neste sentido, observa-se que de acordo com o artigo 26, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969: “todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé”. A referida Convenção também estabelece que os Estados não



podem invocar disposições do seu direito interno como justificativa para o não cumprimento de tratados internacionais.

A soberania ligada ao conceito de poder, por muito tempo foi associada à imagem de Deus, aquele que possuía o domínio de tudo e de todos por ser o criador, tendo em vista que por um período predominou a teoria da origem divina do poder político. Contudo o conceito de soberania sofreu diversas modificações ao longo do tempo (SARLET e MARINONI, 2012, p. 92).

Mesmo os juristas mais tradicionais admitem que, atualmente, a soberania não é mais concebida com um poder totalmente absoluto e incondicional. Entende-se que a soberania é um conjunto de competências exercidas no interesse geral da população nacional, mas também, ainda que em menor medida, de acordo com interesses da comunidade internacional como um todo (VARELLA, 2010, p. 239-240). O conceito da soberania se alterou principalmente com a internacionalização dos direitos humanos, que impactou profundamente a forma de atuação do Estado.

### 3 O Estado e os direitos humanos

Os tratados de direitos humanos celebrados pelos Estados são exemplos de limitação da soberania por consentimento dos Estados. O tratado é um acordo celebrado entre sujeitos internacionais, sendo destinado a produzir efeitos jurídicos (REZEK, 2008, p. 14). É através da ratificação, que é um ato jurídico internacional, que o Estado expressa a sua vontade de se vincular ao tratado, responsabilizando-se nos termos do acordo perante a comunidade internacional (HUZEK, 2008, p. 78). É com a ratificação que ocorre aceitação do tratado pelo Estado.

Para muitos doutrinadores do direito internacional, as normas internacionais (instrumentalizadas nos tratados) somente são vinculantes e obrigatórias para o Estado se houve a sua prévia aceitação (ACCIOLY, 2012, p. 136-137). Trata-se do reconhecimento do poder soberano do Estado de, somente através da sua vontade, vincular-se a compromissos externos.

Apesar da lógica da obrigação estatal em razão da aceitação dos tratados internacionais, considera-se que mesmo que o Estado não tenha assumido compromissos internacionais referentes à proteção dos direitos humanos, o mesmo tem obrigação jurídica de respeitar os direitos do indivíduo. Assim, mesmo não tendo ocorrido ratificação pelo Estado de tratados de direitos humanos, as regras de proteção da pessoa humana são de cumprimento obrigatório, pois fazem parte do *jus cogens*.

Os direitos humanos são os direitos e liberdades básicas de todos os seres humanos, sendo que seu conceito está ligado também à ideia de liberdade de pensamento, de expressão e à igualdade perante a lei.

Por ocasião da Segunda Guerra Mundial, os países voltaram-se à criação de uma organização que mantivesse a paz entre todos e, acima de tudo, promovesse os direitos humanos. É neste momento que surge a ONU (Organização das Nações Unidas), com base no princípio da igualdade e levando em consideração a existência da soberania dos Estados, tendo como principais objetivos a segurança internacional e a paz (ACCIOLY, 2012, p. 495).

A Organização das Nações Unidas elaborou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que é reconhecida mundialmente. Tal declaração afirma que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos, dotados de razão e de consciência e devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos tem uma importância mundial, apesar de não obrigar juridicamente os Estados, por não se tratar de um acordo formal, mas sim de uma declaração. Para a Assembleia Geral da ONU, a Declaração Universal dos Direitos Humanos têm como ideal ser reconhecida por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que todos tenham sempre em mente o respeito os direitos e as liberdades que são protegidos no referido documento.

Posteriormente, vários outros documentos foram formalizados no âmbito de atuação da ONU direcionados ao respeito dos direitos humanos, contudo, desta vez tais documentos tomaram a forma de tratados internacionais, que vinculam juridicamente os Estados. São exemplos destes tratados o Pacto de Direitos Civis e Políticos e o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos celebrados em 1966 (MAZZUOLI, 2008, p. 794).

A partir da aceitação de tais documentos jurídicos, por meio da ratificação dos tratados, os Estados adquirem obrigações na ordem jurídica internacional (que refletem

também na ordem jurídica interna) no sentido de respeito e promoção dos direitos humanos, que são objetos desses acordos. A internacionalização dos direitos humanos decorre desses tratados internacionais que estabelecem obrigações estatais, de forma a limitar a atuação dos países.

O descumprimento dos tratados, inclusive dos que regulam direitos humanos, acarreta a responsabilidade internacional do Estado. Accioly (2012, p. 387) destaca que o Estado é responsável por todo ato ou omissão do qual resulte violação de uma norma internacional ou de suas obrigações internacionais.

Mazzuoli (2008, p. 504) nota que o princípio fundamental da responsabilidade internacional traduz-se em uma ideia de justiça de acordo com a qual os Estados estão vinculados ao cumprimento das obrigações internacionais que assumiram. Em razão disso, o Estado é, internacionalmente, responsável pela ação ou omissão que resulte em violação de norma jurídica internacional por ele anteriormente aceita (MAZZUOLI, 2008, p. 504).

Configurando-se a responsabilidade, surge o dever de reparar o dano que, na ordem jurídica internacional, pode revestir-se de diversas formas como indenização (pagamento compensatório do dano) e a garantia da não repetição do fato (HUSEK, 2008, p. 112). A responsabilidade internacional pode ser por comissão ou omissão. É por comissão quando o ato ilícito resulta de uma ação. É omissiva quando resulta de uma omissão, ou seja, quando o Estado deixa de praticar o ato que é obrigatório pelo direito internacional (MELLO, 2004, p. 526).

Não se pode olvidar que na visão do direito positivo, o Estado só está obrigado a cumprir as normas internacionais que aceita, através da ratificação do tratado internacional que contem tais normas. Contudo, na visão jusnaturalista, as populações de todos os Estados possuem os direitos previstos em tratados de direitos humanos, independentemente da ratificação de tais tratados pelos países, pois para os direitos humanos são inerentes a todo ser humano.

Esta concepção converge para a noção de *jus cogens*, que implica existirem normas obrigatórias na ordem jurídica internacional, independentemente da expressão da vontade e da aceitação de referidas normas pelo Estado. Isto é, a obrigatoriedade dessas normas independe da ratificação das mesmas pelo Estado (ACCIOLY, 2012, p. 137).

Dentre tais normas *jus cogens*, podem ser destacadas aquelas sobre a autodeterminação dos povos, proibição de agressão, normas de direito humanitário, proibição do genocídio, da escravidão e da discriminação racial, bem como normas sobre direitos humanos (MAZZUOLI, 2008, p. 135-136).

#### **4 A responsabilização do Estado por descumprimento dos tratados de direitos humanos**

Para precisar o conteúdo e os meios de efetivação dos direitos humanos, além dos acordos internacionais foram criados mecanismos de proteção em nível global, bem como em nível regional. Também foram criados tribunais internacionais, com jurisdições cada vez mais abrangentes, sendo que, em alguns casos, acionáveis por qualquer indivíduo (SOARES, 2004, p. 339).

Na esfera internacional, existem dois tipos de sistemas de proteção de direitos humanos: o sistema universal e os sistemas regionais. O sistema universal de proteção dos direitos humanos é tutelado pela ONU. Encontra-se vinculado à estrutura organizacional da ONU, o órgão denominado Comitê de Direitos Humanos. Cabe a esse órgão analisar relatórios periódicos enviados pelos Estados que ratificaram tratados de direitos do homem, a respeito das medidas legislativas, administrativas e judiciárias tomadas para a concretização desses direitos (PIOVESAN, 2011, p. 222-223).

Além do sistema universal de proteção dos Direitos Humanos, existem também os sistemas regionais de proteção, como o sistema europeu e sistema interamericano. Cada um desses sistemas foi criado por um grupo de Estados definido pela localização geográfica. Esses sistemas se desenvolveram em torno de organizações internacionais, possuindo cada qual seus instrumentos de proteção internacional de direitos humanos, órgãos e mecanismos de ação.

O Brasil faz parte do sistema interamericano de proteção de direitos humanos, cujos instrumentos de proteção incluem tratados como: A Carta da Organização dos Estados Americanos – OEA (1948); a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948); a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), conhecida com Pacto de San José da Costa Rica e o Protocolo adicional à Convenção Americana em Matéria de Direitos

Econômicos, Sociais e Culturais, chamado de Protocolo de San Salvador (1988) (MAZZUOLI, 2008, p. 807).

Com a adoção desses instrumentos, foram criados também órgãos de proteção: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. A Comissão tem como principal função promover a observância e a defesa dos direitos humanos, cabendo-lhe examinar as comunicações de indivíduos referentes a violações de direitos humanos por parte dos Estados. Assim, os indivíduos podem apresentar petição à Comissão, contendo denúncias de violação de direitos do homem, buscando responsabilizar o Estado (MAZZUOLI, 2008, p. 811-813).

Já a Corte Interamericana é o órgão jurisdicional do sistema interamericano capaz de condenar os Estados por violação de direitos humanos. Trata-se de um tribunal internacional que possui competência contenciosa própria para o julgamento de casos concretos, quando se alega que algum Estado violou direitos humanos protegidos no complexo jurídico do sistema interamericano. A Corte, no exercício de suas competências, profere sentenças que são obrigatórias para os Estados que reconhecem sua jurisdição. Se a Corte declarar a violação de direitos humanos, exige a imediata reparação do dano e impõe, se for o caso, o pagamento de indenização pelo Estado à parte lesada (MAZZUOLI, 2008, p. 816).

Em razão ao efeito obrigatório dos tratados e da consequente limitação da soberania do Estado, a atuação estatal está condicionada à observância e a promoção dos direitos que são objetos do acordo internacional. Em situações em o Estado procede de forma a contrariar ou negar o conteúdo dos tratados internacionais surge a possibilidade de sua responsabilização perante órgãos internacionais dedicados à proteção dos direitos humanos.

### **5 A guerra e o Direito Humanitário**

As relações entre os Estados na órbita internacional envolvem agendas políticas, econômicas e também pode englobar litígios e conflitos internacionais. No início do século XX, as guerras eram formas legítimas para se resolver desentendimentos entre os Estados. Porém, a partir de 1907, com as Convenções de Haia, a legitimidade da guerra como solução dos conflitos havidos entre países começou a deixar de aceitação. Posteriormente, com a criação da Organização das Nações Unidas, em 1945, a guerra como solução de conflitos internacionais passou a ser ilícita.

Os Estados devem resolver suas controvérsias por meio de soluções pacíficas, sem recorrer ao uso da força (fazer guerra). O art. 1º da Carta da ONU prevê a solução pacífica de controvérsias entre os seus propósitos, determinando no artigo 33.1 que:

As partes em uma controvérsia que possa vir a constituir ameaça a paz e à segurança internacionais, procurarão antes de tudo chegar a uma solução por negociação, inquérito, mediação, conciliação, arbitragem, solução judicial, recurso a entidades ou acordos regionais ou a qualquer outro meio pacífico à sua escolha.

Além dos meios de solução de controvérsias antes mencionados, os países também podem contar com a solução judicial dos seus litígios, o que ocorre com a atuação de tribunais internacionais. O principal tribunal internacional é a Corte Internacional de Justiça (CIJ) da ONU, que fica em Haia e possui jurisdição internacional.

Contudo, embora existam meios pacíficos de solucionar controvérsias entre os Estados (meios diplomáticos, judiciais e políticos) para que a guerra seja evitada, os conflitos armados continuam ocorrendo. A guerra não é permitida pela ordem jurídica internacional, só podendo ser feita, excepcionalmente, com autorização do Conselho de Segurança da ONU (Organização das Nações Unidas) ou se decorrer de legítima defesa.

Mesmo nesses casos excepcionais em que a guerra pode ocorrer, não se pode compreender o conflito internacional como um ato desprovido da incidência de regras jurídicas. Existe um aparato normativo internacional direcionado a reger a guerra (regulando meios de ataque e de defesa, tratamento dos prisioneiros de guerra, armas proibidas, etc.) no sentido de preservar a dignidade da pessoa humana.

Quando se percebeu, de uma maneira mais analítica, as grandes devastações que uma batalha poderia produzir, começou-se a refletir sobre a preservação e normatização de certos direitos e, com o passar do tempo, surge uma nova visão que reconhece e impõe o respeito da dignidade do ser humano. Assim, surgiram regulamentações da guerra por meio de tratados que regem os conflitos armados.

Após um processo evolutivo, entendeu-se que o fator determinante para deflagração de uma guerra é que esta seja justa. Mas como o conceito de justiça é bastante subjetivo, entende-se que somente poderá um Estado voltar-se a outro em armas por motivação justificada de busca pela paz, resguardo de sua soberania ou defesa de seus fatores constitutivos, povo e território, não podendo de forma nenhuma ser propulsor de um combate à imposição de crença religiosa, o desejo de dominação e a busca de poder ou a vingança.

Em atenção à noção de dignidade humana, as normas internacionais consideram que, pela proporção acentuada de destruição e dano, a guerra somente poderá se concretizar se houver probabilidade de atingir aquilo que destina. Além disso, os meios de guerra foram limitados, não sendo deixados totalmente à escolha das partes. Normas internacionais também impuseram a observância de determinados aspectos como o resguardo da população, dos bens civis e dos seus meios de subsistência, sendo, por exemplo, proibido usar da fome dos civis como método de guerra (REZEK, 2008, p. 371). Estes princípios e normas são parte do denominado Direito da Guerra ou Direito Humanitário.

O Direito Humanitário é formado por normas que regulam a ação das partes no conflito armado, envolvendo a escolha dos meios de guerra, o respeito aos prisioneiros de guerra, a proteção da população civil, a proteção de enfermos e feridos, etc. (HUSEK, 2008, p. 276). Essas normas devem ser seguidas tanto em conflitos envolvendo entre Estados soberanos, como em conflitos internos, os quais se desencadeiam no interior do país e não envolvem outro Estado.

Silva (2002, p. 406) expõe de forma sintetizada o que é o Direito da Guerra:

O Direito da guerra é um conjunto de normas internacionais, que se originam em convenções ou em costumes, destinados a serem aplicados em conflitos armados internacionais ou internos, que limitam por razões humanitárias, o direito das partes em conflito de escolher livremente os métodos e os meios utilizados no combate e que protegem as pessoas e os bens afetados.

No direito internacional, foram celebrados vários tratados internacionais que regulam o direito da guerra, destacando-se as quatro convenções de Genebra de 1949 que versam sobre: a proteção dos feridos e enfermos de guerra terrestre; a dos feridos enfermos e náufragos na guerra naval; o tratamento dos prisioneiros de guerra e a proteção dos civis em tempo de guerra (REZEK, 2008, p. 375).

## 6 A responsabilização pelo descumprimento do Direito Humanitário

Ainda em consequência das aspirações e objetivos da ONU, emergiu a necessidade da criação de um órgão responsável pelo julgamento daqueles que ultrapassassem os limites em combate armado, desrespeitando a dignidade da pessoa humana e o próprio Direito Humanitário.

Na verdade, antes mesmo na criação da ONU, já por ocasião da Primeira Guerra Mundial, havia preocupação em se punir o crime graves como o genocídio por intermédio da criação de um Tribunal Penal que fosse internacional, o que não foi bem sucedido na época.

Mas, somente em 1998 é que foi criado o Tribunal Penal Internacional (TPI), por meio de um acordo ratificado por vários países, tendo como objetivo punir, sobretudo, crimes graves contra a humanidade e crimes de guerra. O tratado que criou o TPI é o Estatuto de Roma (MAZZUOLI, 2008, p. 833). Esse sistema penal mundial estabelecido pelo TPI pretende exercer o caráter preventivo e também repressivo no que diz respeito à proteção do ser humano em situações de conflitos.

O Estatuto de Roma prevê os crimes sobre os quais o Tribunal Penal Internacional possui competência, podendo processar e julgar pessoas acusadas de praticá-los. Os crimes de competência do Tribunal Penal Internacional são os seguintes: crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra, e o crimes de agressão (MAZZUOLI, 2008, p. 839).

De acordo com o Estatuto de Roma, entende-se por genocídio qualquer dos seguintes atos cometidos com a intenção de destruir um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, tais como: homicídio de membros do grupo, ofensas grave à integridade física ou mental de membros do grupo; medidas para impedir o nascimento no seio do grupo, transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo (MAZZUOLI, 2008, p.840).

Já os crimes contra a humanidade podem incluir vários delitos como assassinato, extermínio, escravidão, deportação, transferência forçada de população, tortura, estupro, esterilização forçadas, etc. (HUSEK, 2008, p. 278).



Os crimes de guerra são as violações graves das Convenções de Genebra de 1949, a exemplo dos seguintes atos: tortura e outros tratamentos cruéis, incluindo experiências biológicas; atacar intencionalmente população civil; matar ou ferir combatente que tenha se rendido; deportação; utilizar veneno ou armas envenenadas; usar gases asfixiantes ou tóxicos; escravidão sexual, provocar inanição da população civil como método de guerra, privando-a de bens indispensáveis à sobrevivência, etc. (MAZZUOLI, 2008, p. 842-843).

O crime de agressão envolve a legalidade ou a ilegalidade da guerra como meio de solução de controvérsias entre Estados. Sendo a guerra declarada um ilícito internacional, o Estatuto não esclarece a definição de “agressão”, pois não houve um consenso a respeito da sua tipificação. Assim o TPI somente poderá exercer a jurisdição sobre os crimes de agressão depois que seja aprovada uma disposição que defina tal crime (MAZZUOLI, 2008, p. 844).

Os Estados que são parte do TPI possuem a obrigação de cooperar com o tribunal no procedimento contra crimes de competência do mesmo. O TPI pode fazer pedidos de cooperação aos diversos Estados pela via diplomática ou outra via apropriada (MAZZUOLI, 2008, p. 837). A cooperação demandada dos Estados envolve atos como a entrega de indivíduos (nacionais do Estado ou estrangeiros que estejam em seu território) acusados de praticar crimes de competência TPI, para que sejam julgados por esse tribunal.

A competência do TPI é para julgar indivíduos e não Estados. A responsabilidade pela violação do Direito Internacional e pela incidência nos crimes de competência do TPI recai sobre a pessoa (responsabilidade penal internacional do indivíduo). Nesses termos, mesmo o Chefe de Estado ou de Governo pode ser responsabilizado perante o TPI, apesar de possuir imunidade de jurisdição perante o Direito Internacional. As pessoas que ocupam esses cargos não poderão, assim, eximir-se de sua responsabilidade buscando guarida em imunidades.

O Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional, é mais um instrumento que impõe obrigações ao Estado na ordem jurídica internacional em relação aos direitos humanos. Além de criar obrigações aos Estados em relação à entrega de indivíduos que pratiquem crimes tipificados do Estatuto referido, o TPI também serve de sustentáculo para o cumprimento do Direito Humanitário, por meio da possibilidade de responsabilização internacional dos acusados de violar as normas do Direito da Guerra.

### Considerações Finais

A soberania é um elemento essencial ao Estado. Dela decorre a noção de que os Estados são autônomos, independentes e que, portanto, não se submetem a nenhum poder acima de si, seja de pessoa ou órgão internacional. O Estado soberano é plenamente livre para agir na órbita internacional de acordo com os seus interesses.

Contudo, após a sua vinculação a tratados internacionais, surge para o Estado a obrigação jurídica de respeitar os compromissos consubstanciados nos acordos internacionais. É o que ocorre em relação aos tratados de direitos humanos, que criam obrigações jurídicas para os Estados que os ratificam, estando esses países sujeitos ao cumprimento dos objetivos do tratado.

Nesse sentido, uma série de tratados internacionais foi celebrada com a intenção de proteger direitos humanos, inclusive em tempo de guerra, de forma a limitar a soberania dos Estados. É certo que essa limitação depende da vontade de próprio Estado, entretanto, uma vez ratificados (ou aceitos através da adesão), os compromissos que decorrem desses tratados se impõem ao Estado. Em relação a esses tratados aceitos, a noção de soberania estatal não pode ser compreendida como plena, pois o país está sujeito ao cumprimento das regras internacionais neles contidas.

O descumprimento das normas contidas nos tratados representa um ilícito internacional que pode ser apurado por meio do instituto da responsabilidade internacional do Estado, sendo que essa responsabilidade pode ser alegada perante tribunais internacionais, como a Corte Internacional de Justiça da ONU e os tribunais internacionais de Direitos Humanos mencionados neste trabalho.

Mesmo em situação de guerra, a ação dos Estados não é totalmente livre, eis que o Direito Humanitário regula diversos aspectos do conflito internacionais, como por exemplo, os meios e métodos de guerra, os quais balizam a atuação dos países. Em caso de violação das normas de Direito Humanitário, também existe a possibilidade de responsabilização pessoal dos acusados, que agem em nome do Estado.



Nessa senda, evidenciam-se as limitações na soberania dos Estados em razão da vinculação aos tratados internacionais, sobretudo aos tratados de direitos humanos e aos que se referem ao Direito Humanitário. Trata-se do enfraquecimento da soberania estatal.

Por fim, cabe lembrar que a soberania do Estado não impede a defesa dos direitos humanos mesmo em casos de Estados que não se vinculam juridicamente aos tratados internacionais pertinentes ao tema. Apesar de o Estado ser o poder maior em seu território, se houver um grave desrespeito aos direitos humanos haverá violação de normas *jus cogens*, as quais não dependem da aceitação ou ratificação do país.

O conceito de soberania precisa ser remodelado, de forma a se adaptar às exigências atuais do direito interno e do direito internacional, sobretudo no que diz respeito à proteção dos direitos humanos. O processo de internacionalização dos direitos humanos é, sem dúvida, um grande vetor dessa transformação no conceito de soberania estatal, pois a medida que os países contraem obrigações internacionais atinentes aos direitos do homem, restringem suas competências no campo dessa temática. A atuação dos Estados passa a estar condicionada ao cumprimento dos direitos previstos nos tratados, enfraquecendo-se, desta forma, a soberania.

A internacionalização dos direitos humanos, por meio da proteção dos direitos do homem nos tratados internacionais, promove e eleva o ser humano a sujeito do direito internacional, tornando-o capaz de exercer direitos na ordem jurídica internacional (e também de ser responsabilizado internacionalmente). Isso produz reflexos importantes na noção de soberania do Estado, que outrora fora o único sujeito do direito internacional público.

#### Referências

- ACCIOLY, Hildebrando; G. E. do Nascimento e Silva; CASSELA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de Direito Internacional Público**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2008.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- SILVA, Roberto Luiz. **Direito Internacional Público**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- SOARES, Guido Fernando Silva. **Curso de Direito Internacional Público**. 2. ed. v. 1. São Paulo: Atlas, 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- VARELLA, Marcelo Dias. **Direito Internacional Público**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

## 1.2.20 A Lei 9.614/98 (lei do abate de aeronaves) e os direitos fundamentais

TOLFO, Andreia Cadore<sup>1</sup>  
CONRADO, Luiza Damin<sup>2</sup>

### Resumo

Todo país possui um território, sobre o qual exerce domínio buscando defender a soberania que lhe cabe. O domínio do Estado pode ser terrestre, marítimo e aéreo. No Brasil, em relação ao espaço aéreo, foi elaborada a Lei 9.614 de 1998, conhecida como Lei do Abate. Este trabalho trata da Lei 9.614/98, a qual visa proteger o espaço aéreo brasileiro de aeronaves consideradas hostis à segurança nacional e possibilita a derrubada de aeronaves em determinadas situações. O objetivo deste trabalho é analisar se a aplicação da Lei do Abate pode configurar ofensa aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988. Ao aplicar a lei do Abate, o Estado está defendendo a sua soberania, mas, ao mesmo tempo, deve respeito aos direitos fundamentais previstos na sua Carta Magna. O método utilizado é o dedutivo. O trabalho destaca que a Lei do Abate pode ser incompatível com alguns direitos fundamentais instituídos pela Constituição, sobretudo por trazer em seu texto a possibilidade da implementação da pena de morte no Estado brasileiro, quando dá a orientação de destruir uma aeronave em pleno vôo, na situação em que ocorre a não resposta desta aos meios de identificação, podendo ser considerada hostil à segurança nacional.

**Palavras-chave:** Lei do Abate. Soberania. Direitos Fundamentais.

### 1 Introdução

Todo país possui um território, sobre o qual exerce domínio. O Estado é constituído por uma base territorial, uma comunidade de indivíduos e por uma forma de governo soberana (REZEK, 2000, p. 153). O Estado exerce domínio terrestre, marítimo e aéreo sobre seu território, em busca de defender esta soberania que lhe cabe, visto que este a exerce de forma completa e exclusiva.

No Brasil, em relação ao espaço aéreo, tendo em vista a necessidade de defesa desta parte do território, foi elaborada a Lei 9.614 de 1998. Esse trabalho trata da Lei 9.614/98, conhecida como Lei do Abate, a qual visa a proteger o espaço aéreo do Estado de aeronaves consideradas hostis à segurança nacional e possibilita a derrubada de aeronaves em determinadas situações.

O estudo torna-se importante, sobretudo, pelo modo como é prevista a aplicação da referida lei, pois que, exercendo sua soberania em defesa do seu espaço aéreo, a atuação do Estado brasileiro pode configurar ofensa aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

Os direitos fundamentais que podem ser confrontados são: o direito à vida, que é um pressuposto para a existência dos demais direitos; o direito ao devido processo legal e a presunção de inocência, que objetivam, respectivamente, garantir o contraditório e a ampla defesa ao indivíduo. Além disso, podem ser violados os direitos de não condenação anterior ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória e pode estar sendo implementada a pena de morte no Brasil em tempos de paz, a qual é expressamente proibida. Por outro lado, deve considerar o direito do Estado soberano de defender seu território.

O objetivo desse trabalho é analisar se a aplicação da Lei do Abate, que visa à defesa do espaço aéreo brasileiro, pode configurar ofensa aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988. O método utilizado no trabalho é o dedutivo. Esse trabalho se enquadra na linha de pesquisa "Constitucionalismo, Concretização de Direitos e Cidadania" na medida em que aborda a efetivação de direitos fundamentais previstos na Constituição brasileira.

### 2 Domínio do Estado

Conforme ensinamento de Rezek (2000, p. 153), o Estado é constituído por três elementos: uma base territorial, o território; uma comunidade de indivíduos nacionais e

<sup>1</sup> Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professora do curso de Direito da URCAMP. E-mail: andcadore@gmail.com

<sup>2</sup> Aluna do Curso de Direito da Universidade da Região da Campanha (URCAMP). E-mail: luzinhaxp@gmail.com

estrangeiros que habitam o território, a população e uma forma de governo que não se subordina a qualquer outra autoridade, a soberania.

O elemento território corresponde à porção da superfície terrestre onde o Estado exerce seu domínio, sua soberania. No que diz respeito à população, o termo engloba não somente a nação (que compreende os nacionais do país), mas também indivíduos estrangeiros que moram no país. O elemento soberania tem o significado de que, dentro do seu território o Estado impõe regras segundo a sua vontade (MAZZUOLI, 2009, p. 439).

A soberania é uma característica essencial do Estado e se apresenta de forma suprema, em que o país não reconhece nenhum outro poder dentro de seu território e, de forma independente, pois não se sujeita a nenhum outro acima de si, não devendo submissão a qualquer órgão ou poder internacional (SILVA, 2008, p. 104).

Em relação ao elemento do Estado denominado território, que corresponde à proporção de seu domínio terrestre, salienta-se que esse espaço engloba o solo e o subsolo, onde o país exerce autonomia plena, devendo, os outros Estados, respeito aos seus limites territoriais (VARELLA, 2010, p. 201).

O direito exercido pelo Estado sobre o seu território é exclusivo, ou seja, nenhum outro Estado pode ter atuação sobre o território, a não ser que haja o consentimento do primeiro (SILVA e ACCIOLY, 2000, p. 109).

O segundo domínio do Estado é denominado domínio marítimo, o qual se estende ao mar territorial, a zona contígua, a zona econômica exclusiva e a plataforma continental. Este domínio é exercido conforme a finalidade do interesse do Estado. O direito de passagem inocente é concedido obrigatoriamente pelo Estado somente aos navios que trafegam de forma contínua e rápida (VARELLA, 2010, p. 207-213).

O direito de passagem inocente corresponde a um direito costumeiro que foi positivado pela Convenção de Montego Bay, de 1982. O seu conceito é restrito e em favor do Estado que permite a passagem, esta “que não é prejudicial à paz, ao bem ou à segurança do Estado costeiro” (VARELLA, 2010, p. 213-214), não existindo direito de passagem inocente nas águas internas do Estado e no espaço aéreo brasileiro.

O terceiro domínio do Estado é chamado de domínio aéreo, sendo constituído pelo espaço aéreo e pelo espaço aéreo extra-atmosférico. Entende-se como espaço aéreo todo o território nacional, incluindo o mar territorial. O Estado detém absoluta soberania em relação aos direitos em seu espaço aéreo, não existindo qualquer norma que garanta o direito de passagem inocente, devendo autorizar a aviação de outros países em seu território, que se dá mediante celebração de tratados ou permissão avulsa (MAZZUOLI, 2009, p.726).

As aeronaves devem possuir uma nacionalidade apenas, que é determinada por sua matrícula ou registro e, sinais de identificação, que podem ser o prefixo do Estado ou as cores nacionais, em lugar visível, a marca da matrícula, a certidão e demais papéis de bordo. O princípio que rege atualmente “exige a nacionalidade do proprietário da aeronave para efeito do registro, isto é, somente pode ter aquela qualidade quem for nacional do Estado onde se fez o registro” (MAZZUOLI, 2009, p. 728).

A condição jurídica das aeronaves no Brasil, segundo Mazzuoli (2009, p. 729), resume-se da seguinte forma:

- a) *aeronaves públicas brasileiras* (ou a serviço oficial do Brasil): aplica-se-lhes a lei brasileira, onde quer que se encontrem (...)
- b) *aeronaves privadas brasileiras* (ou estatais que se destinam à atividade privada): aplica-se a lei brasileira se estiverem em território nacional ou em sobrevôo em alto mar (...)
- c) *aeronaves públicas estrangeiras* (ou a serviço oficial do governo estrangeiro): estão amparadas pela lei do seu país de origem, não se lhes aplicando a brasileira (...)
- d) *aeronaves privadas estrangeiras*: aplica-se-lhes a lei brasileira quando em território nacional (em solo, nos aeroportos, ou em sobrevôo pelo território brasileiro), e a lei estrangeira quando em vôo ou em solo de país estrangeiro, salvo se este país não julgar o crime (CP, art. 7º, inc. II, alínea c), quando então a lei brasileira será aplicada.

O espaço extra-atmosférico é também conhecido como cósmico ou sideral e constitui um prolongamento do espaço aéreo, sendo um patrimônio comum da humanidade, e, conforme Varella (2010, p. 215) “corresponde às regiões que não estão sob o domínio de Estado algum e cuja preservação é de interesse de toda a humanidade”.

Cada Estado tem completa e exclusiva soberania sobre o espaço aéreo acima de seu território. Porém o direito de defesa e conservação não é um direito absoluto, sendo limitado pelo direito dos indivíduos à existência e conservação dos demais membros da comunidade internacional (SILVA e ACCIOLY, 2000, p. 108).

### 3 Normas internacionais sobre o domínio aéreo

A Convenção de Paris, de 1919, foi o primeiro instrumento internacional a regular normas relativas ao espaço aéreo, onde afirma que o Estado exerce soberania plena e exclusiva sobre o domínio aéreo atinente a ele, instituindo o direito de passagem inocente da aeronaves de outros Estados. Precedendo esta, a Convenção da Aviação Civil Internacional, conhecida como Convenção de Chicago, de 1944, reforçava a tese da soberania absoluta do Estado sobre o seu espaço aéreo, porém, o direito de passagem ficaria pendente de autorização prévia do Estado soberano na região sobrevoada (MAZZUOLI, 2009, p. 725-726).

Após eventos trágicos, que envolviam desde sequestros até tomadas de aeronaves civis, onde houve uma mobilização em nível internacional acerca da proteção do espaço aéreo, o que deu origem a diversos tratados relativos ao assunto (REZEK, 2000, p. 321).

Dois tratados merecem destaque pela matéria: o primeiro, uma Convenção de 1963, que foi celebrada em Tóquio, disciplina as infrações que são praticadas a bordo de aeronaves e, segundo, o Protocolo de Montreal, firmado em 1984, que visava à proteção do tráfego aéreo dos abusos do Estado na preservação da segurança nacional, onde ficou estipulado que, qualquer Estado poderia interceptar e obrigar as aeronaves, no caso de civis ou comerciais, que adentrassem seu espaço aéreo, a pousarem forçadamente, porém, jamais poderiam abatê-las (MAZZUOLI, 2009, p. 729-730).

O Protocolo de Montreal sobreveio de uma "comoção generalizada", quando um avião foi abatido pela aviação militar soviética em 1983, quando sobrevoava o território destes (SILVA, 2002, p. 172-173), sendo que o avião abatido era um comercial coreano, e tinha 269 pessoas a bordo.

Contudo, atualmente, no direito internacional, não se reconhece o direito de passagem inocente no espaço aéreo dos países, sendo necessária a autorização (por meio de tratados ou autorização avulsa) para qualquer sobrevoo nesse domínio do Estado, que é absoluto (REZEK, 2000, p. 317). Ou seja, o Estado não está obrigado a suportar a passagem de aeronaves (mesmo que rápida e contínua) em seu domínio aéreo, como ocorre nas águas territoriais. É somente no domínio marítimo que se reconhece o direito de passagem inocente, que compreende a obrigação do país costeiro de aceitar a passagem rápida e contínua de embarcações estrangeiras, sem a sua autorização.

### 4 A Lei do Abate e a proteção do espaço aéreo brasileiro

A Lei 9.614/98, que alterou o Código Brasileiro de Aeronáutica- CBA é uma lei ordinária, que foi regulamentada somente em 2004, através do Decreto nº 5.144. Com nomenclatura de Lei do Tiro de Destruição, conhecida popularmente como Lei do Abate Aéreo, a norma foi criada com o intuito principal de proteger o Estado de aeronaves consideradas hostis à segurança nacional e possivelmente transportadoras de drogas e entorpecentes (GONÇALVES, 2012).

A Lei do Abate modificou o art. 303 do CBA (Lei 7.565/86), onde introduziu ao mesmo o parágrafo segundo, que contém a seguinte redação:

Art. 303

[...]

§ 2º Esgotados os meios coercitivos legalmente previstos, a aeronave será classificada como hostil, ficando sujeita a medida de destruição, nos casos dos incisos do caput desse artigo e após autorização do Presidente da República ou autoridade por ele delegada.

Dessa forma, mesmo estando exercendo sua soberania e domínio sobre o espaço aéreo, não poderia o Estado atentar contra a vida de indivíduos sem a certeza de que se trata de uma aeronave hostil, e, caso utilizasse a lei do abate em seu grau extremo, e incorresse em erro, nada poderia fazer a respeito dos direitos do até então suspeito, privados à este, pois, sem o seu justo julgamento, não tem a certeza de se tratar ou não de uma aeronave com intuito de hostilidade (GONÇALVES, 2012).

A defesa da soberania do Estado cabe às Forças Armadas, especificamente ao Exército, à Marinha e à Aeronáutica. A proteção do espaço aéreo brasileiro é realizada pela

Força Aérea Brasileira- FAB, que tem como missão “manter a soberania no espaço aéreo nacional com vistas à defesa da pátria”, impedindo que o espaço aéreo brasileiro e exterior seja usado para a prática de atos hostis ou que influenciem a contrariedade dos interesses nacionais.

Com relação ao que cerne à defesa do Estado, a Constituição Federal estabelece, no art. 142, o que segue:

Art. 142 As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

É certo que cada país pode proteger e defender seu espaço aéreo, como expressão da sua soberania, mas é preciso verificar os reflexos dos direitos humanos na seara da defesa do território do Estado.

## 5 A Constituição Federal e os direitos fundamentais

Os direitos humanos e os direitos fundamentais são diferenciados de forma simples e clara, visto que os primeiros são os que estão positivados no plano internacional, por meio dos tratados internacionais; já os direitos fundamentais dizem respeito aos direitos humanos positivados na Constituição Federal de 1988. O conteúdo é praticamente o mesmo, a diferença se dá ao plano que consagra cada um deles.

Para Ramos (2012, p. 30), os direitos humanos correspondem a um “conjunto mínimo de direitos necessários para assegurar uma vida do ser humano baseada na liberdade, igualdade e na dignidade”. Tais direitos asseguram ao indivíduo uma vida digna, onde se tenham adequadas condições de existência.

A Constituição Federal de 1988 prioriza os direitos fundamentais, diferenciando-se das Constituições passadas, onde as normas relativas à estrutura do Estado e aos seus Poderes eram as mais importantes. Consagrou então as liberdades públicas em seus primeiros dispositivos, rompendo a praxe de deixar a enunciação dos direitos fundamentais para momento posterior (BULOS, 2011, p. 532). Os direitos fundamentais estão previstos na Constituição brasileira, sobretudo no artigo 5º, mas podem ser encontrados em diversos dispositivos constitucionais.

O legislador constituinte classificou os direitos e garantias fundamentais em cinco espécies do gênero, sendo eles: direitos individuais e coletivos, ligados ao conceito de pessoa humana, como por exemplo, a vida, a dignidade, a honra e a liberdade; direitos sociais, caracterizados pelas liberdades positivas e com a finalidade de melhorar as condições de vida aos hipossuficientes e visando a concretizar a igualdade social; direitos de nacionalidade, vínculo que liga o indivíduo a determinado Estado, exigindo proteção e sujeitando-se a cumprir deveres impostos; direitos políticos, que são formas de atuação da soberania popular e; direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos, que assegura aos indivíduos a liberdade de atuação para concretizar o sistema representativo (MORAES, 2011, p. 23-24).

Ferreira Filho (2011, p. 91) nota que uma das formas de proteção dos direitos fundamentais está consubstanciada na exigência da constitucionalidade dos atos legislativos. Como os direitos fundamentais estão previstos na Constituição e considerando-se a lógica da hierarquia das leis, deve-se deduzir que as normas inferiores não podem contrariar tais direitos, sob pena de inconstitucionalidade. Assim sendo, as normas infraconstitucionais não podem contrariar os direitos fundamentais previstos na Constituição.

## 6 A aplicação da Lei do Abate e os direitos fundamentais

Com base na teoria dos direitos humanos e tendo em vista os direitos fundamentais previstos na Constituição brasileira, cabe verificar se a Lei do Abate se compatibiliza com os direitos do homem previstos no art. 5º, da CF/88, sobretudo no que diz respeito às penas proibidas no Brasil, ao devido processo legal e à presunção de inocência. Inicialmente é necessário analisar como se dá a aplicação da Lei do Abate.

### 6.1 A aplicação da Lei do Abate

Os procedimentos para a aplicação da Lei do Abate estão previstos no Decreto nº 5.144/04, que regulamenta a referida lei. Tais procedimentos devem ser seguidos em relação a



aeronaves hostis ou suspeitas de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins, pois estas podem apresentar ameaça à segurança pública.

De acordo com o artigo 2º, do Decreto 5.144/04, são consideradas suspeitas de tráfico de drogas e entorpecentes as aeronaves que: adentrarem o território nacional sem plano de voo aprovado, oriundas de regiões que são reconhecidas como fontes de produção ou distribuição de drogas e as que omitirem informações necessárias à sua identificação aos órgãos de controle de tráfego aéreo ou, as que não cumprirem as determinações do mesmo órgão quando se encontrarem em rota utilizada para o tráfico de drogas ilícitas.

Se a aeronave se enquadrar nas situações acima descritas, ocorre a medida de averiguação, que visa a determinar ou confirmar a identidade de uma aeronave, assim como acompanhar o seu comportamento. Assim ocorre a aproximação da aeronave de interceptação afim de tentar comunicação via rádio ou sinais visuais com a aeronave interceptada (art. 3º, § 1º, Decreto 5.144/04).

O segundo procedimento é a medida de intervenção, que compreende a determinação à aeronave suspeita para que modifique sua rota, forçando seu pouso em local determinado para que possa ser submetida ao controle no solo (art. 3º, § 2º, Decreto 5.144/04).

Se a aeronave não pousar, aplica-se a medida de persuasão, que consiste no disparo de tiros de aviso (ou tiros de advertência), os quais não devem atingir a aeronave interceptada mas, ficar visível a esta, de maneira a forçar a obediência às ordens impostas (art. 3º, § 3º, Decreto 5.144/04).

Os procedimentos acima expostos são executados consecutivamente, e não atendendo a eles, a aeronave suspeita de tráfico de drogas ilícitas será classificada como hostil e estará sujeita à medida de destruição (art. 4º, Decreto 5.144/04).

A medida de destruição consiste no disparo de tiros a fim de provocar danos na aeronave, assim como impedir o prosseguimento do voo. Este é o último recurso a ser utilizado. As comunicações ou imagens de sua aplicação devem ser gravadas, a medida deve ser executada sobre áreas não povoadas e que sejam utilizadas para o tráfico de drogas, sendo necessária a autorização do Presidente da República ou da autoridade por ele delegada (art. 5º e 6º, Decreto 5.144/04). Desta forma, com a medida de destruição, indivíduos podem ser mortos em decorrência da aplicação do Lei do Abate, pelo Estado brasileiro.

## 6.2 O direito à vida e a pena de morte

De todos os direitos previstos no art. 5º da Constituição Federal/88, o direito à vida é o mais importante. Sendo o bem mais precioso da pessoa humana, o direito à vida é constitucionalmente amplo por se conectar diretamente com outros direitos. É um pressuposto para o exercício dos direitos fundamentais (FACHIN, 2012, p. 251).

O direito à vida tem extrema importância por ser pré-requisito para a existência dos demais direitos, assim, cumpre assegurar a todos os indivíduos o direito de continuar vivo simplesmente, continuar existindo até a interrupção da vida por causas naturais (TAVARES, 2010, p.569).

O mesmo princípio constitucional que assegura o direito à vida também veda a adoção da pena de morte. Para Bullos (2011, p. 536) a “pena de morte é a pena capital consistente em tirar a vida de criminoso pelo seu alto grau de periculosidade ou gravidade do delito praticado”.

A respeito disso, é importante considerar o art. 60, § 4º, inciso IV da CF/88, que não permite a implantação de pena de morte no Brasil, ao estabelece que:

Art. 60 A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:  
[...]  
§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:  
[...]  
IV- os direito e garantias individuais.

No Brasil, não há possibilidade legal de ser adotada a pena de morte por meio de uma emenda à Constituição, já que o direito à vida faz parte dos direitos elencados no rol de cláusulas pétreas, portanto não será objeto de deliberação a proposta de emenda constitucional no que tange a modificar os direito e garantias individuais (BULLOS, 2011, 537-538). Acerca disso, Lenza (2011, p.872) entende que nem mesmo “o poder constituinte originário poderia ampliar as hipóteses de pena de morte, tendo em vista o princípio da continuidade e proibição ao retrocesso”; isto é, os direitos fundamentais que já foram conquistados não podem retroceder.

Com a autorização e regulamentação da Lei do Abate, foi, de certo modo, instituída no Brasil a pena capital ou de morte que, no ordenamento jurídico brasileiro, é expressamente vedada em tempos de paz, sendo permitida em única exceção no caso de guerra declarada, artigos 5º, inciso XLVII, alínea “a” e 84, XIX, da CF/88.

O Código Penal Militar prevê, em seu art. 56, que a pena de morte seja executada por fuzilamento. A pena de morte também é prevista nos artigos 707 e 708 do Código de Processo Penal Militar, que dispõem que:

Art. 707 O militar que tiver de ser fuzilado sairá da prisão com uniforme comum e sem insígnias, e terá os olhos vendados, salvo se o recusar, no momento em que tiver de receber as descargas. As vozes de fogo serão substituídas por sinais.

§1º O civil ou assemelhado será executado nas mesmas condições, devendo deixar a prisão decentemente vestido.

§2º Será permitido ao condenado receber socorro espiritual.

§3º A pena de morte só será executada sete dias após a comunicação ao Presidente da República, salvo se imposta em zona de operações de guerra e o exigir o interesse da ordem e da disciplina. (destaca-se)

Art. 708 Da execução da pena de morte lavrar-se-á ata circunstanciada que, assinada pelo executor e duas testemunhas, será remetida ao comandante-chefe, para ser publicada em boletim.

Percebe-se, desta forma, que a prévia condenação à morte que a Lei do Abate contempla, não é sequer executada da maneira prevista na legislação. A Lei do Abate contém, portanto, condenação e execução inconstitucionais e ilegais.

### **6.3 O princípio do devido processo legal e a presunção de inocência**

Previsto no inciso LIV, art. 5º, da CF/88, o princípio do devido processo legal busca assegurar aos acusados as garantias do contraditório e da ampla defesa, tornando possível a oposição à acusação feita e garantindo que se possa trazer ao processo a sua versão dos fatos.

Conforme entendimento de Lenza (2011, p. 922):

Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Corolário a esse princípio, asseguram-se aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Já o princípio da presunção de inocência, também conhecido como princípio da não culpabilidade, esculpido no inciso LVII, art. 5º, da CF/88, assevera-se que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

São três as exigências que decorrem da previsão constitucional deste princípio, segundo Moraes (2011, p. 312), correspondendo a primeira ao ônus da prova dos fatos constitutivos da pretensão penal cabíveis, exclusivamente, à acusação, sem que se possa ser exigida tal produção por parte da defesa; a segunda exigência trata da necessidade de que a colheita de provas seja feita perante o órgão judicial competente e observado o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa e, a terceira exigência nada mais é do que a independência absoluta do magistrado, quando da valoração livre das provas.

Com isto, percebe-se uma ligação entre o princípio da presunção de inocência, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, visto que somente após a análise detalhada destes atos processuais, que deverão sempre ser realizados perante uma autoridade judicial competente para tal ato, serão obtidas todas as provas necessárias para uma decisão que afastaria de vez a presunção de inocência do acusado (MORAES, 2011, p. 312). Salienta-se que a Constituição Federal prevê que ninguém será considerado culpado antes de sentença condenatória transitada em julgado.

Constata-se assim que, a Lei do Abate representa violação ao princípio da presunção de inocência, pois pode impor uma pena ao indivíduo sem ter absoluta certeza de que não se trata de uma pessoa inocente. Além disso, a pena prevista na referida lei é a de morte, que é uma pena vedada pelo ordenamento brasileiro, salvo em caso de guerra declarada. Resta assim dizer que a vida é um bem irreparável, e, mesmo sendo deveras inocente, não havia possibilidade de reavê-la.

### Considerações Finais

Todo Estado é constituído por uma base territorial, uma população e uma forma de governo soberano. Esta soberania é característica essencial do Estado, prevista na Constituição Federal de 1988, e é exercida de forma exclusiva sobre os espaços de domínio estatal, que correspondem ao espaço terrestre, marítimo e aéreo.

No que diz respeito ao espaço aéreo brasileiro, a fiscalização, proteção e a defesa da soberania são realizadas pela Força Aérea Brasileira, que atua no sentido de proteger o espaço aéreo do país de possíveis invasões e ataques estrangeiros. Cabe o Estado, então, autorizar a entrada de aeronaves estrangeiras no espaço aéreo nacional, bem como de fiscalizar o sobrevoo das mesmas.

A Lei 9.614/98 modificou o Código Brasileiro de Aeronáutica, tendo sido criada com o intuito de proteger o Estado de aeronaves consideradas hostis à segurança nacional ou, possivelmente, transportadora de drogas ilícitas ou afins. Referida lei autoriza a derrubada da aeronave classificada como hostil, quando esta não responder aos meios de reconhecimento e comunicação.

Com a execução das medidas previstas na Lei do Abate se estará aplicando a pena de morte no Estado brasileiro, expressamente proibida em tempos de paz, pois quando autorizada a derrubada destas aeronaves, o piloto e os tripulantes, se houverem, incorrerão nesta pena, visto que é praticamente impossível que sobrevivam a destruição da aeronave.

Com base no respeito aos direitos fundamentais, considera-se que mesmo sendo soberano, e tendo direito de proteger e defender o seu território, o Estado não pode privar alguém da própria vida por uma simples consideração de que talvez a aeronave, até então suspeita, trará algum perigo à segurança nacional.

Percebe-se, ainda, que no momento da aplicação da Lei 9.614/98 também não são observados outros direitos fundamentais, como o direito à vida, ao devido processo legal e à presunção de inocência, o que revela que a referida lei está em desconformidade com o texto legal da Constituição Federal.

O princípio do devido processo legal e o da presunção de inocência devem ser observados pelo legislador, pois nenhum indivíduo deve ser considerado culpado sem que antes possa defender-se das acusações, ou sem o trânsito em julgado de uma sentença condenatória. Estes princípios são garantidos pelo texto da Constituição e são negados pela Lei do Abate.

A situação fica ainda mais grave quando a Lei do Abate traz a possibilidade de implementar a pena de morte, negando assim o direito à vida, bem maior do ser humano; lembrando que a pena de morte é proibida no Estado brasileiro, salvo no caso de guerra externa declarada. Com esta pena, caso ocorra um erro, a vida do indivíduo não poderá ser recuperada. Mesmo exercendo soberania e domínio sobre o seu espaço aéreo, não pode o Estado atentar contra a vida de indivíduos de forma a negar aos mesmos o direito de defesa, podendo, dessa maneira, cometer erros graves e irreparáveis.

Cumpre salientar que, uma vez editada qualquer lei, esta deve estar em harmonia com o texto constitucional e principalmente com os princípios constitucionais, não podendo contrariar o que foi determinado anteriormente pela lei maior. A Lei que não se harmoniza com a Constituição pode ser considerada inconstitucional, perdendo assim os seus efeitos jurídicos.

A aplicação da lei do abate na íntegra, com a derrubada de aeronaves, implica em negar diversos direitos e garantias fundamentais previstas na Constituição brasileira, configurando a aplicação do chamado Direito Penal do Inimigo.

O Direito Penal do Inimigo é uma teoria criada pelo doutrinador Gunter Jakobs, que pretende a prática de um direito penal que separaria os delinquentes dos criminosos de maneira que, os delinquentes continuariam a ter status de cidadãos e, mesmo que infringissem a lei teriam direito a um julgamento dentro do ordenamento jurídico, podendo voltar a ajustar-se à sociedade. Já aos criminosos, deveriam ser considerados inimigos do Estado, adversários que representariam o mal, cabendo a eles um tratamento rígido (PARENTONI, 2007).

Luiz Flávio Gomes (2010, p. 1) explica que para o direito penal do inimigo, os inimigos são criminosos econômicos, delinquentes organizados e quem pratica infrações penais perigosas. Eles não devem ser tratados como cidadãos, não podendo usufruir dos benefícios do conceito de pessoa, não sendo um sujeito processual e não podendo contar com direitos processuais. O sujeito é punido pelo que é e não pelo que fez.

De acordo com a teoria de Jakobs, o Estado pode proceder de dois modos contra os delinquentes: pode concebê-los como pessoas que delinquem ou como indivíduos que apresentam perigo para o próprio Estado. Haveria dois Direitos Penais: um é o do cidadão, que deve contar com todas as garantias penais e processuais; para ele vale na integralidade o devido processo legal; o outro é o Direito Penal do inimigo, que trata o delinquente como fonte de perigo, podendo haver cortes de direitos e garantias processuais fundamentais (GOMES, 2012, p. 2).

A derrubada de aeronaves no contexto de aplicação da Lei do Abate representa um tratamento diferenciado ao delinquente, já que as pessoas envolvidas nessa situação não tem direito ao devido processo legal e demais garantias processuais. A própria pena aplicada (pena de morte) compreende um tratamento diferenciado, o que é típico do direito penal do inimigo.

Porém, destaca-se que não é possível o acolhimento do Direito Penal do Inimigo no Brasil, por se tratar de um Estado Democrático de Direito, que reconhece direitos fundamentais em sua Constituição, os quais são inerentes a toda pessoa humana.

#### Referências

- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal do Inimigo**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj029698.pdf>> Acesso em: 03 jun. 2013.
- GONÇALVES, Maria Denise Abeijon Pereira. **A Lei Nº 9.614/98: considerações acerca do tiro de destruição de aeronaves consideradas hostis ao Estado. Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 99, abr 2012. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11373](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11373)>. Acesso em: 15 mar. 2013.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MAZUOLLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- PARENTONI, Roberto Bartolomei. **Direito Penal do Inimigo**. Disponível em: <<http://www.idecrim.com.br/index.php/artigos/58-direito-penal-do-inimigo>> Acesso em: 03 jun. 2013.
- RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento; ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- VARELLA, Marcelo Dias. **Direito Internacional Público**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

### 1.2.21 Liberdade de expressão e a violação de direitos fundamentais na internet: perspectivas e respostas oferecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro

Thiago Tavares Linhares<sup>1</sup>

#### RESUMO

O presente trabalho analisa o direito fundamental da liberdade de expressão e a violação deste na internet, buscando perspectivas e respostas oferecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro. Primeiramente, ressalta-se a priorização dos direitos humanos fundamentais com a promulgação da Constituição Federal de 1988 chegando ao direito/garantia da liberdade de expressão amplamente assegurados a todos os cidadãos. Como todos os direitos e garantias fundamentais, a liberdade de expressão não é absoluta, visto que encontra limite dos demais direitos e garantias previstos na Carta Magna. Com a globalização, novas tecnologias surgem para viabilizar mais a intercomunicação entre as nações. Entre elas, a internet é a que propicia a maior revolução tecnológica já vista. Ocorre que muitas pessoas, ultrapassam os limites da sua liberdade de expressão, atingindo a vida privada, intimidade e honra dos demais indivíduos. Neste momento surge a procura pelo Judiciário para que ofereça respostas céleres ao apelo dos cidadãos com direitos violados. Esta pesquisa analisa ainda um caso prático, bem como as respostas dadas aos demais casos que se apresentam em busca de solução. Diante disso, fazendo-se uso do método de abordagem dedutivo e dos métodos de procedimento histórico e monográfico, conclui-se que o comportamento que ultrapassa os limites dos direitos fundamentais de outrem, violando a sua imagem, vida privada, intimidade e honra fundamentando-se essas atitudes na garantia da liberdade de expressão, deve ser retribuído com uma sanção na medida que fere os direitos de outros cidadãos. O Poder Público, na condição de assegurador destes direitos, é quem deve solucionar essas lides, propiciando a edição de normatizações para regulamentar essas práticas.

**Palavras-chave:** Direitos Fundamentais. Liberdade de expressão. Novas tecnologias. Internet.

#### INTRODUÇÃO

As liberdades conferidas na Constituição Federal de 1988 são consideradas como direitos humanos fundamentais de todos os indivíduos, como expressão do Estado Democrático de Direito. Elas são um reflexo do que restou assegurado na Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas de 1948 e do Pacto de São José da Costa Rica de 1969, também denominado Convenção Americana de Direitos Humanos.

Entre os direitos humanos fundamentais, está a liberdade de expressão e pensamento. Ela é uma garantia constitucional que assegura a todos os cidadãos livremente a expressão de pensamento, atividade intelectual, artística, científica ou de comunicação, independentemente de censura ou licença.

Ocorre que os direitos e garantias fundamentais não são ilimitados, pois são restringidos pelos outros direitos fundamentais. Não se pode permitir que um indivíduo pratique atos que afetem os direitos fundamentais de outros indivíduos escusando-se com a justificativa de que está agindo dentro de suas liberdades.

É preciso viver e conviver em comunidade, sendo livre, porém sabendo respeitar as diferenças, opiniões e pensamentos dos demais.

Juntamente com essas conquistas no âmbito dos direitos humanos, tomava cada vez mais espaço na seara mundial a chamada globalização. Esse fenômeno foi crescendo exponencialmente desde a Revolução Industrial do século XVIII e serviu para aproximar as nações, destruindo as fronteiras que ainda existiam entre elas.

Com a globalização, inúmeros foram os benefícios conquistados para os dias de hoje, principalmente a disseminação da informação. Novas tecnologias foram criadas para que se difundissem as informações, rompendo definitivamente com toda e qualquer barreira de tempo e espaço anteriormente existentes.

<sup>1</sup> Graduado em Direito pelo Centro Universitário Franciscano, colaborador no Grupo Teoria Jurídica no Novo Milênio, certificado pela UNIFRA junto ao CNPq, advogado. E-mail: thiagotlinhares@hotmail.com.



A troca de informação pode ser hoje feita de forma muito mais célere pelos mais variados meios de comunicação, entre os quais cita-se a internet. Ela surge como uma ferramenta extremamente veloz, fazendo com que a informação se difunda com extrema rapidez e na maioria das vezes sem nenhum filtro.

É por isso que muitas pessoas a utilizam erroneamente, rompendo os limites das suas liberdades, principalmente de expressão, atingindo as esferas da intimidade, vida privada, honra e privacidade dos demais. Neste momento é que se torna pertinente a problemática da presente pesquisa.

Inúmeros são os casos de extrapolação dos limites da liberdade de expressão, violando diretamente os direitos de outros. A República Federativa do Brasil, por se tratar de um Estado Democrático de Direito, assegurou em sua Carta Magna que todos os cidadãos devem ser tratados igualmente, estabelecendo também ser um de seus objetivos fundamentais a promoção do bem de todos.

Por isso, torna-se imperioso a análise de como o ordenamento jurídico brasileiro tem oferecido respostas para esta problemática iminente que se encontra dentro das suas esferas de atuação. Mais do que isso, quais as respostas e perspectivas que o Estado Brasileiro tem oportunizado para solucionar os casos que chegam ao seu conhecimento pelo Poder Judiciário, e as soluções que o Poder Legislativo está tomando para abarcar as futuras ações que tragam os mesmos assuntos.

Diante do exposto, o artigo restou dividido em três partes. Primeiramente analisou-se a liberdade de expressão como um direito humano fundamental sob todas as suas perspectivas e garantias. Logo após, fez-se um rápido apontamento sobre a globalização e difusão das novas tecnologias, chegando-se ao surgimento internet. Neste momento, verificou-se a referida ferramenta como local onde são praticados os ilícitos, violadores diretos dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. Na terceira parte examinou-se um julgado emitido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que apresentou um caso de *cyberbullying*, entre outros citados a título de exemplo da reparação civil ordenada pelos Tribunais. Finalmente, trouxe-se à tona a Lei 12.737 de 2012 como um exemplo primário de que o ordenamento jurídico brasileiro está preocupado com as proporções que o assunto em pauta tem tomado.

Para este enfrentamento fez-se uso do método de abordagem dedutivo, uma vez que partiu-se dos documentos assecuratórios dos direitos humanos, passando pela edição da Constituição Federal de 1988 e chegando as liberdade e garantias fundamentais, na qual se adentrou-se na liberdade de expressão e pensamento. Ainda, utilizou-se dos métodos de procedimentos históricos, quando fez-se a evolução dos direitos humanos bem como da globalização, e monográfico, quando partiu-se para o estudo das jurisprudências colacionadas.

Por todo o exposto, a pesquisa se encontra adequada à área de concentração da FADISMA - Direito, Sociedades Globalizadas e Diálogo entre Culturas, bem como se enquadra na linha de pesquisa Constitucionalismo, Concretização de Direitos e Cidadania.

## 1 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

A instituição no Brasil de um Estado Democrático de Direito com a Constituição Federal de 1988, quis inovar com as ideias ditatoriais impostas anteriormente pelo regime no qual o país estava imerso, aumentando fundamentalmente o rol das garantias individuais e coletivas a todos os indivíduos. O regime democrático traz consigo esta preocupação com o bem estar de todos e a preservação da integridade e dignidade dos cidadãos.

Muitas das garantias individuais e coletivas trazidas na Carta Magna de 1988 já existiam, porém foram suprimidas quando da promulgação da Constituição de 1967 (instituída sob o regime militar após o Golpe de 1964<sup>1</sup>). A Assembleia Nacional Constituinte de 1987/88 foi instituída com o propósito de reestabelecer a democracia e por conseguinte todos os direitos e garantias que não eram mais disponíveis aos cidadãos brasileiros.

<sup>1</sup> “Em 1964, a direção das forças armadas assumiu o controle político do governo e passou a decidir, efetivamente, quem ocuparia o cargo de presidente da república. [...] Uma das características dos governos militares foi o autoritarismo. Os membros do governo não se mostravam dispostos a dialogar com os diversos setores da sociedade. Por meio dos chamados Atos Institucionais, os governos militares foram restringindo as instituições democráticas e impuseram censura aos meios de comunicação, como rádio, televisão, jornais, revistas, etc. Muitos brasileiros que se opunham a essa situação foram perseguidos, exilados, torturados ou mortos pelos órgãos de representação política.” (COTRIM, 2002, p.557)

Nesse contexto, refere-se que os direitos fundamentais são direitos de defesa do cidadão, e, por isso devem ser vistos, segundo Canotilho (2003, p. 541),

[...] sob uma dupla perspectiva: [1] constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; [2] implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

É por isso que muito se diz que os direitos e garantias fundamentais elencados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 devem ser utilizados e interpretados com extrema relatividade, isto é, eles não podem servir de mola propulsora para a prática de ilícitos e muito menos como motivação para se exonerar de determinados atos. Alexandre de Moraes (2012, p.30-31), refere que *“Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna”*.

Ainda, segundo o mesmo autor, cabe salientar que deve-se evitar ao máximo o conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, caso em que, havendo a referida colisão, deve optar-se pela preservação do verdadeiro sentido da norma, bem como com sua harmonia dentro do texto constitucional e sua finalidade essencial.

Isto não foi uma inovação do ordenamento jurídico brasileiro, pois a Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas, de 1948, já dispunha em seu artigo 29 que

[...] toda pessoa tem deveres com a comunidade, posto que somente nela pode-se desenvolver livre e plenamente a sua personalidade. No exercício de seus direitos e no desfrute de suas liberdades todas as pessoas estarão sujeitas às limitações estabelecidas pela lei com a única finalidade de assegurar o respeito dos direitos e liberdades dos demais, e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática. Estes direitos e liberdades não podem, em nenhum caso, serem exercidos em oposição com os propósitos e princípios das Nações Unidas. Nada na presente Declaração poderá ser interpretado no sentido de conferir direito algum ao Estado, a um grupo ou a uma pessoa, para empreender e desenvolver atividades ou realizar atos tendentes a supressão de qualquer dois direitos e liberdades proclamados nessa Declaração.

Neste sentido, o presente artigo busca dar enfoque a um dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição de 1988 que não foi propriamente uma inovação, mas, tendo em vista o momento de censura no qual se estava imerso anteriormente, trouxe de volta as perspectivas de um Estado Democrático e participativo a todos os cidadãos: o direito e a garantia da liberdade de expressão. Taxativamente previsto no artigo 5º, inciso IX da Constituição Federal, o referido dispositivo preceitua que *“é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”*.

Mais adiante na Constituição, no artigo 220, vem disposto que *“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”*. Por isso que ao preceituar esse direito, o Estado Democrático de Direito quis afirmar suas raízes, garantindo a todos que pudessem manifestar seus pensamentos, criações, expressões e informações sob qualquer configuração.

O Pacto de São José da Costa Rica de 1969, também chamado de Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecido por consagrar inúmeros direitos humanos como direitos básicos que devem ser assegurados por todos os países signatários, dentro dos quais o Brasil se encontra, também reconhece o direito de liberdade de pensamento e expressão conforme se vê do disposto em seu artigo 13:

Artigo 13 - Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar:

a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;

- b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.
3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões.
4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.
5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

Desta forma, este direito restou amplamente assegurado por todos os dispositivos supramencionados, devendo ser absolutamente garantido a todos os indivíduos como condição de cidadania.

A liberdade de expressão não pode sofrer nenhum tipo de limitação ulterior, porém, torna-se imperioso ratificar que como qualquer direito ou garantia fundamental, este direito/garantia não é absoluto. Ele ressurgiu no ordenamento jurídico brasileiro em todas as formas mencionadas como um direito intransferível, inerente à condição de cidadão e como um requisito para a existência de uma sociedade justa e democrática.

Logo após, o artigo 5º, inciso X da Constituição Federal traça os limites para que a liberdade de expressão não atinja a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem de terceiros, como se vê: *“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.”*

Como mencionado anteriormente, por mais que sejam amplamente assegurados a todos os cidadãos, os direitos e garantias fundamentais encontram limitações neles mesmos. O inciso X mencionado acima, limita a própria liberdade de expressão, garantindo dando material ou moral quando estes atos violarem a intimidade, vida privada, honra e imagens de outros cidadãos.

Neste momento, encontra-se a problemática enfrentada pelo presente trabalho.

Muitos indivíduos acreditam que por ter a liberdade de expressão como um direito e garantia constitucionalmente assegurados, podem fazer uso dele para denegrir a imagem de uma pessoa ou até mesmo de uma classe ou raça. Acontece que fazendo isso, estão violando diretamente a intimidade, vida privada, honra e imagem destes cidadãos<sup>1</sup>.

Com a globalização e a evolução da tecnologia, muitos destes indivíduos fazem uso de novos meios de informação e de comunicação para propagar ainda mais formas e meios dessas ofensas e destratos violando cada vez mais os direitos supramencionados. Na sequência, abordar-se-á de que formas essas violações emergem no nosso cotidiano e posteriormente como o ordenamento jurídico brasileiro tem decidido os casos que chegam ao seu conhecimento.

## 2 NOVAS TECNOLOGIAS E A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DE OUTREM

Conforme mencionado no capítulo anterior, os direitos fundamentais são garantidos a todos os indivíduos nos limites dos direitos dos outros indivíduos. Ocorre que com o advento da globalização e o surgimento das novas tecnologias, violar os direitos pessoais tornou-se um fenômeno muito mais abrangente e com muito mais consequências.

Após a Revolução Industrial, houve uma abertura de cunho ideológico, cultural, econômico e social muito grande entre todas as nações. Essa abertura possibilitou que houvesse uma maior intercomunicação entre as nações diminuindo significativa e fundamentalmente as fronteiras entre os países.

Com isso, as nações se viram na necessidade de propiciar e proporcionar a abertura de seus mercados para o mundo inteiro fazendo com que todas as fronteiras fossem

<sup>1</sup> “A liberdade de expressão é um direito fundamental, mas não é absoluto, e não pode ser usado para justificar a violência, a difamação, a calúnia, a subversão ou a obscenidade. As democracias consolidadas geralmente requerem um alto grau de ameaça para justificar a proibição da liberdade de expressão que possa incitar à violência, a caluniar a reputação de outros, a derrubar um governo constitucional ou a promover um comportamento licencioso. A maioria das democracias também proíbe a expressão que incita ao ódio racial ou étnico” (Fragmento retirado do site da Embaixada dos Estados Unidos no Brasil, sem autor referido, disponível em: <http://www.embaixada-americana.org.br/democracia/speech.htm>).

derrubadas. A globalização proporcionou mudanças profundas em todas as esferas da sociedade. O direcionamento da presente pesquisa é as mudanças proporcionadas pela globalização principalmente nos meios de comunicação.

Uma vez que houve a expansão fundamental do acesso aos meios de comunicação, as fronteiras entre os países se resumem atualmente em meros limites territoriais. A difusão da informação é hoje muito mais célere e eficaz. Como exemplo principal, cita-se o surgimento da rede mundial de computadores, a internet, que permitiu a troca e difusão de informações como jamais havia sido feita antes.

Hoje, considera-se a internet o maior avanço tecnológico já experimentado pela humanidade, pois

[...] a utilização e a dependência dos diversos tipos serviços e facilidades oferecidos pela Internet modificaram radicalmente o comportamento humano. A visão original do principal criador da World Wide Web era a de um espelho que refletisse as relações sociais. Nem mesmo ele imaginou que boa parte da interação humana passaria a ocorrer por meio da internet. (LEONARDI, 2012, p.28)

Assim, a utilização da internet proporcionou enormes mudanças no comportamento humano, beneficiando o dia-a-dia de todos os indivíduos, vez que facilita essencialmente a difusão da informação. Mais do que isso, a internet quebra as barreiras, liga as pessoas e espalha as ideias por todo o mundo, intercomunicando todas as nações.

Neste contexto, surgem as redes sociais entre as mais variadas formas de utilização da internet. Através delas, os indivíduos criam redes de comunicação e amizade, expandindo as suas relações interpessoais, conhecendo pessoas e compartilhando suas experiências.

Aqui impende ressaltar que das mais variadas formas, todos aqueles que tem acesso à internet fazem uso da sua liberdade de expressão, exprimindo suas ideias, pensamentos, acreditando contribuir para a formação de uma sociedade mais justa e igualitária. Contudo, nem todos pensam desta forma. Conforme ressaltado anteriormente, a liberdade de expressão esbarra na violação aos direitos de intimidade, vida privada, honra e imagem dos outros seres.

Neste momento encontra-se a problemática enfrentada no presente artigo. Atualmente, as notícias a que se tem acesso são de que cada vez cresce o número indivíduos que fazem uso da internet para denegrir a imagem, honra, vida privada de outros seres, fundando as suas atitudes na liberdade de expressão a que fazem jus.

Notícias de *cyberbullying* (o *bullying* pela internet), racismo, pedofilia fazendo-se uso desses novos meios de comunicação e difusão da informação são crescentes e cada vez mais alarmantes. A busca pelos ofendidos é de soluções para que seus problemas sejam resolvidos da forma mais eficaz possível.

O Poder Judiciário brasileiro já emitiu alguns julgados sobre o assunto, porém ainda são poucos os casos que chegam ao seu conhecimento.

O Poder Legislativo recentemente editou e promulgou a Lei 12.737 de 30 de novembro de 2012.

É neste sentido que busca-se analisar se as respostas que o ordenamento jurídico brasileiro tem dado a estas lides que chegam ao seu conhecimento são realmente eficazes e se proporcionam formas de assegurar que os “violadores” desses direitos não voltem mais a assim agir.

### 3 PERSPECTIVAS E RESPOSTAS OFERECIDAS PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Constituição Federal de 1988 garantiu a todos os indivíduos a preservação de sua dignidade como forma de efetivação da sua cidadania. No texto constitucional, especificamente disposto no artigo 3º, o legislador constituinte estabeleceu como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil “*promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*”.

Neste sentido, a União tem o dever de promover o bem e rejeitar qualquer forma de discriminação, preconceito ou ofensa de uns indivíduos para com outros. Através do Poder Judiciário, várias são as demandas que se tem conhecimento de ofendidos que buscam reparação dos danos causados por outros indivíduos que extrapolam o a sua liberdade de expressão, ofendendo e denegrindo a sua imagem, honra e vida privada.

A título de exemplificação, entendi necessário colacionar um julgado já trabalhado por mim e que entendo de devida pertinência para uma melhor compreensão de como o Tribunal

de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul tratava já no ano de 2010 a problemática do uso indevido e exacerbado da liberdade de expressão.

Tal julgado trata-se um Recurso de Apelação Cível de nº 70031750094, julgado em junho de 2010, decorrente da Comarca de Carazinho e trata sobre um caso de *cyberbullying*.

Este acórdão trata de um pleito de reparação civil, onde figuraram como autor Felipe de Arruda Birk, e réus Solange Fátima Ferrari e Terra Networks Brasil SA.

FELIPE DE ARRUDA BIRK ajuizou ação indenizatória contra TERRA NETWORKS BRASIL S.A e SOLANGE FATIMA FERRARI alegando ter efetuado cadastro em uma página eletrônica e criou um fotolog, espécie de diário fotográfico. Disse que suas fotos foram copiadas alteradas e criou um novo fotolog, hospedado na página do Terra, identificando o autor como titular da página e usuário apresentando sua foto assim como mensagens levianas e ofensivas. Destacou que após muita insistência e denúncias o provedor cancelou o fotolog, ressaltando que a Terra Networks permitiu o uso da imagem do autor por mais de um mês. Posteriormente começou a receber e-mails com mensagens ofensivas, diante disso providenciou registro na delegacia de polícia local. Ingressou com ação cautelar inominada para que as empresas Terra Networks Brasil e Brasil On Line fornecessem os dados sobre a identidade do proprietário do computador remetente das mensagens, chegando ao nome da ré Solange Fátima Ferrari. Ressaltou que os fatos aconteceram quando o autor ainda era um adolescente tendo sido muito prejudiciais e o autor precisou recorrer a auxílio psicológico. Disse que a ré Solange deveria ser responsabilizada pois as mensagens levianas foram lançadas através de seus acessos e a Terra por permitir a divulgação das mensagens levianas e ainda que presumi-se tenha tido ampla divulgação em face da natureza da internet. (RIO GRANDE DO SUL, 2010, p. 3-4)

O juízo *ad quo* deu parcial procedência ao pedido, condenando somente Solange Fátima ao pagamento dos danos morais.

Em sede de apelação, o autor/apelante pleiteou a condenação da Empresa Terra nos danos morais, visto que a condenação não tinha alcançado o provedor. A ré Solange Fátima, por sua vez, pleiteou a reforma da sentença para adequá-la à realidade do caso, reiterando a necessidade de denunciar à lide os outros jovens que estavam juntos com seu filho quando do cometimento dos atos ofensivos. Buscava, também, que fosse afastado o direito à indenização por danos morais.

O Tribunal de Justiça decidiu por negar provimento aos apelos provimento aos apelos, mantendo hígido o entendimento proferido em primeira instância. Durante o seu voto, a Relatora apresentou a definição do fenômeno *bullying* caracterizando nos seus exatos termos a lide. Mais além, pode-se referir que o caso exemplificou detalhadamente uma das espécies deste fenômeno: o *bullying virtual* ou *cyberbullying*.

Sobre a caracterização do dano moral, cumpre colacionar um trecho da jurisprudência em que o relator, além de enquadrá-lo no caso concreto, atribui ao genitor a responsabilidade por ato praticado pelo filho menor de idade que esteja sob a sua guarda (RIO GRANDE DO SUL, 2010):

A Doutrina moderna evoluiu para firmar entendimento acerca da responsabilidade civil do ofensor em relação ao ofendido, haja vista desgaste do instituto proveniente da massificação das demandas judiciais. O dano deve representar ofensa aos chamados direitos de personalidade, como à imagem e à honra, de modo a desestabilizar psicologicamente o ofendido.

As fotos colacionadas às fls. 20/21, bem como texto descrito na página da *internet* evidenciam ofensa de caráter moral indenizável. O filho da ré apoderou-se de imagens colocadas na *internet* pelo autor e criou um flog com intuito de humilhar o demandante, expondo fotos com intenção de denegrir à honra do demandante. Não obstante, o descendente criou e-mail – soucornoadimito@bol.com.br – encaminhando mensagens ofensivas como “como, viadinho, chifrado... – fl. 24/25”. Ao lançar na rede mundial de computadores imagens depreciativas, com textos claramente de caráter pejorativo, o filho menor da ré ofendeu os chamados direitos de personalidade do autor, como à imagem e à honra.

Pela simples leitura dos fatos, bem como da análise das provas colacionadas às fls. 20/25, resta incontroversa a ilicitude praticada pelo descendente da demandada ante a prática de *Bullying* (termo comumente utilizado em ações trabalhistas para definir assédio moral e ameaças psicológicas aos trabalhadores).

Não obstante, ao tempo das ofensas o filho Felipe era menor de idade e estava sob a guarda e orientação da matriarca, a qual é a responsável pelos atos do descendente. [...]

Outra peculiaridade que se destacou do julgado e que tem sido muito recorrente nos pedidos de indenização vistos atualmente, foi o pedido de responsabilização do provedor de



internet pelo tempo em que deixou a página denunciada disponível na rede. Porém, entendeu o julgador que não houve desrespeito às normas previstas no Código de Defesa do Consumidor e, por conseguinte, não acolheu o pedido de responsabilidade civil do provedor.

Nesse ponto, cabe uma crítica ao Tribunal gaúcho pois poderia ter avançado mais no enfrentamento do tema por todas as consequências gravosas que uma exposição como a do caso concreto na internet pode causar.

Além de contar com um número indefinido de espectadores, o material divulgado dificilmente é retirado da *Internet*, já que não se tem controle sobre quem salva, armazena e transmite novamente as imagens e textos. Tais características apontam para a necessidade de atuação ainda mais ágil por parte do provedor, especialmente porque a vítima era criança ou adolescente, merecedora de prioridade no atendimento.

É por isso que se torna tão prejudicial a extrapolação dos limites da liberdade de expressão indiretamente impostos à comunidade pelos outros direitos fundamentais. Na verdade, a imposição desses limites torna-se imperiosa vez que busca resguardar os interesses, direitos e liberdades dos demais indivíduos.

Ainda, colaciona-se mais algumas ementas que se julgou pertinente, pois esclarece e firma bem o posicionamento de alguns outros Tribunais brasileiros trazidos na pesquisa de Vancim e Gonçalves:

Indenização. Dano moral. Ofensas através de site de relacionamento na internet. Responsabilidade civil objetiva. Teoria do risco. Dever de indenizar. Quantum indenizatório. Fixação. O provedor de serviço de internet, ao disponibilizar espaço em sites de relacionamento virtual, em que seus usuários podem postar qualquer tipo de mensagem, sem prévia fiscalização, e, ainda, com procedência, muitas vezes, desconhecida, assume o risco de gerar danos a outrem, sendo de se aplicar a eles a teoria do risco. O parágrafo único do art. 927 do Código Civil adota a teoria do risco, estabelecendo que haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar risco para os direitos de outrem. Ao fixar o valor da indenização, deve-se ter em conta as condições do ofendido, do ofensor e do bem jurídico lesado (TJMG, 12ª CC, Apelação Cível nº 1.0091.08.011925-7/001, Rel. Des. Alvimar de Ávila, publ. em 26.04.2010).

Indenização. Dano moral. Orkut. O prestador do serviço orkut responde de forma objetiva pela criação de página ofensiva honra e imagem da pessoa, porquanto abrangido pela doutrina do risco criado; decerto que, identificado o autor da obra maligna, contra ele pode se voltar, para reaver o que despendeu (TJMG. Ap. Cível nº 1.0701.08.221685-7/001. Relator: Des. Saldanha da Fonseca, j. em 05.08.2009).

Apelação Cível. Indenização por danos morais. Internet. Ofensas veiculadas no orkut. Responsabilidade subjetiva. Ilegitimidade passiva do provedor. - O operador do site, em regra, como no caso do orkut, não tem um controle editorial prévio, mas somente a posteriori, quando toma conhecimento do que foi efetivamente publicado. Por isso, somente pode ser responsabilizado quando tem conhecimento real do caráter ilícito ou algum motivo para desvendar a natureza da informação. É a partir deste momento, em que é informado do caráter danoso da informação hospedada em seu sistema, que tem a obrigação de tomar todas as medidas necessárias para prevenir danos ou retirá-la, sob pena de ser responsabilizado por negligência. [...]. (TJMG, 9ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1.0024.07.483036-5/001, Relator Des. Pedro Bernardes, j. em 07.04.2009).

Direito Civil. Indenização por danos morais. Texto divulgado na internet. Violação da honra objetiva. Configuração do dano moral à pessoa jurídica. Valor indenizatório. Proporcionalidade e razoabilidade. Recurso parcialmente provido. Ao escrever e divulgar o e-mail narrando fato ocorrido dentro do estabelecimento de dança, a requerida extrapolou os limites de um mero protesto e violou a esfera extrapatrimonial da autora. A pessoa jurídica, portadora de honra objetiva, faz jus à indenização por dano moral sempre que seu nome, credibilidade ou imagem forem abalados por ato ilícito. O magistrado não pode se afastar dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade no momento de fixar o valor da indenização por dano moral, servindo a indenização como instrumento de caráter pedagógico preventivo e educativo da reparação moral (TJDF, 20060110313453APC, Relator Des. Lécio Resende, 1ª Turma Cível, j. em 14.04.2010, DJ de 27.04.2010, p. 88).

Diante do exposto e com as demandas cada vez mais presentes no seu cotidiano, o Judiciário impulsiona o Legislativo à edição de normas que possam contemplá-las. A busca por sanções normatizadas para quem ultrapassa os limites da liberdade de expressão de outrem é iminente tendo em vista as ações que surgem de forma exponencial.

Sobre o assunto, Fernando Neto Botelho (2011) refere que

Essa engenharia do mal, que monopoliza o conhecimento (da computação sofisticada e dos protocolos de redes), cresce à sombra da impunidade gerada por insuficiência regulamentar de desatualizados instrumentos legais do país, como o Código Penal de 1940. Para cuidar da nova realidade, só lei atualizada. A tecnologia, sozinha, não dará conta. Só a lei garante oportunidade de defesa e prova justa, próprias das democracias amadurecidas.

O Brasil se integrará a cenários internacionais se a tiver. Nesses cenários, aliás, por adesão histórica à antiga Convenção (Europeia, de 'ciber-crimes'), quase 50 países não só da Europa, mas da Ásia, África, Américas do Norte e do Sul, já se adiantaram, instrumentalizando-se com leis de combate ao 'ciberterrorismo'. O projeto de lei sob definição da Câmara cumpre o papel de atualizar o Código Penal brasileiro/1940, dando-lhe 11 novos crimes eletrônicos de alta tecnologia, como o ataque cibernético, a 'pixação' eletrônica, a difusão de vírus, a pescaria e o estelionato com uso de redes.

Nesse sentido, na seara penal temos uma inovação trazida com a Lei nº 12.737 de 30 de novembro de 2012. Ela dispõe sobre a tipificação de alguns delitos informáticos como por exemplo a invasão de dispositivo informático (adicionando o artigo 154-A ao Código Penal Brasileiro).

Prematura, a referida lei até o presente momento não produziu efeitos visíveis que possam ser aqui comentados. Trata-se de uma tímida amostra, porém efetiva, denotando a preocupação e o empenho do quanto o ordenamento jurídico brasileiro está voltando os seus olhos para a problemática em questão.

#### **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Pelo exposto ao longo deste artigo, restou confirmado que a problemática da violação de direitos fundamentais pelo rompimento dos limites pré concebidos da liberdade de expressão na internet é um problema constante e iminente no ordenamento jurídico brasileiro.

Os casos apresentados são apenas um exemplo de que as demandas crescem de forma exponencial e alarmante. Eles chegam ao Judiciário sedentos por respostas que, por sua vez, somente pode responde-los fazendo uso dos costumes e analogias, visto que não tem uma regulamentação própria já sedimentada.

A Constituição da República Federativa do Brasil foi taxativa em assegurar os direitos e garantias fundamentais a todos os indivíduos. Porém, resta extremamente evidenciado que os direitos e garantias fundamentais encontram limites neles mesmos, pois outros cidadãos também são detentores dos mesmos direitos.

Não há fundamento que estabeleça que um direito fundamental de um indivíduo se sobreponha ao de outro. Nesse caso, deve haver o respeito e a liberdade mútua de cada cidadão, sendo consciente dos limites a que pode chegar para não adentrar a esfera de outrem.

As respostas que o ordenamento jurídico brasileiro tem para apresentar no momento são ainda ineficazes. Vários são os estudos e projetos a que se tem notícia. Porém nada que assegure de pronto que todos tenham os seus direitos e garantias assegurados.

Não é o objetivo aqui pontuar se a criminalização ou tipificação de condutas possa solucionar os problemas ora apresentados. Nem essa é a opinião a que me filio. Contudo, é de se esperar que desta vez o ordenamento jurídico brasileiro esteja caminhando para o oferecimento de maiores alternativas nas mãos dos julgadores e de certas formas de sanções para aqueles que extrapolam os limites subjetivamente impostos pelos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente assegurados.

A busca pelo êxito, solução ou término dos conflitos ainda é paradigmática. Todavia, a demonstração da preocupação do ordenamento jurídico brasileiro com o caso em questão, confirma o seu cuidado, enquanto Estado Democrático de Direito, em cingir e ratificar os direitos e garantias fundamentais a todos os cidadãos.

## REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) >. Acesso em: 16 out. 2013.
- \_\_\_\_\_. **Decreto Lei 678 de 06 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)>. Acesso em: 16 out. 2013.
- \_\_\_\_\_. **Lei 12.737 de 30 de novembro de 2012**. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o 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/\\_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm)> Acesso em: 16 out. 2013.
- BOTELHO, Fernando Neto. **Normas para punir o cibercrime são desafiadoras**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jul-27/normas-punir-cibercrime-brasil-tornam-desafio-camara>>. Acesso em 16 out. 2013.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Lisboa, Almedina, 2003.
- COTRIM, Gilberto. **História Global: Brasil e Geral** – volume único. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- GONÇALVES, José Eduardo Junqueira; VANCIM, Adriano Roberto. **Os cybercrimes e o cyberbullying** – apontamentos jurídicos ao direito da intimidade e da privacidade. Disponível em: <<http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/files/publicacoes/artigos/61.2012.pdf>>. Acesso em 16 out. 2013.
- LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na internet**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2012.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. (1948). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)>. Acesso em 16 de out. 2013.
- RIO GRANDE DO SUL. (2010). Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível nº 70031750094*. Recorrente: Solange Fatima Ferrari e Recorrido: Felipe de Arruda Birk. Relatora: Liége Puricelli Pires. Julgado pela 6ª Câmara Cível em 2010. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 16 out. 2013.

### 1.2.22 O bandido social e o traficante de drogas: uma análise sobre as (im)possíveis semelhanças em suas atitudes

Mariana Soares Rocha<sup>1</sup>  
Olinda Barcellos<sup>2</sup>

#### Resumo

Desde o surgimento da agricultura, os homens que viviam no campo foram se organizando em grupos, de forma a resistir aos avanços dos donos de terras que buscavam a transição para o capitalismo. O poder local exercido por indivíduos privilegiados economicamente ou pelo próprio Estado, oprimia de diversas maneiras os camponeses. Desta insatisfação por parte dos menos favorecidos que, excluídos da sociedade, buscavam na resistência armada a única forma de mudança, floresceu o banditismo social. Dependendo do momento em que se produz a transição para o capitalismo e o avanço do poder local em face dos camponeses, o banditismo social adquire diferentes formas de atuação, são elas: o ladrão nobre, o vingador e o combatente primitivo. Na década de 70, no Rio de Janeiro, fora criada a primeira facção criminosa brasileira: o Comando Vermelho. Com o lema "Paz, Justiça e Liberdade", homens saem de presídios, sobem morros e conquistam comunidades. Praticando o assistencialismo, a figura do traficante de drogas assume o principal papel no comando das favelas dos morros, local onde a desproteção do Estado leva milhares de pessoas à exclusão social e a vulnerabilidade para a prática de atividades ilícitas. O traficante de drogas ilícitas, assim, adquire o respeito e admiração da coletividade, pois é ele, e não mais o Estado, o provedor, protetor, e único capaz de romper a situação de desigualdade econômica vivida pela comunidade miserável.

**Palavras-chave:** Banditismo Social. Assistencialismo. Traficante de drogas ilícitas.

#### Introdução

O banditismo social passou a figurar no estudo da história social a partir da publicação do livro *Bandidos*, do historiador Eric J. Hobsbawm (1917-2012). Lançado no ano de 1964, na Inglaterra, *Bandidos* esclarece este fenômeno que surge como norteador das formas de resistência camponesa.

O banditismo social consiste em um fenômeno universal que floresce, principalmente, nas sociedades baseadas essencialmente na agricultura. Com a ascensão do capitalismo, a população das sociedades agrícolas, ditos camponeses e trabalhadores, revoltaram-se com indivíduos que mantinham o poder local sob suas mãos.

A revolta encontra fundamento na medida em que à classe, à riqueza e o poder exercido por indivíduos privilegiados economicamente, explora, exclui e oprime os camponeses e trabalhadores rurais. Aliado a este fato está o isolamento das sociedades rurais, principalmente quando em áreas de difícil acesso, em que o Estado não exerce controle sobre estas populações e/ou por muitas vezes é o próprio opressor.

O bandido social, rebelde por sua natureza, influenciado pelas crises políticas e econômicas da região em que vive, luta pela não exploração de seu povo, resiste de forma armada contra as estruturas do poder local e dos grandes proprietários de terras. Alcança assim, o caráter de vingador, de combatente, de fora da lei, mas acima de tudo é chamado de herói, porque atua sob um fundamento, o de não ver seu povo, seus familiares, sendo oprimidos e explorados.

Por outro lado, em contrapartida à lenda, ao mito, ao herói, a décadas de distância, encontra-se a figura do traficante de drogas ilícitas, criminoso oriundo do narcotráfico que abala as estruturas do sistema de segurança mundial. No Brasil, com o surgimento da primeira facção criminosa, o Comando Vermelho, na década de 70, os homens saem de presídios e sobem morros na conquista de comunidades. Então, o traficante de drogas ilícitas encontra refúgio para suas ações nos morros e favelas da cidade do Rio de Janeiro, regiões onde o Estado, durante muito tempo, se fez ausente, o que acarretou na infiltração e na consolidação do tráfico de drogas.

<sup>1</sup> Aluna do 10º semestre da Faculdade de Direito de Santa Maria. E-mail:

<sup>2</sup> Professora da Faculdade de Direito de Santa Maria. E-mail: olinda@fadisma.com.br

O traficante de drogas ilícitas para legitimar sua atuação nesses locais de miserabilidade, pratica o assistencialismo e a defesa do pobre favelado. Adquire assim, admiração da coletividade e passa a ser o protetor e único capaz de mudar a situação de desigualdade econômica vivida nessas regiões de exclusão social, lugares onde o Estado deveria se fazer presente.

Para demonstrar o envolvimento do tráfico de drogas com a comunidade em que o traficante atua, será analisada a vida criminosa do traficante de drogas Márcio Amaro de Oliveira. A partir do livro *Abusado: o dono do morro Dona Marta*, do jornalista Caco Barcellos, será demonstrada a atuação de um dos traficantes de drogas mais conhecidos no Brasil. Da gravação do vídeo clipe do astro norte americano Michael Jackson na favela Santa Marta, até a amizade com intelectuais como o cineasta João Moreira Salles, Marcinho VP, como era conhecido, se diferenciava de tantos outros criminosos.

Com uma forte ligação às raízes pobres, Marcinho VP jamais deixou o morro da favela Santa Marta e aos 17 anos já participava de sua primeira guerra para a manutenção do poder da favela. Em idas e vindas como chefe do tráfico de drogas no morro Dona Marta, Marcinho VP deixou escapar por diversas vezes a chance de largar a vida de bandido. Com o pensamento ideológico de um revolucionário, tinha o sonho de conhecer os Zapatistas no México e de ingressar em uma Universidade. Também não entendia o porquê de tanta desigualdade social no Brasil e era contra a venda de crack em seu morro.

Por fim, salienta-se que do bandido social ao traficante de drogas ilícitas no Brasil, passa-se a criminologia por inúmeras transformações e modificações. E, o presente trabalho busca encontrar possíveis comparações nas atitudes/ações do bandido social e do traficante de drogas ilícitas.

#### **1. Banditismo Social: conceito, o bandido social, a sociedade rural e o poder local**

A partir do estudo sobre banditismo social trazido pelo historiador Eric J. Hobsbawm em seu livro *Bandidos* (originalmente publicado na Inglaterra no ano de 1969), surge um novo campo de pesquisa na História Social. Sua importância para a sociedade como um fenômeno universal nos traz a reflexão de quão dinâmica é a criminologia, bem como o processo civilizatório. Nas palavras de Hobsbawm (2010, p. 39):

[...] o banditismo social constitui um fenômeno universal, encontrado em todas as sociedades baseadas na agricultura (inclusive nas economias pastoris) e compostas principalmente de camponeses e trabalhadores sem terras, governados, oprimidos e explorados por alguém: por senhores, cidades, governos, advogados ou até mesmo bancos.

O Autor então, conceitualiza o banditismo social como fenômeno universal associado eminentemente ao meio rural, que encontra na rebeldia camponesa a força para encarar a exploração e o controle por parte do Estado (seja ele sob a forma de governo ou dos senhores proprietários de terras). Desta forma, a essência do banditismo social esta na rebelião individual e minoritária nas sociedades camponesas baseadas na agricultura, e, por conseguinte, envolvendo principalmente camponeses e trabalhadores sem terra, vindo a florescer quase que invariavelmente nas áreas mais remotas e inacessíveis.

Para Hobsbawm (2010), é essencial que se faça a distinção do banditismo social para com outras duas formas de criminalidade rural: as atividades de grupos originários do “submundo” profissional ou de meros larápios (“ladrões comuns”) e das comunidades para as quais a pilhagem faz parte da vida normal. Nessas outras formas de criminalidade rural, as vítimas veem os atacantes como criminosos, e não apenas porque assim a lei os intitula. E, é essa relação com o meio rural que o banditismo encontra o elemento “social”, qualidade que liga o bandido à defesa dos fracos contra os fortes, os pobres contra os ricos, os que buscam justiça contra o governo dos injustos.

Nesta análise de Hobsbawm (2010) sobre a existência de três formas de bandidos sociais, deve ser entendida segundo as regiões em que o banditismo social se desenvolveu, e que não devem ser confundidas com as práticas de comunidades que têm no crime uma forma de vida não diretamente relacionada com a transição para o capitalismo. Então, se os bandidos alcançam certa notoriedade – e em outros locais não se tem o mínimo de registros destes grupos –, isto se deve a influência de alguns fatores, como as crises políticas e econômicas da região, as estruturas do poder local e o poder dos grandes proprietários de terras.

Da análise do conceito de banditismo social podemos extrair o significado do bandido social, proscrito, rebelde potencial que resiste a obedecer, estando fora do alcance do poder e



que através de qualidades como bravura, astúcia e determinação, age de forma irregular para atingir um bem social. Dessa forma, por parte do Estado, o bandido social é visto como criminoso, ladrão, mas pela sociedade rural (meio em que atua) é considerado herói, vingador, justiceiro, protetor, e até mesmo visto como líder da libertação.

O bandido social então, é o camponês rebelde (na maioria das vezes jovem) que se recusa a submissão e que por se encontrar excluído da trajetória habitual que lhe é oferecida, é forçado a um comportamento proscrito e irregular, por conseguinte, vive a margem da sociedade no cometimento de crimes e práticas ou atos delituosos, sendo considerado “fora da lei” por parte do Estado. Não se pode deixar de mencionar que as atitudes praticadas pelo bandido social, sejam elas lícitas ou ilícitas, derivam de “uma causa” social, seja em busca de justiça, por vingança ou reparação de uma ordem tradicional.

Na maioria dos casos os bandidos sociais começam sua carreira com alguma disputa de caráter não criminoso, com uma questão de honra ou como vítimas. E desse modo podem desfrutar do apoio incondicional de sua comunidade, pois começar como vítima de uma injustiça significa estar convencido da necessidade de reparar pelo menos uma afronta: a que foi cometida contra o próprio bandido. O que torna muito natural que os verdadeiros bandidos sociais demonstrem muitas vezes aquele “espírito selvagem de justiça”.

Nessa trama envolvendo o bandido social que vaga entre a pobreza, a (in)justiça, a riqueza e poder, Hobsbawm explica o fato crucial na vida do bandido: a sua ambiguidade. O verdadeiro bandido é ao mesmo tempo um marginal e um rebelde; um homem pobre que se recusa a aceitar os papéis normais da pobreza, e que firma sua liberdade através dos únicos recursos ao alcance dos pobres – a força, a bravura, a astúcia e a determinação. O que faz com que o aproxime dos pobres, mas sendo ele pobre também. Assim, é colocado em oposição à hierarquia dos detentores do poder, riqueza e influências, não sendo um deles. “Porém, ao mesmo tempo, o bandido social é inevitavelmente arrastado à trama da riqueza e do poder, porque, ao contrário dos outros camponeses, ele adquire aquela e exerce este” (2010, p. 117-118).

Uma vez estruturado o conceito, passa-se a analisar os diferentes tipos de bandidos sociais: o ladrão nobre, o combatente primitivo e o vingador. Convém iniciar este estudo definindo o papel social do ladrão nobre, que talvez represente a forma mais primitiva de protesto social. Paladino, o ladrão nobre é aquele que corrige os erros, que ministra a justiça e promove a equidade social, mantendo com os camponeses uma relação de identidade e solidariedade.

Sem dúvida nenhuma a característica mais discutida do ladrão nobre é a de que “ele retira dos ricos para alcançar aos pobres”. Hobsbawm (2010) entende que essa chamada “redistribuição de riquezas” está intimamente ligada aos bandidos “nobres”, pois assim usufruem de boa reputação, sendo colocados em patamar elevado que as autoridades locais. Evidentemente que a reputação de generosidade adquirida pelo bandido é derivada de um costume corrente e arraigado, ou pelo menos uma obrigação moral.

A “imagem” do bandido social demanda de ações e atitudes, por ele praticadas, moralmente positivas, como roubar dos ricos e não exagerar na mortandade, mais que isso, exige os atributos do cidadão de moral ilibada. Assim, como paladino do povo que é, pelos padrões locais, não só honesto e respeitável, é digno de toda a admiração. Aliás, o bom bandido, mesmo depois de morto pode adquirir esta admiração por parte da população da comunidade em que atuou.

É importante destacar que na maioria das vezes é apenas através de traição que o bandido social é capturado ou morto. Por óbvio que sendo um homem do povo, criado no meio rural e que atua em regiões de difícil acesso, é somente por meio de emboscadas, traições de desertores do bando ou em raras situações, por delatores da própria comunidade que por algum motivo se sinta amedrontado pelo bandido, que sua “carreira” no banditismo é interrompida. Segundo Hobsbawm (2010, p. 77), “na prática, bem como na teoria, os bandidos morrem pela traição, ainda que a polícia possa reivindicar para si o triunfo...”. Pois então, de que outra forma poderia tais homens morrer se não por traição?

Para conceitualizar a segunda forma de manifestação do bandido social, o combatente primitivo, Hobsbawm (2010) baseia-se, sobretudo, nos homens livres surgidos a partir do século XV no sudeste europeu, principalmente em países como a Rússia, Hungria e Ucrânia. Chamados *Haiduks* (palavra cujo sentido original é “troteiro de gado”), esses homens saídos das montanhas e planícies ermas da Europa, foram organizando-se em grupos ou bandos com o objetivo de conter o avanço dos latifundiários cristãos e dos conquistadores turcos.

Representantes, de forma coletiva, daquela dissidência camponesa que produziu os bandidos clássicos, os *Haiduks* eram homens armados e combativos, e que por terem sido expulsos de suas terras ou fugidos da servidão, apenas lhe restava seguir o caminho do banditismo. De forma clara, Hobsbawm (2010, p. 100-101) descreve a origem de seu surgimento, bem como as atitudes dessa forma de manifestação do bandido social.

Nem reais, nem senhoriais, esses *Haiduks* livres eram salteadores por profissão, inimigos dos turcos e vingadores populares por função social, organizadores de primitivos movimentos de resistência e libertação. Nessa qualidade, aparecem no século XV, talvez primeiro na Bósnia e Herzegovina, porém depois em toda a península balcânica e na Hungria, e sobretudo na Bulgária, onde já em 1454 se registrou a atuação de um chefe "*haidof*". São estes os homens cujo nome escolhi para caracterizar a forma suprema de banditismo primitivo, a que mais se aproxima de ser um foco consciente e permanente de insurreição camponesa. Esses *haiduks* existiam não só no sudeste da Europa, como também, com outros nomes, em várias partes do mundo, como a Indonésia e até a China imperial. Por motivos óbvios, eram mais comuns entre povos oprimidos por conquistadores, de língua e religião diferentes, mas não só nesses lugares.

Os *haiuks* despertavam na população, de um modo geral, uma identificação pela luta contra a opressão, muito embora eles não passassem todo o tempo combatendo os opressores, mas sua mera existência representava grande façanha. Diferentemente do "ladrão nobre" e do vingador, o combatente primitivo exercia uma enorme função social coletiva, organizado de forma hierárquica, e nesse sentido, Hobsbawm (2010, p. 105) finaliza a descrição do banditismo primitivo.

Assim, portanto, o banditismo dos *haiduks* constituía, em todos os sentidos, um desafio mais sério, mais ambicioso, mais permanente e mais institucionalizado à autoridade oficial do que o do punhado de Robin Hoods ou outros rebeldes-salteadores que surgiam em todas as sociedades camponesas normais. Não é fácil afirmar se isso acontecia porque determinadas condições geográficas ou políticas possibilitavam esse banditismo permanente e formalizado, tornando-o automaticamente mais "político", ou se eram determinadas condições políticas (por exemplo, conquista estrangeira ou certos tipos de conflito social) que estimulavam formas inusitadamente "conscientes" de banditismo, dando-lhe, portanto, uma estrutura mais firme e permanente.

O que se propõe agora é analisar a descrição do bandido que atua de forma cruel e violenta: o Vingador. Apesar de todo o medo e horror, os vingadores são tratados como heróis, suas ações inspiram de certa forma, os fracos e pobres. É de causar estranheza que se encontre bandidos que praticam o terror e a crueldade numa medida que não pode ser explicada como simples retaliação, mas cujo terror faz parte de sua imagem de "bandido-herói". Hobsbawm (2010, p. 86) menciona que "são menos desagradadores de ofensas do que vingadores e executores do poder; não são vistos como agentes de justiça [...], e sim como homens que provam que até mesmo os fracos e pobres podem ser terríveis".

É bem verdade que a ambiguidade está presente nas três formas de manifestação do bandido social, entretanto, no bandido vingador esta qualidade se faz mais forte. Vingar sua ofensa por meio da violência, da crueldade, inspirar medo, ódio, demonstrar compaixão ao próximo, piedade ao pobre e oprimido, são todas atitudes praticadas pelos vingadores e que sem dúvida nenhuma colocam no patamar de bandidos sociais descritos por Hobsbawm. Ao descrever Lampião e suas atitudes a frente de seu bando, Vera Ferreira e Antônio Amaury (1999, p. 24) apontam esta qualidade de ambiguidade no caráter do "Rei do Cangaço":

Não há unanimidade a respeito de Lampião. Mesmo hoje, passado tanto tempo, as opiniões são contraditórias. Ora é descrito como herói, ora como bandido, dependendo da perspectiva de quem o julga. Era, sem dúvida, um ser humano incomum, dono de atitudes aparentemente incoerentes. É impossível traçar seu perfil utilizando uma linha pragmática de pensamento. Para conhecer Lampião não basta procurar pelo claro e escuro.

A violência e a crueldade são atitudes inseparáveis da vingança, pois é desse modo que o vingador impõe a sua vítima a humilhação ou ofensa sofrida pelo bandido. E mais, o opressor atua dentro de uma estrutura de riqueza, poder e superioridade social, enquanto a sua vítima, o bandido ou algum familiar deste, desfruta dos únicos recursos eficientes para a prática de sua vingança: o uso a violência e crueldade. Entretanto, esta claro que inspirar apenas medo, ódio, temor, não auxilia em nada do bandido, pelo contrário, afasta quem possa ajudá-los.

O que se propõe a partir de agora, é a exploração do bandido social por meio de atitudes e ações de alguns personagens da história mundial. Assim, demonstrando na prática às características do banditismo social, que por meio das quais, homens se tornaram bandidos sociais. O meio social que propiciou o seu surgimento, as atitudes e ações, sociais ou não, que os elevaram ao patamar de bandidos sociais que marcaram a história.

## 2. O Bandido Social – alguns nomes

A existência do ladrão nobre mais famoso em todo o mundo, Robin Hood, é um tanto quanto conturbada. Para Hobsbawm (2010), Robin Hood não passa de um mito. Ainda, esclarece que, supondo-se que tenha existido, Robin Hood viveu na Inglaterra do século XIII, muito embora na Europa sejam mais comuns heróis baseados em figuras dos séculos XVI ao XVIII. Se Robin Hood realmente existiu foi antes do século XIV, quando pela primeira vez se encontra menção escrita a seu nome.

O mito do Robin Hood, típico ladrão nobre, cercado por sua cavalaria medieval, vivia nas florestas corrigindo ofensas de malfeitores, retirando dos ricos e alcançando aos miseráveis. Não há registros de violência desse período, entretanto, mistérios existem em grande desproporção entre a lenda e o fato. O mito do Robin Hood descrito por Hobsbawm sempre retornava à sua gente, bem na verdade, nunca os deixava. Assim, ao tratar do mito do bandido social, o Autor declara:

Porque os bandidos pertencem à história recordada, em contraposição à história oficial dos livros. Fazem parte de uma história que não é tanto uma crônica dos fatos e das pessoas que lhes deram forma quanto um registro dos símbolos daqueles fatores teoricamente controláveis, mas na prática descontrolados, que moldam o mundo dos pobres; de reis justos e de homens que levam justiça ao povo. (HOBSBAWM, 2010, p. 171).

Robin Hood até hoje é lembrado e admirado por ser símbolo da luta dos pobres contra governos opressores, considerado herói por sua gente. O mito persiste, representando não só a liberdade, mas o heroísmo e o sonho de justiça para todos. Mais do que isso, representa também a rebelião da pessoa contra a injustiça de que é objeto, perdura a ideia do justiceiro pessoal.

No Brasil, em fins do século XIX e início do século XX, na região do nordeste, surge o cangaço, movimento pelo qual homens lutavam bravamente contra a pobreza e às péssimas condições de vida, contra a exploração da mão de obra do sertanejo desolado pela seca e pelos grandes latifundiários, além de serem submetidos a regimes de trabalho praticamente escravos. Assim, neste cenário de seca, fome, luta entre famílias, concentração de terras e mandonismo que nascerá Lampião, mais tarde denominado de “Rei do cangaço”.

Virgulino Ferreira da Silva, vulgo *Lampião*, nasceu no ano de 1898, na região da Serra Talhada, sertão do Estado de Pernambuco. Segundo Ferreira e Amaury (1999), Lampião foi alfabetizado, aprendeu a tocar sanfona de oito baixos, e, desde muito jovem trabalhava transportando mercadorias de terceiros no lombo de burros para ajudar no sustento da família Ferreira. Cresceu e viveu em meio à violência que sangrava o sertão nas disputas entre famílias inimigas, caudilhos e coronéis que acumulavam terras e poder político regado a muito sangue.

Durante a vida de cangaceiro, Lampião foi um herói para sua gente, mas um herói um tanto ambíguo. Criado em uma sociedade que cultivava o ódio, e que florescia em seu coração, Lampião também deixou florescer a semente do amor, ainda que abafada pelas angústias e frustrações. Assim, o sentimento da vingança agigantou-se em sua alma. Conforme relatam brilhantemente Ferreira e Amaury (1999, p. 28-29), Lampião, o Rei do Cangaço, jamais imaginou que se tornaria um cangaceiro que transformou os sertões de 7 Estados do nordeste brasileiro.

Lampião nunca foi um líder de rebeliões ou um ídolo quer servisse para a formação de camponeses revoltados. Política nunca foi parte de sua vida. Mas as populações humilhadas e ofendidas viam em Lampião um exemplo, naquele meio termo entre o que ele era e querer ser igual a ele, quase a justificar sua existência de bandoleiro errante. Lampião subverteu a ordem imposta, mesmo que não fosse esse seu objetivo. Latifúndios que, durante décadas e até mesmo séculos imaginavam-se intocáveis, sentiram o peso de sua presença e o terror das consequências do não atendimento de suas exigências.

Amado pelos que o seguiam, exemplo de liderança, Lampião até hoje é lembrado como o Robin Hood caboclo, muito embora a promoção da justiça e liberdade tenha sido feita a preço de muito sangue, pesadelos, lágrimas e vidas destruídas. Lampião realizou o mais sincero e vigoroso “protesto social” com o soar de um fuzil, entrando para a História do banditismo social.

Em sua dissertação de Mestrado intitulada “O banditismo social em regiões periféricas do Brasil e do México na segunda metade do século XIX: Antônio Silvino e Pancho Villa”, Marcos Alexandre Rinaldi Rosa esclarece pontos acerca da vida de Pancho Villa antes e depois de adentrar na Revolução que assolava os anos de 1910, no México.

Quando do período de banditismo, Villa expressava características do ladrão justo e do homem generoso, pois mantinha o senso de justiça, típico de quem efetivamente sofreu das arbitrariedades do sistema e presenciou por inúmeras vezes a exploração dos menos favorecidos. Não é à toa que Villa despertava sentimento de admiração por onde passava. Com os botins (moeda mexicana da época) ganho das ações contra grandes fazendeiros, Villa dividia com a família, com parentes e com os mais pobres, pouco guardando para si (KATZ, apud ROSA, 2008).

No ano de 1900, Pancho Villa decide largar a vida nômade para se fixar no Estado de Chihuahua, onde consegue comprar uma casa e abrir um pequeno açougue. A vida de bandoleiro era incerta, Villa já havia sido vaqueiro e negociador de gado, foi mineiro e trabalhou em algumas olarias, além de revender carnes roubadas (tratava-se de um delito comum em todo o norte do México) nos mercados dos povoados por onde passava.

Eric Hobsbawm em sua obra magistral sobre banditismo social relata o exato momento em que Villa é recrutado pela Revolução que se iniciava no México, no ano de 1910.

O grande Pancho Villa foi recrutado pelos homens de Madero durante a revolução mexicana, tornando-se um temido general dos exércitos revolucionários. É possível que de todos os bandidos profissionais do mundo ocidental, tenha sido ele quem fez a melhor carreira revolucionária. Quando os emissários de Madero o visitaram, ele se deixou persuadir prontamente, principalmente porque era o único bandido local que desejavam recrutar para a causa, embora antes disso ele não tivesse mostrado interesse algum pela política. Madero era um homem rico e educado. Se estava ao lado do povo, isso provava que era altruísta, o que deixava a causa imaculada. Sendo o próprio Pancho Villa um homem do povo, um homem honrado, e cuja posição no banditismo era exaltada com aquele convite, como poderia hesitar em colocar seus homens e suas armas a serviço da revolução (HOBSBAWM, 2010, p. 137)?

Pancho Villa passou a ver na Revolução a possibilidade de combater as iniquidades, as injustiças e a opressão que faziam sofrer as camadas mais pobres da população mexicana, das quais ele próprio era oriundo. O despertar para a Revolução conduziu Villa ao exercício de uma crescente sagacidade política e social. Sob o comando de um grupo de aproximadamente 20 homens, o ímpeto para o combate, a disciplina militar e a capacidade de liderança tornaram Villa o general mais temido da Revolução.

Por fim, cumpre mencionar a existência do imigrante de origem espanhola Francisco Sanches Filho, vulgo *Paco*, bandido social que atuou entre os anos de 1912 a 1930, na Serra gaúcha. Por volta de 1920, Paco vai morar em Alfredo Chaves, atual município de Veranópolis, e junto com a esposa, instala-se no núcleo colonial chamado Nossa Senhora da Pompeia, linha Parreira Horta, 5ª seção da margem direita do Rio das Antas, local conhecido pela pobreza da região. Conforme Londero (2011, p. 154), Paco já era conhecido pela redondeza por possuir muitas amantes e peões.

Paco, apesar de espanhol, falava italiano; em telegrama expedido pela polícia de Bento Gonçalves, pode-se comprovar isso, e mais, que Paco falava também espanhol e português fluente. Dentro deste contexto, ele aparece na região, desde o início, como uma pessoa controvertida, diferente das demais e, falando todas essas línguas, levava vantagem frente aos italianos na relação com as autoridades locais, quase todas brasileiras.

O acesso da polícia a serra gaúcha era realmente muito difícil. Os próprios cidadãos das cidades mais próximas eram encarregados de formarem as brigadas. Quem aplicava a lei, na maioria das vezes, era um intendente nomeado pelo próprio governador do Estado. Este intendente, por sua vez, escolhia entre os habitantes da região, alguém que melhor lhe ajudasse.

O fator principal que aproximava Paco das autoridades locais era a língua. Como já mencionado, Paco falava fluentemente italiano, espanhol e português. Por outro lado, os



colonos da serra gaúcha, que em sua grande maioria eram de origem italiana e polonesa, não compreendiam a língua portuguesa, assim, distanciavam-se da sociedade mais ampla e, por consequência, das autoridades governamentais oficiais do local.

Ainda, por diversas vezes, Paco atua como “fósforo” (o que hoje significa cabo eleitoral) do Partido Republicano Rio-Grandense, participando de forma ativa nas eleições do ano de 1927 para o município de Bento Gonçalves. Conforme descreve Londero (2011, p. 157), Paco figurava “entre os nomes de grandes autoridades políticas da região”.

Entretanto, Paco jamais deixou de praticar ilegalidades. No ano de 1929, nos municípios de Nova Roma e Bento Gonçalves, ocorreram dois grandes assaltos a lojas comerciais, em ambos os casos Paco fora denunciado, juntamente com dois comparsas, pela autoria dos crimes.

Para Londero (2011), a partir destes últimos acontecimentos tem-se início o fim de sua vida de bandoleiro. Embora Paco fora valente, aventureiro, belo, conquistador, forte, espécie de líder camponês, pois viveu em uma época em que as reivindicações sociais ainda não tinham um partido político definido que defendesse os interesses dos humildes, era temido e respeitado, além de sua palavra ser lei. Andava sempre bem armado com vários revólveres e um inseparável mosquetão, sua figura se tornou lendária. Assim como outros bandidos sociais, tinha esconderijos nas cavernas do Rio das Antas, lugares onde ninguém se animava a caçá-lo.

### 3. Bandido social versus traficante de drogas ilícitas: entre o social e o econômico

Na década de 70, no Rio de Janeiro, fora criada a primeira facção criminosa brasileira: o Comando Vermelho. Com o lema “Paz, Justiça e Liberdade”, centenas de homens saem de presídios para subirem morros e conquistarem comunidades inteiras. Sob a prática do assistencialismo, a figura do traficante de drogas assume o principal papel no comando das favelas dos morros, local onde a desproteção do Estado leva milhares de pessoas à exclusão social e a vulnerabilidade para a prática de atividades ilícitas. O traficante de drogas ilícitas assim, adquire o respeito e admiração da coletividade, pois é ele, e não mais o Estado, o provedor, protetor, e único capaz de romper a situação de desigualdade econômica vivida pela comunidade miserável.

#### 3.1 – O Traficante de drogas e a comunidade – uma relação de medo ou admiração?

A economia narcotraficante centrada na produção e na exportação de cocaína surgiu com força na América Latina na década de 70, sendo estabelecidas inclusive divisões de função no tráfico. Assim, o esquema era desenvolvido com a produção e a transformação da folha da coca em pasta base, principalmente na Bolívia e no Peru. Esta pasta base era exportada para a Colômbia, onde em laboratórios pertencentes às organizações do tráfico era refinada, e o seu produto final, a cocaína, enviada para os Estados Unidos e revendida a grandes grupos de atacadistas.

A cocaína chega em grande quantidade no Brasil, mais precisamente ao Rio de Janeiro, no fim da década de 70. Mesma época em que no Presídio Cândido Mendes, situado na Ilha Grande, Rio de Janeiro, era preso William da Silva Lima, fundador da primeira facção criminosa brasileira, o Comando Vermelho<sup>1</sup>. Pernambucano de Recife, um dos tantos migrantes nordestinos que vieram para o sul do país nos anos 50, William entra para o crime organizado. Assim relata Rodrigues (2004, p. 215-216):

Abandonado a casa ainda adolescente, William passa a sobreviver de pequenos roubos e furtos. Deixa São Paulo no começo dos anos 60 e se instala no Rio de Janeiro, onde começa a conhecer o sistema penitenciário local. Em 1962, é condenado a três anos de prisão por assalto à mão armada. Na penitenciária Lemos de Brito, toma o primeiro contato com presos políticos ali confinados após o golpe de 1964. Livre em 1965, organiza uma quadrilha de roubo a bancos, bem-sucedida até sua captura em 1968. Condenado a mais cinco anos de reclusão, William permanece no Presídio Milton Diais Moreira até tentar uma fuga em 1969. Malgrado a tentativa, William é transferido para Ilha Grande, onde termina de cumprir a pena.

<sup>1</sup> Importante mencionar o filme “400 Contra 1 - Uma História do Crime Organizado” (2010), com direção de Caco Sousa, que tem como ponto de partida o livro autobiográfico de William da Silva Lima, “Quatrocentos contra um: uma história do Comando Vermelho” (1991), e conta a história da formação do que se tornaria uma das maiores facções criminosas do país, o Comando Vermelho. A trama se passa entre os anos 70 e 80, onde o grupo começou a se mobilizar no presídio Cândido Mendes, situado na Ilha Grande, Rio de Janeiro.



O brutal sistema carcerário e as sangrentas disputas entre os detentos presos na Ilha Grande fizeram com que William da Silva, com grande capacidade de liderança, reunisse os condenados comuns em torno de um tema: garantir a sobrevivência dentro de um presídio dominado por grupos violentos, denominados falanges. Assim, William e outros presos da Galeria B formam a Falange LSN.

A partir de 1976 a Falange LSN passa a ser conhecida como Falange Vermelha, e, sob a coordenação de William da Silva, alcunhado Professor, estabelece a regra primordial de não agressão entre presos. Entretanto, para garantir a hegemonia no cárcere e impor a lei vermelha em todo o presídio, em 1979 após uma tentativa de fuga frustrada pela suposta delação de algum preso filiado à outra falange, cerca de trinta homens vermelhos invadem o território da Falange Jacaré matando seus líderes e filiados.

Este episódio ficou conhecido como massacre dos jacarés, e a Falange Vermelha passava então a ser chamada de Comando Vermelho, sendo pintado em paredes por todo o Presídio Cândido Mendes o lema “Paz, Justiça e Liberdade”.

Segundo o conhecimento da polícia da época, as ações praticadas pelo Comando Vermelho no início dos anos 80, eram fundamentadas por regras a serem seguidas pelos bandidos que variavam desde a não delação de membros do grupo, o apoio financeiro dos membros livres para com os membros encarcerados, até a forma como se apresentar, como se vestir, com quem andar, etc. Era com esse pensamento que William da Silva acreditava não fazer parte da criação de uma organização criminosa, mas sim, segundo o próprio William “o que eles (o Desipe) chamavam de ‘comando vermelho’ não poderia ser destruído facilmente: não era uma organização, mas, antes de tudo, um comportamento, uma forma de sobreviver na diversidade” (LIMA, apud RODRIGUES, 2004, p. 220).

Ante algumas mortes, fugas, e novamente a prisão de seu principal líder, William da Silva, o Comando Vermelho passa a estabelecer vários núcleos não só dentro de diversas instituições carcerárias no Rio de Janeiro, mas agora também nas favelas<sup>1</sup> dos morros cariocas. Rodrigues esclarece como se deu o surgimento dos novos membros, bem como a introdução da atividade que futuramente seria a principal fonte de arrecadação de dinheiro por parte da organização.

O fato do Poder Público estar afastado das populações pobres que viviam nos conjuntos habitacionais e nas favelas dos morros corroborou para com o domínio dos traficantes de drogas ilícitas. Além da ausência do Estado em relação ao bem-estar, o aparato jurídico que serviria para solução de controvérsias também passou para as mãos do traficante de drogas. Assim, estando a população sem acesso ao aparato jurídico e ao sistema de direitos estatais, a própria autoridade narcotraficante exerceu o poder de polícia, regulando condutas, implantando tribunais, instituindo penas e salvaguardando direitos.

No mesmo momento em que eram combatidos crimes dentro das favelas comandadas por traficantes de drogas cultivando o medo em determinada parcela da população, o Comando Vermelho nos anos iniciais de sua atividade frente aos morros cariocas praticam o assistencialismo como peça fundamental. Assim, os traficantes conquistaram legitimidade perante as comunidades das favelas e dos conjuntos habitacionais.

Ainda, devido às noções paternalistas do bandido social ou do antigo valente ou malandro, que, em troca de proteção da população local, não roubava nem deixava roubar dentro da sua comunidade, o traficante de drogas é tido como herói, exercendo certo fascínio perante todos. Nesse sentido, nas palavras de Faria e Barros (2001, p. 540), “é o herói, que representa, de maneira bem clara, a luta entre o reconhecimento do desejo e o desejo do reconhecimento”.

Para Rodrigues (2004), ao patrocinar escolas de samba, compra de remédios, melhorias na infraestrutura como luz elétrica e água encanada, entre tantas outras benesses praticadas pelo traficante, o mesmo buscava conquistar a simpatia da população, sendo para ele, nada mais do que um investimento. Assim, comprando a confiança da comunidade, poderia atuar como bem entendedor, pois a população seria conivente com suas atitudes.

<sup>1</sup> Segundo Alba Zaluar e Marcos Alvíto, organizadores do livro *Um século de favela* (2004), favela não pode ser entendida apenas como um espaço urbano de “segregação” ou simplesmente como uma moradia característica das classes pobres e miseráveis. Deve-se fazer uma construção histórica, realizada no século XX, a partir das relações do Estado e da sociedade com “as tais” moradias, que posteriormente foram identificadas como favelas, tendo como principais envolvidos nesta construção os próprios moradores destas localidades. Ainda no século XX, o Estado ao deparar-se com a favela já constituída, há consideração costumeiramente como um problema, definindo sua condição de moradia ilegal e/ou irregular. A partir disto decorre que seus moradores são considerados marginais por ocuparem a cidade de um modo ilegal.

Outrossim, cumpre neste trabalho apresentar a vida, o ingresso e a estrutura do tráfico de drogas a partir de um dos traficantes de drogas mais conhecido no Rio de Janeiro nos anos 90, *Marcinho VP*<sup>1</sup>. No livro-reportagem de Caco Barcellos, *Abusado: o dono do morro Dona Marta (2003)*<sup>2</sup>, o jornalista costura a vida bandida de traficantes, suas famílias, bem como a vida de moradores da Santa Marta<sup>3</sup>. O ator principal do livro é o personagem do traficante Juliano VP, codinome dado por Barcellos ao traficante de drogas Márcio Amaro de Oliveira, vulgo *Marcinho VP*.

Nascido e criado no morro da favela Santa Marta, zona sul do Rio de Janeiro, Márcio Amaro de Oliveira, assim como William da Silva Lima, fundador do Comando Vermelho, era de família migrante do nordeste brasileiro. Desde muito jovem buscou nas ruas uma alternativa aos caminhos que a família, abalada pelo alcoolismo do patriarca, esperava que seguisse. Rompeu a trajetória habitual de pais trabalhadores para se envolver com grupos de adolescentes e jovens infratores.

Como já mencionado, a favela Santa Marta é situada em um dos morros mais íngremes do Rio de Janeiro e sua entrada principal era sempre cercada de crianças e desempregados, que em troca de alguns trocados subiam a favela com mercadorias ou na entrega de recados. O tio de Juliano, Carlos da Praça, bicheiro que fazia às vezes de comerciante, como tinha dinheiro sobrando, jamais subia carregando peso. Foi assim que VP, ainda muito garoto, começou, sem perceber, sua entrada para o mundo do tráfico de drogas. Barcellos (2003, p. 74) detalha que: “apesar da frequência dos pedidos, Juliano demorou dois meses para descobrir que os favores que fazia ao “tio” tinham outro nome. Precisou ouvir do velho bicheiro para entender: – Você já é o melhor avião da Santa Marta”.

No tráfico, Juliano VP começou a ter destaque cedo, com um cargo de maior responsabilidade, pois dependendo do movimento da boca recebia várias cargas de cocaína para ser vendida, passando a chamar a atenção do novo chefe. Para a família, VP ainda trabalhava na loja de Carlos da Praça, pois precisava justificar o dinheiro cada dias mais farto que recebia. Entretanto, sua função na loja não era ficar atrás do balcão, mas sim incrementar as vendas de pó no asfalto.

O fato que consolidou a ida de Juliano VP em definitivo para o tráfico de drogas ocorreu quando ele tinha 17 anos, em 1987<sup>4</sup>. Sua família descobriu que o vínculo que Juliano criara com Carlos da Praça era em função do tráfico de drogas. O orgulho que VP sentia em fazer parte da maior facção criminosa brasileira não era nada diferente do que o sentido por tantos outros jovens. Ele crescera sendo influenciado por Pedro Ribeiro, Cabeludo, Orlando Jogador, os quais tinham orgulho de dizer que ingressaram no Comando Vermelho quando da passagem pela prisão.

Foi Cabeludo quem pela primeira vez falou a Juliano da existência das duas faces do Comando Vermelho, a de fora e a de dentro dos presídios. – Nas cadeias, o CV luta por paz, justiça e liberdade. Nas ruas, quem é do CV tá no lado certo da vida errada – um dia lhe explicara Cabeludo durante a guerra, prometendo no futuro apresentá-lo aos chefes da organização (BARCELLOS, 2003, p. 178).

Com Juliano VP no comando do morro, era diferente, ele fazia às vezes de diplomata da favela. Escutava as queixas da comunidade, principalmente dos jovens, dialogava com as lideranças do morro que participavam das reuniões da Associação dos Moradores. Frequentava as mesas de carteados, visitava as creches, rezava nas duas igrejas católicas e no

<sup>1</sup> Inicias de viado-puto, palavrões muito falado por Marcinho na adolescência.

<sup>2</sup> No livro, Barcellos relata como conheceu Marcinho VP, quando este fora preso, logo após o episódio da vinda de Michael Jackson ao Brasil, na carceragem da Polinter. Descreve também momentos em que passou ao lado do traficante, quando Barcellos já escrevia o livro, e Marcinho VP vivia longe do morro Dona Marta, em Buenos Aires.

<sup>3</sup> Conforme Barcellos (2003), o morro Dona Marta é o maior alvo de disputa de traficantes de drogas desde os anos 80. Situada próxima a um dos bairros mais nobres do Rio de Janeiro, Botafogo, a Santa Marta é a favela vertical mais íngreme da cidade e possui um dos maiores contingentes humanos por metro quadrado do país.

<sup>4</sup> Neste mesmo ano, meses antes da Santa Marta presenciar a maior guerra do tráfico até então vista, fora rodado o documentário “Santa Marta – duas semanas no morro” (1987), com direção e roteiro de Eduardo Coutinho. O documentário foi rodado apenas com depoimentos dos moradores, dentre eles está o futuro dono do morro, Márcio Amaro de Oliveira, o Marcinho VP. Na época das filmagens VP era adolescente, mas já fazia parte do tráfico e meses depois luta pela poder do morro. No depoimento, VP reclama da inexistência de universidades para pobres, o que toma a busca por um emprego melhor cada vez mais distante.

terreiro de umbanda, estando sempre disponível para atender aos diversos pedidos da população<sup>1</sup>. Além de ser fiador do morro, como menciona Barcellos (2003, p. 209).

O relógio de Juliano circulava na favela com a confiança do crédito de um cheque administrativo. Era um modelo redondo de fabricação japonesa, à prova d'água e de choque, com função de cronômetro e que acendia uma luz verde se um pequeno botão de aço da borda fosse pressionado. Sem dinheiro, mas com o relógio nas mãos, as crianças pagavam lanche e refrigerante nos botequins e as mulheres trocavam por mantimentos nos pequenos mercados. Também era garantia de empréstimo ao portador para a compra de qualquer objeto de casa. Para o credor fazer a cobrança, bastava procurar a boca e apresentar o relógio ao seu dono. Juliano liquidava a dívida.

Como demonstra Barcellos (2003) a vida no tráfico de drogas é muito curta. Mesmo sendo um dos gerentes do tráfico na favela Santa Marta, ou seja, estar sempre acompanhado de soldados que faziam sua segurança particular, em uma invasão do serviço reservado da PM, Juliano VP fora atingido por seis tiros de fuzil nas pernas, nas nádegas e nas costas. “Sentia forte ardência em vários ferimentos, mas os músculos continuavam ativos, normais. Os lábios ficaram ressequidos e o volume de sangue que escorria dos ferimentos impressionou os primeiros amigos que vieram a seu encontro” (2003, p. 262).

Ao voltar ao Rio de Janeiro, após passar uma temporada no nordeste brasileiro, Juliano VP desembarca do avião com o objetivo de organizar a guerra que o levaria a ser o novo dono do morro Dona Marta. Entretanto, novamente Juliano VP é surpreendido por forçar policiais, que na troca de tiros deixam Juliano gravemente ferido. Com a clavícula despedaçada, Juliano permaneceu uma semana na UTI sob escolta policial, o que não impediu sua fuga.

Um ano após esse episódio, Juliano VP permanecia escondido em um barraco alugado pela família em uma favela da zona sul. Sem pessoal para comandar, sem armas, vivendo em morros vizinhos, Juliano pensou em largar o tráfico de drogas. Todavia, a favela Santa Marta, nesse período, estava “sem dono”. Juliano agiu rápido, buscou a ajuda do Comando Vermelho para se reerguer e conseguir retomar o morro. “De última hora, o apoio da quadrilha de Dudu, o gerente-geral da Rocinha, que pôs à sua disposição dezenas de armas e mais de dez homens” (BARCELLOS, 2003, p. 308).

Importante mencionar a maior festa de todos os tempos ocorrida na favela Santa Marta: a gravação do vídeo clipe de Michael Jackson. No ano de 1995, o astro norte americano desembarcou no Brasil para gravar o vídeo clipe da música “*They don't care about us*” – “Eles não se importam com a gente”. Nesse episódio, Juliano VP demonstra novamente seu lado consciente da pobreza em que se encontram as populações que moram em favelas.

Quando da confirmação de que seriam na favela Santa Marta as gravações para o vídeo clipe de Michael Jackson, Juliano VP, que era desenhista de mão cheia, confeccionou uma faixa para recepcionar o astro americano. Fixada no alto do morro, a faixa continha o que Juliano gostaria de dizer diretamente para Jackson: “*Welcome to the world... not the wonderful world... but humble world of the poor people.* (Bem-vindo ao mundo... não a um mundo maravilhoso... mas ao mundo humilde dos pobres.)” (BARCELLOS, 2003, p. 327).

O pessoal da produção do vídeo clipe de Michael Jackson não tinha nem desmontado os equipamentos das filmagens quando os soldados do BOPE (Batalhão de Operações Especiais) eram lançados por helicópteros sobre a favela. Mas ainda faltava a reunião para o acerto dos valores para serem distribuídos na Santa Marta. Mesmo sem dormir, fora Juliano quem fez o pagamento: “repassou mil dólares para cada uma das duas creches do morro, mil para a Associação de Moradores, mil para a Escola de Samba e mil para a construção de um ambulatório de saúde” (BARCELLOS, 2003, p. 354).

Após passar uma semana entocado em um barraco sem ver a luz do dia, Juliano resolveu sair. Era domingo de carnaval e ele pretendia ver o desfile das escolas de samba na companhia dos poucos amigos que permaneceram no morro. Entretanto, os soldados do BOPE continuavam a caçada a Juliano VP na favela, não demorando muito para ser preso. “Na Delegacia de Botafogo, Juliano já era aguardado com a expectativa reservada às celebridades.

<sup>1</sup> Importante mencionar o documentário “Notícias de Uma Guerra Particular” (1999), com direção de João Moreira Salles e Kátia Lund, rodado em várias favelas cariocas com o objetivo de mostrar a vida do policial, do morador e do traficante de drogas. No documentário, além de esclarecer o início do Comando Vermelho, bem como o tráfico de drogas no Rio de Janeiro, é relatado casos em que o traficante de drogas auxilia, de diversas maneiras, a comunidade em que atua, atendendo pedidos que vão desde fornecimento de remédios, a pagamento de despesas fúnebres, etc.. Até a construção de moradia, pelos próprios traficantes, para famílias em extrema miséria, é mencionado no documentário.

Uma multidão de policiais e jornalistas se empurrava para acompanhar de perto a sua chegada” (BARCELLOS, 2003, p. 357).

Condenado a 23 anos de prisão, Juliano cumpria pena na Polinter, sede de seis órgãos da polícia do Rio de Janeiro. Fuga era praticamente impossível, pois o prédio era frequentado por centenas de policiais 24 horas por dia. Juliano era o detento mais visitado do cárcere, além da visita da sua mãe e da namorada, uma publicitária moradora da gávea, recebia também alguns intelectuais interessados no traficante de drogas que falava em revolução social.

A única saída para uma fuga era a porta da frente da cadeia, e Juliano estava preparado para agir de forma abusada, um tanto quanto cinematográfica. Juliano, que portava uma escopeta descarregada, percorreu a avenida que cruzava em frente a Polinter, gritando que iria atirar, cercado por viaturas policiais, encontrou o carro que o esperava, estava em liberdade novamente. E assim como na canção de Ben Jor, “uma queima de fogos de cinco minutos na noite de sábado anunciou na Santa Marta o sucesso da fuga de Juliano” (BARCELLOS, 2003, p. 375).

Entretanto, VP não voltou para o morro, permaneceu por um tempo no apartamento da namorada na Gávea, mas sem perder o comando da favela. Nesse período a namorada tentava convencê-lo a largar o tráfico de drogas, ir embora para o exterior, mas Juliano estava irredutível, dizia que “ainda não era hora de abandonar o morro. Meu pessoal tá em guerra, os guerreiros precisam de mim” (BARCELLOS, 2003, p. 385).

Após a fuga em 1997, Juliano era considerado um dos principais inimigos do Sistema de Segurança Pública do Rio de Janeiro. Sem contar que as facções rivais, quando souberam da volta de Juliano ao morro Dona Marta, intensificaram os ataques. Durante o dia, para se proteger, Juliano ficava escondido embaixo de um barraco de moradores antigos do morro, para não despertar suspeita da polícia. As saídas noturnas eram para organizar a quadrilha e para conversar com intelectuais da época.

Nesses encontros, Juliano VP demonstrava o desejo de algum dia largar a vida de traficante de drogas, abandonar o crime em definitivo. Entretanto, argumentava que tinha um papel para cumprir dentro morro e que principalmente os jovens precisavam de sua liderança. Sabendo que poderia morrer a qualquer hora, Juliano VP acreditava que seria uma espécie de herói dos favelados. Sobre esses diálogos, descreve Barcellos (2003, p. 408), que Juliano acreditava “que a vida na comunidade seria pior e sobretudo mais violenta se o chefe fosse outro. E fez uma revelação a Yuca. – Meu sonho é fazê uma revolução dentro do Comando Vermelho, pôr em prática o lema da paz, justiça e liberdade dentro do meu morro”.

No ano de 1998, a boca de fumo da favela estava quase falida, a namorada publicitária implorava constantemente para Juliano largar o tráfico de drogas, e havia algum tempo que VP vinha mantendo contato com o subcomandante do exército Zapatista, no México. Aliado a estas circunstâncias estava o pedido do amigo João Salles<sup>1</sup>, em ajudar Juliano financeiramente, entretanto, com uma condição: antes ele deveria abandonar o tráfico de drogas em definitivo.

Juliano decidiu não abandonar o plano de ir para o México, mas também decidiu não abandonar a condição de dono do morro, deixando o cunhado em seu lugar. No período que esteve longe do Brasil, Juliano percorreu vários países da América Latina, mas jamais perdeu contato com a população da Santa Marta. Financiado por algum tempo pelo amigo João Salles, não chegou a ir ao México conhecer o exército Zapatista, mas fora morar na capital da Argentina.

Passados mais de dois anos desde a sua saída da Santa Marta, Juliano fora surpreendido pela atitude de seu amigo cineasta. João procurou as autoridades de Segurança Pública do Rio de Janeiro e informou que estava ajudando Juliano VP a sair da vida criminosa, pagando-o uma mesada para em contrapartida, o mesmo escrever um livro. Assim, o nome de Juliano VP voltou a estar na mídia e a Polícia Federal intensificou as buscas por Juliano tanto em solos brasileiros, quanto fora do Brasil.

<sup>1</sup> Segundo Barcellos (2003), a amizade de Juliano VP com o documentarista João Moreira Salles começou quando João procurava uma favela como cenário para as gravações de seu documentário, *Notícias de Uma Guerra Particular* (1999). A partir daí, Juliano, chefe do tráfico da Santa Marta e João Moreira Salles, cineasta de São Conrado, rico, pertencente a família dona do Unibanco, um dos maiores bancos privados do Brasil na época, estreitaram os laços de amizade. Foi João o único intelectual que levou a diante as promessas feitas para Juliano, como por exemplo, João deu aula de história da arte para os jovens do morro Dona Marta. Outra promessa feita à Juliano era econômica, João pretendia que Juliano escrevesse um livro, para tanto, financiaria o traficante por este período, entretanto Juliano deveria largar o tráfico de drogas.



Sem conseguir definitivamente largar o crime, Juliano VP retorna ao Brasil, em busca da retomada do morro. Ocorre que Juliano tornara-se o inimigo público número um da Polícia Federal, da Polícia Militar, e de investigadores da Delegacia de Repressão a Entorpecentes do Rio de Janeiro, sendo preso tão logo.

Era julho de 2003 quando VP foi encontrado morto, coberto pelos livros que gostava de ler, em uma lata de lixo da cadeia de Bangu. A culpa divide-se em duas, de um lado o inimigo Claudinho, que também cumpria pena em Bangu. De outro, os próprios dirigentes do Comando Vermelho que teriam matado VP, pois o acusavam de ser falador e fanfarrão (BARCELLOS, 2003).

### Considerações finais

À vista do que foi exposto nos permite ensaiar uma análise comparativa entre as atitudes/ações do bandido social e do traficante de drogas ilícitas. Com o objetivo de realizar uma revisão conceitual do tema banditismo social, bem como delimitar as características do crime de tráfico de drogas ilícitas.

O bandido social e o traficante de drogas ilícitas surgem em regiões de difícil acesso, de um lado a sociedade baseada na agricultura e vive quase que isolada do poderio econômico, do outro, as populações miseráveis que habitam morros e favelas e que, desde a criação destes espaços, foram excluídos do restante da sociedade. A problemática do tema que consiste em uma possível comparação das ações/atitudes do bandido social e do traficante de drogas ilícitas tem como base o meio pelo qual se deu o surgimento do traficante de drogas e do bandido social.

Nesse sentido, o banditismo social tem surgimento nas sociedades baseadas principalmente na agricultura e, com o advento do capitalismo, os camponeses e trabalhadores oriundos destas regiões, sentindo-se explorados e excluídos, partem para a resistência contra os detentores do poder local. O bandido social como demonstrado ao longo do trabalho, adquire o papel de protetor destas populações, na medida em que o próprio bandido sofre com as opressões de indivíduos economicamente superiores e/ou do Estado governante.

Foi assim com Lampião, Pancho Villa, Paco e Robin Hood. Homens de origem humilde e que desistem de serem mais um dos tantos oprimidos, para ir de encontro ao poder do opressor. Na resistência, encontram uma forma de viver diferente dos demais, partem para uma vida sem lei, na prática de delitos, na luta armada, mas sempre voltado a origem de sua revolta: o poder econômico de alguns contra a vida simples de outros.

Assim, da revisão conceitual do banditismo social elaborada pelo presente trabalho chega-se a conclusão de que o surgimento do banditismo social se dá, preponderantemente, no meio rural. O banditismo social floresce no campo e lá continua. É em regiões de difícil acesso que o banditismo social floresce e na população que sofre com os avanços de classes com poderio econômico elevado, sofre com os avanços do capitalismo, sofre com a exclusão do Estado, encontra fundamentação para a manifestação de resistência. Portanto, entende-se que o banditismo social tem seu surgimento principalmente nas sociedades baseadas essencialmente no campo.

Como ficou demonstrado no decorrer do presente trabalho, o tráfico de drogas ilícitas fixou-se, desde o seu início, nas favelas e nos morros. Aliado a isso e a partir da expansão deste mercado, o tráfico de drogas ilícitas passou a ser uma das indústrias mais lucrativas do mundo. Envolvendo economicamente a região em que atua, o traficante de drogas ilícitas, que aliás, é oriundo destas mesmas regiões de segregação social, faz com que a sua atividade, embora ilícita, abasteça de diversas formas a população destes locais.

O que se propôs no presente trabalho era encontrar atitudes do traficante de drogas e do bandido social que pudessem ser possíveis de compará-las. O bandido social que por sua essência de protetor, de vingador de injustiças, de herói para os oprimidos, praticava suas ilegalidades da mesma forma que o traficante de drogas pratica, muito embora o bandido social detivesse uma ideologia social. Ocorre que o traficante de drogas ilícitas, não pratica suas ilegalidades por uma ideologia social, mas sim pela visão de lucro, e, desta renda adquirida com o tráfico de drogas, reverte em benefícios para a população.

Do exposto, pode-se constatar que o início do tráfico de drogas ilícitas nas comunidades, como demonstrado no segundo capítulo do presente trabalho, os fundadores do Comando Vermelho praticavam atos de assistencialismo para a população. Muito embora estes atos, em sua essência, buscavam legitimar a prática de ilegalidades dentro destas



comunidades. Ocorre que é difícil aferir até que ponto os traficantes de drogas da atualidade praticam ou não esses preceitos oriundos do início do Comando Vermelho.

A dificuldade em concluir que práticas assistenciais dentro das favelas não são executadas, esbarra em atitudes, como por exemplo, de traficantes de drogas como Márcio Amaro de Oliveira. Retrato no presente trabalho, Márcio VP fora um traficante diferenciado, pois detinha uma visão ideológica do mundo em que ele vivia. Márcio VP praticava todas as formas de criminalidade, entretanto, jamais se esquecia de onde crescera e vivera, do morro e da favela que, após se transformar no chefe do tráfico da mesma, ajudava com ações sociais financiadas pelas práticas do tráfico.

Por fim, finalizando este trabalho, em resposta a problemática do tema apresentado, há comparações nas atitudes/ações do bandido social e do traficante de drogas. Assim como o bandido social, o traficante de drogas com todo o valor econômico que gira em torno deste criminoso distribui a seus pares o ganho na prática do tráfico de drogas.

Conforme fica demonstrado no decorrer do presente trabalho, a problemática do tema enseja diversas formas de pesquisa, com um aparato de referências em livros, artigos, teses, etc. Como trata-se de assunto de suma importância na atualidade, pois abarca a dinâmica da criminologia, o tema nos permite buscar no cinema, com filmes e documentários, as diversas visões sobre a matéria.

#### Referências

- 400 Contra 1 - Uma História do Crime Organizado. Direção: Caco Souza. Produção: Destiny International/Globo Filmes. Distribuição: Playarte Pictures. Ano: 2010.
- BARCELLOS, Caco. *Abusado: O dono do morro Santa Marta*. – 4ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2003.
- BRANCO, Rodrigo Castelo. *A “questão social” na origem do capitalismo: pauperismo e luta operária na teoria social de Marx e Engels*. Rio de Janeiro: URFJ/ESS, 2006.
- DOWDNEY, Luke. *Crianças do tráfico: um estudo de caso de crianças em violência armada no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: 7 Letras, 2004.
- FARIA, Ana Amélia Cypreste; BARROS, Vanessa de Andrade. *Tráfico de drogas: uma opção entre escolhas escassas*. Minas Gerais: Revista Psicologia & Sociedade, ano 3, v 23, p. 536-544, Set./Dez. 2001.
- FERRERA, Vera; AMAURY, Antonio. *De Virgulino a Lampião*. São Paulo: Ideia Visual, 1999.
- HOBSBAWM, Eric. *Bandidos*. – 4ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2010.
- [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm)
- Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006. Disponibilizada em:
- Notícias de Uma Guerra Particular. Direção: João Moreira Salles e Kátia Lund. Produção: Videofilmes. Ano: 1999.
- RODRIGUES, Thiago. *Política e drogas nas Américas*. São Paulo: EDUC: FAPESP, 2004.
- ROSA, Marcos Alexandre Rinaldi. *O banditismo social em regiões periféricas do Brasil e do México na segunda metade do século XIX*: Antônio Silvino e Pancho Villa. São Paulo: USP/PROLAM, 2008.
- Santa Marta – duas semanas no morro. Direção e Roteiro: Eduardo Coutinho. Ano: 1987.
- SANTOS, José Vicente Tavares dos; TEIXEIRA, Alex Niche; RUSSO, Maurício (Orgs.). *Violência e cidadania: práticas sociológicas e compromissos sociais*. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2011.
- SHANIN, Teodor. *A definição de camponês: conceituações e desconceituações – o velho e o novo em uma discussão marxista*. São Paulo: Revista NERA, ano 8, n. 7, p. 1-21, Jul./Dez. 2005.
- ZALUAR, Alba; ALVITO, Marcos (Orgs.). *Um século de Favela*. – 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004.

### 1.3 Meio Ambiente, Ecologia e Transnacionalização do Direito

### 1.3.1 A responsabilidade civil ambiental como instrumento de proteção do meio ambiente e consolidação de um direito ambiental universal<sup>1</sup>

Douglas Rotta<sup>2</sup>  
Ian Fabrício Brites<sup>3</sup>

#### Resumo

O objetivo deste artigo é estimular a proteção e preservação do meio ambiente por meio do uso de recursos oriundos das indenizações por danos ambientais. Partindo da análise da responsabilidade civil ambiental, eleva-se a um patamar global a inquietude com a destinação desses recursos. Para tanto, primeiramente são abordadas as teorias que constituem o instituto da responsabilidade civil, seguido do emprego desta no Direito Ambiental nas suas diferentes modalidades. Posteriormente, discute-se a efetividade do Fundo de Defesa de Direitos Difusos no desenvolvimento da Política Nacional do Meio Ambiente. Por fim, propõe-se a criação de uma entidade internacional a fim de gerir e fiscalizar a aplicação, pelos fundos nacionais, dos recursos advindos das indenizações por danos ambientais.

**Palavras-chave:** Meio ambiente. Direito Ambiental. Responsabilidade civil. Dano ambiental.

#### INTRODUÇÃO

Meio Ambiente é “a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas” (DA SILVA, *apud* SIRVINSKAS, 2008, p. 37). Assim, entende-se por Direito Ambiental a ciência jurídica que tem como objeto o Meio Ambiente e suas relações com o ser humano, visando a sua proteção e preservação na busca de melhorar as condições de vida do planeta (SIRVINSKAS, 2008, p. 35).

O presente estudo tem por finalidade abordar o instituto da responsabilidade civil na esfera do Direito Ambiental. Visto se tratar de um direito difuso e universal, onde o titular do direito é a coletividade, pode-se observar certas peculiaridades em relação aos outros ramos do Direito.

Para tanto, inicialmente serão analisadas as teorias subjetiva e objetiva da responsabilidade civil. Posteriormente, enquadrando-se na teoria adotada pelo Direito Ambiental, abordar-se-á os três objetos que compõem o instituto, quais sejam, a restauração, a compensação e a indenização.

Além disso, tratar-se-á da aplicação dos recursos oriundos das indenizações por danos ambientais, através de uma abordagem crítica acerca da destinação desses recursos, os quais deveriam ser fonte de investimento em política de preservação ambiental e desenvolvimento sustentável.

Por fim, será proposta uma alternativa para que se possibilite meios de fiscalização e gerenciamento dos recursos advindos das indenizações, com o fim de evitar o desvio das verbas ambientais e o consequente investimento destes fundos em projetos que visam o desenvolvimento sustentável.

#### I. A CULPA NA RESPONSABILIDADE CIVIL

O surgimento da responsabilidade civil se deve ao descumprimento de obrigações, à desobediência de cláusulas contratuais ou, também, pelo descumprimento de preceito normativo regulamentador da vida em sociedade (TARTUCE, 2011, p. 315).

Assim, para que haja reparação ou ressarcimento de danos, faz-se necessário analisar quem o deu causa, ou seja, demonstrar de quem é a responsabilidade por tais danos. Existe, portanto, a necessidade de nexos de causa entre fato e resultado para que se possa falar em responsabilização.

Em razão da culpa, pode-se classificar a responsabilidade civil em duas espécies, conforme as teorias em que estão fundamentadas.

<sup>1</sup> Atividade realizada junto à Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA. Este artigo é referente à avaliação continuada da disciplina de Direito Ambiental, ministrada pelo Prof. Ms. Mauricio Fernandes da Silva e pertencente à grade curricular do 7º semestre do curso de Direito. Em junho de 2013.

<sup>2</sup> Autor. Acadêmico do 7º semestre do curso de Direito da Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA. Sob orientação do Prof. Ms. Maurício Fernandes da Silva.

<sup>3</sup> Co-autor. 7º semestre do curso de Direito da Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA.

### I.I Teoria Subjetiva

Regra geral no ordenamento jurídico brasileiro, a responsabilidade civil subjetiva se configura pela demonstração de culpa do agente. Para que nasça a responsabilidade pelo ato praticado e o dever de indenizar o dano por ele causado, faz-se necessária a observância de uma ação culposa.

Na teoria subjetiva, o dever de indenizar surge necessariamente através da comprovação da culpa genérica do agente. A culpa genérica compreende o dolo, que é a intenção de causar dano, e a culpa em sentido estrito, a qual compreende a imprudência, a negligência e a imperícia (TARTUCE, 2011, p. 472).

Há, então, a imperiosa análise da conduta do agente causador do dano. O prejuízo é decorrente de determinado comportamento deste agente, um comportamento em que se verifica a conduta culposa em qualquer de suas espécies.

Ainda, além dos elementos caracterizadores da culpa, faz-se necessária a comprovação da conduta, comissiva ou omissiva, do nexos causal e do resultado, na maioria dos casos. Não há, portanto, apenas a análise do nexos de causa. Outros elementos precisam estar evidenciados para que seja o agente responsabilizado pelo ato.

Nota-se, portanto, que a demonstração de culpa, no sentido genérico, é elemento essencial para a caracterização da responsabilidade subjetiva, aliada ao preenchimento dos demais elementos que originam a responsabilidade, teoria esta que foi adotada como regra geral no Código Civil de 2002.

### I.II Teoria Objetiva

Diferentemente da teoria subjetiva, a responsabilidade civil objetiva é adotada excepcionalmente no sistema jurídico brasileiro, ocorrendo nos casos especificados em lei ou quando, por sua natureza, a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar risco para os direitos alheios.

O Código Civil de 2002 adota a teoria objetiva da responsabilidade para determinadas situações, consoante o disposto no parágrafo único do art. 927, como se vê:

**Art. 927.** Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

**Parágrafo único.** Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Em que pese a teoria subjetiva estar alicerçada na teoria da culpa, pode-se afirmar que a teoria objetiva, por outro lado, fundamenta-se na teoria do risco (TARTUCE, 2011, p. 475). Há que se observar, então, a natureza da atividade que deu causa ao dano, sendo que se tal atividade implica risco para direitos alheios, não se faz necessária a configuração de uma ação culposa, bastando a existência do dano para o nascimento do dever de indenizar.

Aqui não há que se analisar a conduta do agente causador do prejuízo. O comportamento deste agente não é relevante para que o mesmo seja responsabilizado pelos danos causados. O comportamento, independentemente de ser culposos ou não, é ultrapassado pela análise fria do resultado obtido.

Resta dizer que, enquadrando-se o resultado nas hipóteses previstas na legislação ou realizando atividade que acarrete risco à direito alheio, é o agente responsável por reparar os danos causados, abstraindo-se o exame de sua conduta.

Assim, na responsabilidade objetiva não se faz necessária a análise da intenção danosa, ou mesmo se houve imperícia, imprudência ou negligência, respondendo o agente causador do dano independente de culpa.

Após breve análise das teorias que fundamentam a responsabilidade no âmbito civil, passamos ao estudo da responsabilização por danos ambientais, tratado no tópico que segue.

## II. A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO AMBIENTAL

O art. 14, §1º da Lei 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, quando expressamente prevê que “é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade”, demonstra que em se tratando de dano ambiental, falamos em responsabilidade objetiva.

Nesse sentido afirma o ilustre doutrinador Toshio Mukai (2007, p. 61) que “a Lei 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, consagrou, em termos gerais, a responsabilidade civil objetiva, relativamente a todo e qualquer dano ao meio ambiente”.<sup>4e</sup>

Como mencionado anteriormente, a responsabilidade objetiva deriva de determinação legal ou quando a atividade implicar risco à direito alheio. Em face da independência de ação culposa, a simples demonstração do nexa causal enseja a responsabilização do agente e origina o dever de indenizar.

Ainda, a legislação pátria em matéria ambiental adota a responsabilidade objetiva pelo risco criado e pela reparação integral. Assim, ensinam os professores José Rubens Morato Leite e Patryck de Araújo Ayala (2010, p.132):

No Brasil, e em muitos outros países, foi adotada, na área ambiental, a teoria da responsabilização objetiva, pelo risco criado e pela reparação integral. Entendem-se, por riscos criados, os produzidos por atividades e bens dos agentes que multiplicam, aumentam ou potencializam um dano ambiental. O risco criado tem lugar quando uma pessoa faz uso de mecanismos, instrumentos ou de meios que aumentam o perigo do dano. Nestas hipóteses, as pessoas que causaram dano respondem pela lesão praticada, devido à criação de risco ou perigo, e não pela culpa.

A adoção da teoria objetiva com fins de responsabilização por dano ambiental estimula implicitamente a adoção de medidas cautelares por agentes potencialmente poluidores. A preocupação não é apenas se eximir de culpa, mas evitar causar o dano, pois a conduta culposa aqui é irrelevante. Neste sentido afirmam José Rubens Leite e Melissa Melo (2007, p. 201):

[...] não há como negar que a responsabilidade objetiva, devidamente implementada, estimula que o potencial agente degradador venha a estruturar-se e adquirir equipamentos que visam a evitar ou reduzir as emissões nocivas, considerando que o custo destes é menor que o custo da indenização.

Nota-se que, além da responsabilidade civil na esfera ambiental ser objetiva, também é solidária. Assim, serão responsáveis solidariamente todos os envolvidos com os danos ambientais, o que indica a ampla abrangência do instituto, obrigando uma cadeia de sujeitos a implementar medidas preventivas a fim de evitar o dano, e caso não seja evitado, a proceder com a reparação das lesões causadas ao patrimônio ambiental.

Nesse contexto, a adoção da responsabilidade objetiva pela legislação ambiental confere ao instituto, além do caráter repressivo, pois basta a demonstração do dano e a comprovação do nexa de causa para que surja o dever de indenizar, um caráter preventivo, ao estimular potenciais poluidores à investir em tecnologia de prevenção e diminuição do impacto danoso ao ambiente a fim de evitar a configuração do dano e arcar com o prejuízo da indenização.

Diz-se, acerca da norma jurídica ambiental, que possui caráter inibitório, ou seja, a tutela da norma jurídica ambiental perfaz-se por meio da tutela inibitória. Tutela inibitória “consiste em modalidade de prestação jurisdicional destinada a proteger a integridade da norma” (TESSLER, 2010, p. 132). Nesse contexto, ressalta-se a importância da Ação Inibitória na esfera ambiental a fim de evitar a perfectibilização do dano.

Importante é perceber que, apesar de em muitos casos o ato de violação da norma produzir imediatamente um dano, há casos em que a prática do ilícito antecede a configuração do dano. Para estes casos é que a tutela inibitória apresenta sua grande vantagem, porque para a obtenção de uma tutela inibitória basta a prova do ilícito, o que é muito mais fácil de demonstrar do que a prova do dano e da culpa (TESSLER, 2010, p. 133).

Destaca-se a relevância de se prevenir o dano. Nesse sentido, imperioso que as normas materiais e processuais impliquem em mecanismos dotados da eficiência necessária para, primeiro, evitar a ocorrência da lesão ambiental, e, posteriormente, responsabilizar adequadamente os responsáveis por eventual ilícito contra o meio ambiente.

Quanto à reparação dos danos causados ao patrimônio ambiental, visto ser um bem jurídico universal e pertencente à coletividade, realiza-se de três formas distintas, que constituem verdadeiras etapas, com o objetivo de retornar o patrimônio lesado o mais próximo possível do estado anterior ao dano, em virtude de ser impossível o retorno ao exato *status quo ante* quando se trata de meio ambiente.



A reparação do dano ambiental consiste em um processo que compreende atos seriados que visam recuperar o patrimônio lesado, compensar o patrimônio impossibilitado de reparação e coagir o agente a evitar o dano mediante pagamento pela lesão causada ao patrimônio coletivo. As variadas etapas de reparação do dano ambiental serão abordadas a seguir.

## II.I Restauração

A restauração tem por objetivo reestabelecer a situação anterior ao dano. Também chamada de recuperação ecológica, a restauração consiste na “reintegração, recomposição ou recuperação *in situ* dos bens ambientais lesados” (LEITE, *apud* FERREIRA, 2010, p. 60).

A restauração deve ser entendida como a primeira etapa do processo de reparação do dano ambiental. Ao recompor o ambiente alvo do dano, o agente restitui à coletividade aquele patrimônio que é seu por direito, reintegrando o sistema ecológico existente *in locu*.

Devido à dificuldade de retornar o bem jurídico lesado ao estado anterior, pode-se afirmar que a restauração é primeira fase da reparação dos danos ao patrimônio ambiental. Como ensina Heline Ferreira (2010, p. 60), “uma vez danificada, a natureza já não pode ser verdadeiramente restabelecida do ponto de vista ecológico”.

Conforme determina o art. 4, VI da Lei 6.938/81, é objetivo da Política Nacional do Meio Ambiente “à preservação e restauração dos recursos ambientais com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente, concorrendo para a manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida”.

Assim, após esgotadas as possibilidades de restaurar os bens ambientais violados, caso não seja possível fazê-lo, são necessárias outras medidas que visam quitar o débito ambiental com a coletividade, como veremos na sequência.

## II.II Compensação

Uma vez inviável a restauração total ou parcial do ambiente lesado, resta pendente o débito ecológico. Isto posto, tem-se na compensação outra medida para amenizar os danos ambientais causados.

Pode-se considerar a compensação como a segunda etapa do processo seriado de reparação do dano ambiental. É igualmente importante devido ao fato de complementar a restauração, sendo que dificilmente a restauração conseguirá recompor o ambiente em sua integralidade.

A compensação, diferentemente da restauração, consiste na substituição do bem ambiental lesado por outro funcionalmente equivalente, resultando em um patrimônio natural inalterado, visto de modo amplo e geral (FERREIRA, 2010, p. 61). Assim, é possível que tal instituto seja aplicado em local diverso daquele onde se procedeu a lesão, em virtude da universalidade do patrimônio ambiental e da coletividade lesada.

Observa-se que a compensação ecológica, considerada como a segunda fase do processo de responsabilização por dano ao ambiente, compreende etapa complementar à restauração, visto que a substituição do bem ambiental lesado não objetiva o retorno ao *status quo ante*, que seria o resultado ideal em se tratando de responsabilidade civil no Direito Ambiental.

Nesse sentido, lecionam José Rubens Morato Leite e Patryck de Araújo Ayala (2010, p. 213):

É preciso observar, entretanto, que a restauração natural deve ser sempre priorizada e, apenas quando esta não for possível, deve-se então aplicar a indenização pecuniária ou a substituição do bem por outro equivalente, como forma de compensação ambiental. A viabilidade de uma ou outra forma de reparação deve, vale ressaltar, ser precisada por perícia.

Resulta que, quando falamos em compensação, o local que sofre o dano permanece deficitário, devendo ser compensado por determinada medida ambiental em local diverso, mas que mantenha relação com o bem ambiental afetado.

## II.III Indenização

Como medida final do processo de responsabilização civil no Direito Ambiental, tem-se a indenização. Tem como fundamento, além da quitação do débito ambiental com a coletividade, exercer papel coercitivo na medida que desestimula o agente a praticar novos atos lesivos ao meio ambiente.

A indenização consiste em quitar o débito ecológico resultante de dano ambiental através de pagamento em pecúnia, direcionado ao titular do patrimônio ambiental, ou seja, a coletividade. Aqui surge o entrave quanto à destinação do recurso oriundo desse pagamento, bem como de sua posterior utilização, os quais serão tratados adiante.

Para que seja quantificado o valor econômico a ser indenizado, deve-se observar, primeiramente, a análise da proporcionalidade das medidas de restauração natural, assim como a compensação dos usos humanos durante o período de execução da restauração natural e, por fim, a compensação dos danos ecológicos quando a restauração se revele impossível ou desproporcional (CARDIN; BARBOSA, 2008, p. 166).

É, portanto, uma medida residual, mas igualmente importante, visto que o recurso oriundo da indenização deve ser utilizado para patrocinar e fomentar a preservação do meio ambiente, impulsionar e viabilizar as políticas de educação e conservação ambiental e, também, investir em pesquisa de tecnologia para fins de redução do impacto ambiental causado pela atividade humana.

Em que pese o Direito Ambiental ser um direito universal, que tem na coletividade o titular desse direito, resta saber para quem deve ser entregue o valor pecuniário a título de indenização. Em face da abstração do proprietário do patrimônio ambiental, surge a dificuldade de individualizar a destinação de tais recursos. Como veremos a seguir, esses valores devem ser depositados em um fundo específico, constituído exclusivamente para o recebimento de indenização desta natureza.

### III. O FDD COMO PROPULSOR DA PNMA

A criação de um fundo para o recolhimento das indenizações por danos ambientais deve ser promovida por cada uma das esferas estatais. Assim, no Brasil, teremos o fundo federal, os fundos estaduais e os fundos municipais, os quais são responsáveis pelo recebimento das indenizações pecuniárias a título de indenização por dano ambiental, respeitando-se as respectivas competências.

Em âmbito federal, o fundo responsável pelo recebimento dos valores oriundos de condenações judiciais e extrajudiciais, a título de indenização por danos ambientais é o Fundo de Defesa de Direitos Difusos. Este fundo é originado em decorrência da Lei 7.347/85, conforme consta no seu art. 13:

**Art. 13.** Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

O Fundo de Defesa de Direitos Difusos é regulamentado pelo Dec. 1.306/94. Segundo seu art. 1º,

**Art. 1º** O Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD), criado pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, tem por finalidade a reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, por infração à ordem econômica e a outros interesses difusos e coletivos.

Os recursos do FDD são o produto da arrecadação, dentre outros, das indenizações por danos ambientais, consoante o art. 2º do Dec. 1.306/94. Observa-se que o FDD não concentra apenas os valores oriundos de débitos ambientais, mas também “aqueles decorrentes de violação de direitos supraindividuais, transindividuais ou metaindividuais, como os causados ao consumidor, ao patrimônio cultural, à ordem econômica” (CARDIN; BARBOSA, 2008, p. 172).

Dessa forma, o FDD não está voltado exclusivamente às questões ambientais, fato que corrobora para a ineficácia do art. 13 da Lei 7.347/85 e do art. 1º do Dec. 1.306/94. Verbas que deveriam ser destinadas para medidas que visam à preservação e proteção ambiental, bem como o desenvolvimento sustentável, em face da reparação de danos causados ao meio ambiente, são constantemente desviadas para outros fins.

O FDD é gerido pelo Conselho Federal de Defesa de Direitos Difusos. Este conselho é formado por representantes de ministérios do executivo federal, membros do Ministério Público e de entidades civis, bem como de um representante do CADE, como determina o art. 2º da Lei 9.008/95.

Como meio de impulsionar a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), entende-se essencial a constituição de um fundo nacional para receber e gerir exclusivamente as verbas oriundas das indenizações pecuniárias por danos causados ao patrimônio ambiental.

De outra sorte, tais recursos poderiam inclusive patrocinar pesquisas tecnológicas, com vistas ao desenvolvimento de tecnologia de ponta para o combate à degradação ambiental e a redução do impacto causado pela atividade humana no ambiente natural. São incentivos para inserir o Brasil em um mercado altamente rentável, sendo que o investimento em tecnologia se reverte em benefício para a sociedade, bem como incrementa a geração de riquezas quando da comercialização de produtos de alta tecnologia com outros países.

Ademais, como forma de fiscalização e para garantir a aplicação dos recursos advindos de tais indenizações, seria interessante a criação de um órgão internacional exclusivo para tal finalidade, com poder de atuação em todos os países, alicerçado no Princípio da Cooperação Internacional, visto que, como mencionado anteriormente, o Direito Ambiental é universal e coletivo, discussão que será abordada a seguir.

Então, visto que o art. 225 da CF, bem como a Lei 6.938/81 trazem normas programáticas, é importante que as verbas advindas de condenações por danos ambientais sejam aplicadas para se concretizar os intenções constantes das normas que tratam do ambiente, fazendo do FDD um meio de tornar eficaz o texto constitucional e infraconstitucional.

#### **IV. GERENCIAMENTO E FISCALIZAÇÃO DOS FUNDOS NACIONAIS RESPONSÁVEIS PELA APLICAÇÃO DAS VERBAS AMBIENTAIS**

Como mencionado anteriormente, ainda não existem meios de efetivar a aplicação dos recursos oriundos das indenizações por danos ambientais exclusivamente na proteção e preservação ambiental, fomentando o desenvolvimento sustentável.

No Brasil, sequer há um órgão exclusivo para tal finalidade. O FDD, como já visto, é um fundo que gere os recursos oriundos de variadas fontes. A falta de exclusividade gera a possibilidade de desvios na destinação das verbas originárias das indenizações por danos ambientais.

Há, portanto, espaço para a criação de um organismo internacional de gerenciamento e fiscalização dos fundos nacionais que administram os recursos destinados ao meio ambiente. Isto pois é da coletividade a titularidade do direito ao ambiente sadio, equilibrado e sustentável. O Direito Ambiental é difuso e universal, ensejando a participação da comunidade internacional para a sua aplicação plena e global.

Um órgão internacional, que tenha poderes de atuação em todos os países, com a finalidade exclusiva de gerenciamento e fiscalização dos fundos nacionais é uma alternativa para garantir a correta aplicação dos recursos oriundos das indenizações ambientais.

Questões de soberania nacional, que poderiam ser um entrave para a intervenção de uma entidade internacional, devem ser flexibilizadas em virtude da universalidade do patrimônio ambiental. O fato de o bem jurídico ambiental se encontrar em determinado território, não exclui a titularidade dos demais seres humanos que vivem externamente a este território.

O dano ambiental e o desvio das verbas que deveriam ser revertidas em políticas ambientais causa prejuízo a todos os seres humanos, independentemente das fronteiras políticas fixadas pelo homem.

Todavia, poder-se-ia questionar a legitimidade de um ente internacional que tenha poderes de intervenção nos Estados nacionais, ferindo o dogma da soberania pátria. Isto posto, imperioso invocar a brilhante construção do professor Luigi Ferrajoli, quando na obra "A soberania no mundo moderno" demonstra que a soberania externa, ou seja, aquela referente ao Estado nacional para com seus pares, cede lugar para um direito internacional supra estatal.

Ensina o professor Ferrajoli (2007, p. 41):

A soberania, que já se havia esvaziado a ponto de dissolver-se na sua dimensão interna com o desenvolvimento do estado constitucional de direito, se esvanece também em sua dimensão externa na presença de um sistema de normas internacionais caracterizáveis como *ius cogens*, ou seja, como direito imediatamente vinculador para os Estados-membros.

Desse modo, na esfera do Direito Internacional, os indivíduos e os povos passam a ser, juntamente com os Estados nacionais, sujeitos de direito internacional. Valendo-se de tal

condição, é possível que assim se entenda em sede de Direito Ambiental, visto sua condição universal e difusa.

Baseando-se em tal entendimento, seria perfeitamente plausível e oportuna a criação de um organismo internacional que passe a gerir e fiscalizar a aplicação de recursos na conservação do patrimônio ambiental, preservando o direito da humanidade ao meio ambiente sadio e equilibrado.

Ademais, como afirma Ferrajoli (2007, p. 50-51), o Estado “já é demasiado grande para as coisas pequenas e demasiado pequeno para as coisas grandes”. E segue, concluindo que, sobretudo,

o Estado é pequeno demais com respeito às funções de governo e de tutela que se tomam necessárias devido aos processos de internacionalização da economia e às interdependências cada vez mais sólidas que, na nossa época, condicionam irreversivelmente a vida de todos os povos da Terra.

Deve-se, portanto, aproveitar de instrumentos supra nacionais de aplicação global para que se viabilize a proteção de um bem jurídico vital para todos os povos. Neste contexto é que se insere o Direito Ambiental, o qual tem por escopo a regulamentação das relações humanas para com o ambiente, propagando alternativas e mecanismos que resultem no desenvolvimento sustentável das nações.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

A responsabilidade civil tratada na esfera do Direito Ambiental é um instituto consolidado no sistema jurídico nacional. É necessário que assim o seja, pois implica em uma ferramenta que visa atender aos princípios gerais do Direito Ambiental, tais como os princípios da prevenção e da precaução, da sustentabilidade e, principalmente, do poluidor-pagador.

Como forma de reparação do dano ambiental, face a dificuldade de reversão do bem afetado, é vital a observação das três etapas, quais sejam, a restauração, a compensação e a indenização. Tratando-se de direito difuso e coletivo, imprescindível que se adote meios que tenham a maior abrangência possível, a fim de dar maior eficácia à reparação do dano.

Seguindo na mesma linha de raciocínio, nota-se que a adoção da teoria objetiva para demonstração da responsabilidade é acertada devido às dificuldades de comprovação da culpa genérica quando de dano ambiental.

Importante ressaltar, também, que o Fundo de Defesa de Direitos Difusos é o responsável pelo recebimento das verbas oriundas de condenações por danos ambientais. Todavia, como o fundo não é exclusivo para fins ambientais, há alguma dificuldade em reverter tais verbas em políticas de proteção do ambiente.

Certamente, se houvesse um fundo para tratar exclusivamente das questões ambientais, recolhendo e aplicando os valores advindos das indenizações pecuniárias por danos ambientais na preservação do meio ambiente, mais fácil seria evitar o desvio das verbas e de finalidade, situação que se constata atualmente.

Por fim, como alternativa, salienta-se a relevância da criação de um organismo internacional de gerenciamento e fiscalização dos fundos nacionais que recebem os recursos advindos de indenizações por danos ambientais, os quais deveriam ser aplicados na proteção e preservação do meio ambiente, estimulando políticas de desenvolvimento sustentável.

Ensina Ferrajoli (2007, p. 58) que o “direito moderno nada tem de ‘natural’. Ele é, com certeza, como as relações de força o determinam. Mas também é, mais em geral, como o querem e o constroem os homens, com suas reivindicações e suas lutas, e inclusive com as elaborações dos filósofos e dos juristas”. Creio que a reivindicação por um ambiente sadio e harmonioso é uma luta que vale muito a pena.

### REFERÊNCIAS

- BRASIL. *Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6938compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938compilada.htm)>. Acesso em 07 de abril de 2013.
- \_\_\_\_\_. *Lei 7.347, de 24 de julho de 1985*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7347Compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm)>. Acesso em 08 de abril de 2013.

- \_\_\_\_\_. *Lei 9.008, de 21 de março de 1995*. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9008.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9008.htm)>. Acesso em 08 de abril de 2013.
- \_\_\_\_\_. *Decreto 1.306, de 09 de novembro de 1994*. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D1306.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D1306.htm)>. Acesso em 08 de abril de 2013.
- CARDIN, Valéria Silva Galdino; BARBOSA, Haroldo Camargo. *Formas de reparação do dano ambiental*. In: Revista de Ciências Jurídicas – UEM. v.6, nº 2, p. 155-178, Maringá, julho/dezembro de 2008. Disponível em:  
<<http://periodicos.uem.br/ojs/index.php/RevCiencJurid/issue/view/446>>. Acesso em 07 de abril de 2013.
- FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- FERREIRA, Heline Sivini. *Compensação Ecológica: um dos modos de Reparação do Dano Ambiental*. In: Aspectos processuais do Direito Ambiental. Org.: José Rubens Morato Leite e Marcelo Buzaglo Dantas. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.
- LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- LEITE, José Rubens Morato; MELO, Melissa Ely. *As funções preventivas e precaucionais da responsabilidade civil por danos ambientais*. In: Revista Sequência: Estudos jurídicos e políticos – Publicação do Programa de Pós-graduação em Direito da UFSC. v.28, nº 55, p. 195-218, Florianópolis, dezembro de 2007. Disponível em:  
<<http://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15053>>. Acesso em: 15 de junho de 2013.
- MUKAI, Toshio. *Direito ambiental sistematizado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de Direito Ambiental*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- TARTUCE, Flávio. *Direito Civil, vol. 2: direito das obrigações e responsabilidade civil*. 6.ed. São Paulo: Método, 2011.
- TESSLER, Luciane Gonçalves. *Ação Inibitória na Proteção do Direito Ambiental*. In: Aspectos processuais do Direito Ambiental. Org.: José Rubens Morato Leite e Marcelo Buzaglo Dantas. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária



### 1.3.2 Considerações acerca das transformações legislativas ocorridas no meio ambiente, com ênfase na tríplice responsabilização<sup>1</sup>

Cintia Barros Pohlmann<sup>2</sup>  
Janine Garcia Corte<sup>3</sup>  
Maurício Fernandes da Silva<sup>4</sup>

#### RESUMO

O presente artigo tem por objetivo, realizar uma breve análise sobre as transformações ambientais na legislação do século vigente, bem como instruir tal objeto com uma visão constitucionalista, em consonância com o Direito Penal, Administrativo e Civil acerca da tríplice responsabilização pelos danos causados ao meio ambiente.

**Palavras - Chave: Meio ambiente. Direito Penal. Responsabilidade. Constituição Federal.**

#### 1. INTRODUÇÃO

O objetivo essencial desse estudo será realizar uma breve referência as principais transformações ocorridas no âmbito da legislação, acerca do meio ambiente.

Convém ressaltar que a crescente preocupação com a questão ambiental, a ponto de ela passar a fazer parte da discursividade jurídica, é fruto de um movimento intelectual que, sobre tudo a partir da década de 70, opõe-se ao desenfreado desenvolvimento produtivo industrial.

Existe uma lei que é específica, a Lei nº 6.938/1981 (Lei da Política do meio ambiente), que define meio ambiente em seu art. 3, I, como “o conjunto de condições, leis, influencias e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

Entretanto, a defesa do meio ambiente também encontra respaldo na Constituição Federal, que dispõe em seu artigo 225, que “*Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações*”. Além da proteção ao meio ambiente, a Constituição prevê expressamente a tríplice responsabilização, independente da obrigação de reparar os danos causados. A partir de 1988, diversas leis esparsas foram promulgadas (Lei 7.679/88 – Dispõe sobre a Proibição da Pesca; Lei 7.802/89 – Agrotóxicos; Lei 7.803/89, que alterou a Lei 4.771/65; Lei 7.804/89, que alterou a lei 6.938/81- Política Nacional do Meio Ambiente; Lei 7.805/89, que alterou o Decreto –Lei 227'67- Código de Minas; Lei 8.974/95- Patrimônio Genético). Finalmente, em 12/02/1998, foi então sancionada a Lei 9.605, o qual, em face dessa nova concepção constitucional do meio ambiente, tipificou todas as condutas lesivas ao meio ambiente, considerando-o, agora, sob novo ponto de vista.

#### 2. PANORAMA GERAL

O surgimento da Revolução Industrial no século XVIII, marco da consolidação e mundialização do capitalismo, além da extraordinária produção de riquezas, trouxe consigo ameaças concretas a qualidade da vida humana em seu ambiente.

Um século de agressão à vida não foi suficiente para criar padrões de conduta diferentes para aqueles que tardiamente entraram na era industrial, porém, progressivamente o Direito vem procurando resolver essa problemática, voltando-se às ideias de direitos e obrigações coletivas e difusas.

<sup>1</sup> Resultado parcial da atividade de pesquisa proposta na disciplina de Direito Ambiental, desenvolvida na Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA) durante o segundo semestre de 2013, vinculado a linha de pesquisa “Constitucionalismo, Concretização de Direitos e Cidadania”.

<sup>2</sup> Aluna de graduação do 7º semestre da Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA. E-mail: [cintiapohlmann@hotmail.com](mailto:cintiapohlmann@hotmail.com)

<sup>3</sup> Aluna de graduação do 7º semestre da Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA. E-mail: [janinecortes@yahoo.com.br](mailto:janinecortes@yahoo.com.br)

<sup>4</sup> Graduado em Direito pela ULBRA,; Especialista em Direito Ambiental pela UFPEL; Mestre em Direito pela UNISINOS; Advogado, Professor da área de Direito Ambiental e Urbanístico. E-mail: [mauricio.silva@fadisma.com.br](mailto:mauricio.silva@fadisma.com.br)

O traçado seguido pela Carta Brasileira está alinhado com a exigência de criação de uma ordem jurídica que contenha mecanismos delimitativos da utilização dos recursos naturais, de forma racional, com vistas “ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial a sadia qualidade de vida”. (artigo 225, caput, CF). A Magna Carta de 88 além de elevar a proteção do meio ambiente a status constitucional, concebendo-o como direito social, passou a prever expressamente a tríplice responsabilização desse bem jurídico em seu artigo 225, §3 da CF.

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

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

§ 2º - Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

§ 4º - A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5º - São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º - As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas”.

Na atualidade, a tutela jurídica do ambiente é uma exigência mundialmente reconhecida. A evolução normativa que se desenvolve vem determinada por um imperativo elementar de sobrevivência e de solidariedade: a responsabilidade histórica das nações pela preservação da natureza para o presente e para o futuro. Encontra-se, pois, profundamente impregnada pelos valores essenciais relativos aos direitos fundamentais, em particular o direito à vida e à saúde, geralmente consagrados nas declarações de direito.

A alusão ao meio ambiente em nossa Constituição deve ser entendida em sua acepção ampla, ou seja, a inclusão dos recursos naturais existentes na biosfera (ar, água, solo, fauna e flora) e a relação do homem com esses elementos visando lhe permitir condições de vida satisfatórias (conceito ontológico ou natural de ambiente).

O legislador penal, em face dessa nova concepção constitucional do meio ambiente, viu-se obrigado a editar um novo texto legal que tipificasse a contento todas as condutas lesivas ao meio ambiente, considerando-o agora, sob novo ponto de vista. Não se trata mais aqui da proteção do meio ambiente sob a ótica de um interesse individual ou público, em sentido estrito, mas da proteção de um interesse difuso, pois indivisível e pertencente a toda a coletividade. Considera-se crime não só a violação ao bem jurídico individual, mas também a ofensa ao interesse difuso ou coletivo.

### 3. MEIO AMBIENTE

A definição de meio ambiente está descrita na Lei 6.930/81 – Lei de Política Nacional do Meio Ambiente: “conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física,

química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas forma” (art. 3, I).  
Conforme preconiza Édís Milaré<sup>1</sup>:

“No conceito jurídico de meio ambiente podemos distinguir duas perspectivas principais: uma estrita e outra ampla. Numa visão estrita, o meio ambiente nada mais é do que a expressão do patrimônio natural e suas relações com e entre os seres vivos. Tal noção, é evidente, despreza tudo aquilo que não seja relacionado com os recursos naturais. Numa concepção ampla, que vai além dos limites estreitos fixados pela ecologia tradicional, o meio ambiente abrange toda natureza original (natural) e artificial, assim como os bens culturais correlatos. Temos aqui, então, um detalhamento do tema, de um lado com o meio ambiente natural, ou físico, constituído pelo solo, pela água, pelo ar, pela energia, pela fauna e pela flora, e, do outro, com o meio ambiente artificial (ou humana), formado pelas edificações, equipamentos e alterações produzidas pelo homem, enfim, os assentamentos de natureza urbanística e demais construções”.

De acordo com a doutrina, o meio ambiente é classificado como:

- 3.1. Meio Ambiente Natural**
- 3.2. Meio Ambiente Artificial**
- 3.3. Meio Ambiente Cultural**
- 3.4. Meio Ambiente do Trabalho**

### **3.1. Meio Ambiente Natural:**

O Meio Ambiente Natural, também chamado de Meio Ambiente Físico, é composto pela atmosfera, águas (subterrâneas e superficiais, mar territorial), solo e subsolo, fauna e flora e o patrimônio genético.

A tutela do Meio Ambiente Natural se dá pelo artigo 225 da Constituição Federal, em seu parágrafo 1º, incisos I e VII, e seu parágrafo 4º:

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

*§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:*

*I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;*

*VII - proteger a fauna e a flora, vedadas na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam animais à crueldade.*

*§ 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.*

### **3.2. Meio Ambiente Artificial:**

O Meio Ambiente Artificial compreendido pelo espaço urbano construído, consistente no conjunto de edificações (chamado de espaço urbano fechado), e pelos equipamentos públicos (espaço urbano aberto). O Meio Ambiente Artificial é uma área que está diretamente relacionada ao conceito de cidade.

A tutela constitucional do Meio Ambiente Artificial está presente no artigo 225 da Constituição Federal, que trata especificamente do Meio Ambiente, mas também nos artigos 21, inciso XX e 182 (que trata da Política Urbana) da carta constitucional, dentre outros:

*Art. 21. Compete à União:*

*XX – instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos.*

*Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público Municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei têm por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.*

### **3.3. Meio Ambiente Cultural:**

Integra o Meio Ambiente Cultural o patrimônio artístico, paisagístico, arqueológico, histórico e turístico. Vale pontuar que, apesar de serem bens produzidos pelo Homem e, portanto, também serem caracterizados como artificiais, eles diferem dos bens que compõem o

<sup>1</sup>MILARÉ, Édís. Direito do Ambiente. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, P. 52-53.

Meio Ambiente Artificial em razão do valor diferenciado que possuem para uma sociedade e seu povo.

O Meio Ambiente Cultural é tutelado especificamente pelo artigo 216 da Constituição Federal brasileira:

**Art. 216.** *Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:*

*I- as formas de expressão;*

*II- os modos de criar, fazer e viver;*

*III- as criações científicas, artísticas e tecnológicas;*

*IV- as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;*

*V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.*

### 3.4. Meio Ambiente do Trabalho:

O Meio Ambiente do Trabalho é constituído pelo ambiente, local, no qual as pessoas desenvolvem as suas atividades laborais, remuneradas ou não remuneradas, “cujo equilíbrio está baseado na salubridade do meio e na ausência de agentes que comprometam a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores, independentemente da condição que ostentem” (FIORILLO, 2003, p. 23).

A tutela do Meio Ambiente do Trabalho também está contida na Constituição Federal nos artigos 225 e 200, inciso VIII:

**Art. 200.** *Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:*

*VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.*

*Ressalta-se que a tutela do Meio Ambiente do Trabalho difere da tutela dos direitos trabalhistas. As normas e leis que integram o Direito do Trabalho disciplinam as relações jurídicas entre empregado e empregador, ao passo que, a tutela do Meio Ambiente do Trabalho refere-se à segurança e saúde do trabalhador no ambiente em que ele trabalha.*

## 4. RESPONSABILIDADE AMBIENTAL

A Lei 6.938/81 introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a responsabilidade ambiental prevista no parágrafo 1º do art. 14: Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal por danos causados ao meio ambiente.

No entanto, convém verificar o disposto no art.225, parágrafo 3º da Constituição Federal: “*As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados*”.

Como se pode observar, o direito ambiental adotou a teoria da responsabilidade objetiva, que significa conferir ao agente causador do dano, no caso concreto, a responsabilidade pelo dano ambiental, independentemente de ter ele agido ou não com culpa. Assim o causador do dano deve indenizar o meio ambiente e terceiros, afetados por sua conduta.

### 4.1. RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA

Conforme o artigo 70 da Lei nº 9.605/98 c/c art. 1º Dec. 6514/08, o conceito de infração administrativa ambiental é expresso como sendo toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente.

Para Fiorillo<sup>1</sup>:

*Sanções administrativas são penalidades impostas por órgãos vinculados de forma direta ou indireta aos entes estatais (União, Estados, Municípios e mesmo Distrito Federal), nos limites de competências estabelecidas em lei, com o objetivo de impor*

<sup>1</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 130-131.

regras de conduta àqueles que também estão ligados à Administração no âmbito do Estado Democrático de Direito.

As *sanções administrativas*, conforme orientação de doutrina tradicionalmente vinculada ao denominado "direito público", *estão ligadas ao denominado poder de polícia* enquanto atividade da Administração Pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato em razão de interesse público vinculado à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou mesmo respeito à propriedade e aos direitos individuais e coletivos.

A responsabilidade administrativa é decorrência de infração a regramentos administrativos, sujeitando-se o infrator à sanções de cunho administrativo, qual seja: advertência, multa simples, interdição de atividade, etc.

Entre os poderes da administração, o mais expressivo é o de polícia. Consoante ensina Hely Lopes Meirelles<sup>1</sup>, é aquele que a administração Pública exerce sobre todas as atividades e bens que afetam ou possam afetar a coletividade.

Verifica-se que todas as entidades estatais dispõem de poder de polícia relativo à matéria que lhes compete. Como é de incumbência das três unidades proteger o meio ambiente, também lhes cabe tornar efetivas as providências que se encontram sob sua alçada, condicionando e restringindo o uso e gozo de bens, atividades e direitos em benefício da qualidade de vida da coletividade, aplicando as sanções pertinentes nos casos de infringência às ordens legais da autoridade competente.

#### 4.2. RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana, em regra geral configura-se com a existência da ação ilícita do agente, do dano e do nexo de causalidade e a sua culpabilidade na caracterização do ilícito.

O novo Código Civil consagrou a existência da teoria do risco e a responsabilidade objetivo, como transcrito em seu:

*"Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.*

*Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor, do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem".*

Nesta linha, verifica-se que o sistema de responsabilidade civil tem uma clara vocação preventiva, pois além de trazer segurança jurídica, pela certeza da imputação, e fazer com que o eventual poluidor evite o dano, contribuirá para a conscientização da preservação. Tal como foi redigida a lei, fica a dúvida sobre se o Direito brasileiro abraçou a teoria do risco criado (que admite as excludentes da culpa da vítima e da força maior) ou a do risco integral (que inadmitte excludentes), assunto que acaba também por gerar divergência doutrinária. Assim, criou-se a discussão sobre se admitem as tradicionais cláusulas excludentes da obrigação de reparar o dano ecológico (caso fortuito, força maior).

#### 4.3. RESPONSABILIDADE PENAL

É pacífico o entendimento, tanto nas manifestações internacionais e nacionais, que a norma penal não é só cabível, mas essencial na proteção do meio ambiente, pois torna-se cogente a proteção a bens jurídicos coletivos ou difusos indispensáveis a sobrevivência humana.

A propósito observa Antonio Herman V. Benjamin<sup>2</sup>:

*"Se o Direito Penal é, de fato, "última ratio" na proteção de bens individuais (vida e patrimônio, p. ex.), com mais razão impõe-se sua presença quando se está diante de valores que dizem respeito a toda a coletividade, já que estreitamente conectados à complexa equação biológica que garante a vida humana no planeta".*

Neste aspecto, Ana Paula Fernandes<sup>3</sup> assim aborda o tema:

<sup>1</sup>MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

<sup>2</sup> BENJAMIN, Antonio Herman V. Estudo prévio de impacto ambiental: teoria prática e legislação. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993.

<sup>3</sup> CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira. A culpabilidade nos crimes ambientais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 49.



"A natureza jurídica diferenciada do bem ambiental leva ainda a um pequeno reparo: não é o meio ambiente um direito de que se possa dispor, na acepção ampla da palavra. Trata-se de bem jurídico que, por ser dirigido a todos (art. 225, caput, da Constituição Federal), deve ser meramente gozado por todos, não podendo ninguém, individual ou coletivamente, impedir este gozo, dele apropriando-se indevidamente, quer de modo direto, impedindo que outros venham dele se beneficiar, quer de forma indireta, por meio de degradação que prejudique as suas funções essenciais. (...) Poderíamos dizer então que o bem jurídico ambiental se relaciona ao direito de todos terem uma vida com qualidade (nos termos do art. 5º, caput, da Constituição Federal). Para tanto, é necessário que os recursos ambientais sejam usados e ainda que em algumas situações possam ser fruídos e dispostos, estas hipóteses não podem impedir que os demais titulares do bem ambiental sejam prejudicados em seu direito nem que se vejam impedidos de usar os referidos recursos com o fim de auferirem uma vida com qualidade. Uma conduta que impeça ou perturbe seu uso, poderá ser criminalizada, caso configure modalidade de lesão insuportável ao bem ambiental." (Grifos no original)

Aquele que cometer crime ambiental (fato típico, antijurídico e culpável) deve sofrer as sanções cabíveis que visem sua conscientização e impeçam a prática de novas infrações, de forma que demonstre o juízo social de reprovação daquela conduta tanto para a sociedade quanto ao próprio agente.

É o que se depreende do parágrafo 3º do artigo 225 da Constituição Federal de 1988, verbis:

*Art. 225, § 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente a obrigação de reparar os danos causados.*

Os crimes ambientais se encontram prioritariamente na Lei nº9.605/98. Além de outros tipos no próprio Código Penal e no Florestal, na Lei de Contravenções Penais, as leis nº 6.453/77 e nº7.643/87. Certos crimes ambientais podem ser praticados tanto na esfera dolosa quanto na culposa.

É importante ressaltar que a responsabilidade pela ocorrência do "crime" é subjetiva, ou seja, necessita de comprovação para a sua caracterização, dada a maior gravidade, bem como o do Princípio da Intervenção Penal Mínima do Estado. Também verifica-se que as infrações penais contra o meio ambiente, no nosso ordenamento jurídico, são de natureza pública incondicionada. Assim, cabe ao Ministério Público propor a ação penal pertinente, na forma prevista no Código de Processo Penal. Aplica-se, entretanto, as disposições previstas no art. 89 da Lei 9.099/95, aos crimes de menor potencial ofensivo, nos termos expressos dos arts. 27 e 28 da Lei 9.605/98.

Porém, deve-se atentar ao fato de que muitos tipos penais ambientais são tipos em branco. Assim, é necessária, para sua aplicação, a interpretação em conjunto com outras leis, inclusive administrativas, e material específico de outras ciências para complementação.

Já nas questões que dizem respeito ao polo ativo dos crimes ambientais, tanto a pessoa física quanto a jurídica podem ser responsabilizadas. A inclusão de responsabilizar também pessoas jurídicas veio com a Lei nº 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais, em seu art 3º.

*"Art. 3º - As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.*

*Parágrafo único - A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das físicas autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato."*

Um posicionamento interessante encontra-se no REsp nº 564.960/SC, cuja relatoria foi do Ministro Gilson Dipp:

(...) não obstante alguns obstáculos a serem superados, a responsabilidade pena da pessoa jurídica é um preceito constitucional, posteriormente estabelecido, de forma evidente, na Lei ambiental, de modo que não pode ser ignorado. Dificuldades teóricas para sua implementação existem, mas não podem configurar obstáculos para sua aplicabilidade prática na medida em que o Direito é uma ciência dinâmica, cujas adaptações serão realizadas com o fim de dar sustentação à opção política do legislador. Dessa forma, a denúncia oferecida a pessoa jurídica de direito privado deve ser acolhida, diante se sua legitimidade para figurar no polo passivo da relação processual-penal.

Tanto a Constituição Federal de 1988 quanto a Lei nº 9.605/98 trazem a possibilidade de se responsabilizar penalmente os entes coletivos pelas condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente. É necessário que Direito Penal sofra uma adequação dos seus princípios e paradigmas para que haja uma efetiva prevenção e repressão aos crimes, uma vez que os entes coletivos são, atualmente, os principais responsáveis pelos danos contra o meio ambiente. O Direito Penal deve, sem deixar de lado sua evolução teórica, ser objeto de modificações para enfrentar de forma novos eixos de criminalidade.

A responsabilidade penal da pessoa jurídica pelo cometimento de infrações ambientais é um instrumento de política criminal capaz de concretizar o princípio ambiental da prevenção, segundo o qual é necessário que medidas sejam tomadas visando afastar ou minimizar os danos causados ao meio ambiente, de forma a garantir a perenidade da sadia qualidade de vida das gerações humanas, bem como de natureza existente no planeta, como forma de antecipar-se ao processo de degradação ambiental com riscos e impactos já conhecidos pela ciência.

Por fim cabe esclarecer que tanto a doutrina quanto a jurisprudência, apesar de dominante na questão de responsabilização penal da pessoa jurídica, no que tange aos crimes ambientais, na aplicação da legislação ao caso concreto, fazem a ressalva de que deve haver uma imputação simultânea, a pessoa jurídica e a pessoa física que atua em nome do ente moral ou em seu benefício.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tutela jurídica penal do meio ambiente é indiscutivelmente necessária, visto a fragilidade do ecossistema, meio absolutamente imprescindível ante a própria existência da vida, perante as ações humanas.

Tal qual, o Direito Penal brasileiro, com o advento da Lei nº 9.605/98, passou a regulamentar os crimes ambientais e pautada na Constituição Federal de 1988, estabeleceu as regras de responsabilização penal.

No entanto, a referida lei inovou ao trazer em seu texto a efetivação do preceito constitucional que imputa responsabilidade penal à pessoa jurídica.

Esta inovação causou alvoroço na doutrina brasileira, já que grande parte dela considera a pessoa jurídica ente afastado do alcance do Direito Penal, podendo sim ser responsabilizada por atos ilegais, mas somente nos âmbitos cíveis e administrativos, isto porque, faltar-lhe-ia a característica de manifestação de vontade, pois é ente criado pelo homem. Em outro aspecto, a própria natureza das penas aplicáveis à pessoa jurídica – restritiva de direitos e multa – não são o principal meio de coerção do Direito Penal, característico por sua prerrogativa de penas privativas de liberdade.

Por outro lado, há quem aceite perfeitamente a imputação penal à pessoa jurídica, considerando ser mais um meio de proteção e prevenção dos atos nocivos ao meio ambiente.

Diante do exposto no presente trabalho acadêmico, conclui-se que a discussão acerca da imputabilidade penal à pessoa jurídica em matéria ambiental, se estende desde a entrada em vigor da Lei dos Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98), e, ao que parece, com relação à doutrina as divergências permanecerão ainda por tempos. No entanto, a jurisprudência tem sido firme quanto à correlação da aplicação da Lei e o *mandamus* constitucional, mantendo a pessoa jurídica como figurante do pólo ativo da relação penal ambiental.

Convém ressaltar que todas as transformações ocorridas e especificadas em relação ao meio ambiente, elevou-o a protagonista do atual cenário, tirando-o da condição de explorado e subjugado aos caprichos do homem.

### Notas de Rodapé:

<sup>1</sup> Resultado parcial da atividade de pesquisa proposta na disciplina de Direito Ambiental, desenvolvida na Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA) durante o segundo semestre de 2013, vinculado a linha de pesquisa “Constitucionalismo, Concretização de Direitos e Cidadania”.

<sup>2</sup> Aluna de graduação do 7º semestre da Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA. E-mail: [cintiapohlmann@hotmail.com](mailto:cintiapohlmann@hotmail.com)

<sup>3</sup> Aluna de graduação do 7º semestre da Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA. E-mail: [janinecortes@yahoo.com.br](mailto:janinecortes@yahoo.com.br)

<sup>4</sup>Graduado em Direito pela ULBRA,; Especialista em Direito Ambiental pela UFPEL; Mestre em Direito pela UNISINOS; Advogado, Professor da área de Direito Ambiental e Urbanístico. E-mail: [mauricio.silva@fadisma.com.br](mailto:mauricio.silva@fadisma.com.br)

<sup>5</sup>MILARÉ, Édis. Direito do Ambiente. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, P. 52-53.

<sup>6</sup>FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 130-131.

<sup>7</sup>MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

<sup>8</sup>BENJAMIN, Antonio Herman V. *Estudo prévio de impacto ambiental: teoria prática e legislação*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993.

<sup>9</sup>CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira. *A culpabilidade nos crimes ambientais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 49.

#### Referências:

BENJAMIN, Antonio Herman V. *Estudo prévio de impacto ambiental: teoria prática e legislação*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993.

CAPEZ, Fernando. *Direito Penal, Legislação Especial*. Volume 4. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira. *A culpabilidade nos crimes ambientais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 49.

FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa. *Crimes Ambientais à Luz do Conceito de Bem Jurídico-Penal*. 1ª edição São Paulo: Editora Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), 2008.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 130-131.

FREITAS, Vladimir Passos, *Direito Ambiental em Evolução* 2. 8ª reimpressão. Curitiba: Editora Juruá, 2010.

FREITAS, Vladimir Passos, *Direito Ambiental em Evolução* 3. 7ª reimpressão. Curitiba: Editora Juruá, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MILARÉ, Édis. Direito do Ambiente. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, P. 52-53.

PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal do Ambiente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

### 1.3.3 O direito ao do meio ambiente sadio e o compromisso com as futuras gerações

Fabiane da Silva Prestes<sup>1</sup>  
Andreia Cadore Tolfo<sup>2</sup>

#### Resumo

A atual geração, detentora de direitos e deveres, tem a obrigação de preservar o planeta, ainda que essa missão esteja condicionada a sacrifícios e limitações, em especial no campo da tecnologia, já que se tem noção das consequências que podem advir dos atos e omissões humanas. O objetivo deste artigo é, por meio de uma pesquisa de caráter teórico e método dedutivo, delinear a ética da responsabilidade para com as gerações futuras, com vistas à sobrevivência planetária. Aborda-se a consciência planetária, enfatizando-se a ética da responsabilidade para com o futuro, bem como a equidade intergeracional, considerando a alteridade e a solidariedade como categorias fundamentais e eficazes para relevar, em nome de sujeitos ainda não existentes, os limites impostos às condutas potencialmente ameaçadoras praticadas pelos sujeitos existentes. A principal dificuldade de conceituar o compromisso com as futuras gerações se encontra no fato de os direitos serem, em tese, recíprocos dos deveres. Assim, surge uma questão primordial: como seres que não têm deveres, podem ter direitos? O trabalho evidencia que a responsabilidade pelo outro, pelo planeta e pelas futuras gerações tem sua ascendência nos princípios da solidariedade e da equidade intergeracional, de modo que tal responsabilidade somente irá se concretizar quando o ser humano possuir consciência do planeta, dos impactos que causa.

**Palavras-chave:** Meio ambiente. Ética. Futuras Gerações.

#### 1 Introdução

Apesar da previsão legal quanto ao direito das futuras gerações em termos ambientais, uma série de questionamentos surge quando se trata da matéria, já que se trata de tema complexo no que se refere a firmar um compromisso com algo ou alguém que não habita o mesmo espaço terreno.

Ademais, a principal dificuldade de conceituar o compromisso com as futuras gerações, encontra-se no fato de os direitos serem, em tese, recíprocos dos deveres. Assim, a primordial questão que emana é: como seres que não têm deveres, podem ter direitos?

A resposta possível surge, a partir, da contemplação do problema por outro viés, no sentido de que, a geração atual, detentora de direitos e deveres, não tem o direito de destruir o planeta, e, sim, tem a obrigação de cuidá-lo, ainda que essa missão esteja condicionada a sacrifícios e limitações, em especial no campo da tecnologia, já que, o ser humano tem consciência das consequências que podem advir de seus atos e omissões.

A proteção do meio ambiente não é matéria reservada somente à legislação interna dos países, mas é dever de toda a comunidade internacional já que o tema envolve o planeta como um todo. Em razão disso, o tema meio ambiente passou a fazer parte da agenda internacional dos países, sendo objeto de proteção do direito internacional também, sobretudo por meio dos tratados e declarações internacionais (MAZZUOLI, 2008, p. 870).

No Brasil, no plano do direito interno, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado está previsto no artigo 225 da Constituição Federal de 1988 que estabelece que:

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

De acordo com Mazzuoli (2008, p. 875), o dispositivo constitucional antes citado consagra também um princípio constitucional que contempla o direito ao meio ambiente como um direito humano fundamental, já que visa proteger o direito à vida com todos os seus

<sup>1</sup> Mestranda em Direitos Humanos pela Universidade Regional do Noroeste do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ). Pesquisadora na linha: Direitos Humanos, Meio Ambiente e Novos Direitos. Bolsista da **CAPES**. Membro do grupo de Pesquisa: "O direito ambiental no contexto da sociedade de risco: em busca da justiça ambiental e da sustentabilidade". Email: [fabianeprestes@gmail.com](mailto:fabianeprestes@gmail.com)

<sup>2</sup> Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professora do curso de Direito da URCAMP. E-mail: [andcadore@gmail.com](mailto:andcadore@gmail.com)

desdobramentos. Sem o direito ao meio ambiente sadio a pessoa humana não se realiza plenamente. Desta forma, a proteção jurídica do meio ambiente na Constituição está vinculada não a interesses imediatos, mas sim a interesses intergeracionais (LEITE e AYALA, 2001).

Este trabalho tem por objetivo analisar o compromisso com as futuras gerações no que diz respeito à preservação do planeta, abordando normas e compromissos internacionais e nacionais de direito ambiental, bem como as responsabilidades decorrentes. Neste sentido, a pesquisa aborda a consciência planetária, delineando a ética intergeracional, considerando a solidariedade e a equidade intergeracional como categorias fundamentais e eficazes para relevar, em nome de sujeitos ainda não existentes, os limites impostos às condutas potencialmente ameaçadoras praticadas pelos sujeitos existentes. O método usado no trabalho é o dedutivo. Este trabalho se enquadra na linha de pesquisa “Meio Ambiente, Ecologia e Transnacionalização do Direito” por versar sobre a necessidade de preservação ambiental para as gerações futuras.

## **2 O compromisso com a preservação e a consciência planetária**

A preocupação com o meio ambiente é assunto, relativamente, recente na história da humanidade. Os primeiros alertas acerca da preocupação do crescimento econômico em detrimento do meio ambiente surgiram a partir dos anos 60 e consolidaram-se em 1972 com a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano (GADOTTI, 2000, p. 105).

O primeiro grande encontro sobre meio ambiente foi realizado em 1972, em Estocolmo, que resultou na Declaração de Estocolmo sobre Meio Ambiente Humano, a qual trouxe como princípios o que representa as primeiras manifestações sobre as futuras gerações. Dessa forma, destaca-se:

Princípio 2 - Os recursos naturais da Terra, incluídos o ar, a água, o solo, a flora e a fauna e, especialmente, parcelas representativas dos ecossistemas naturais, devem ser preservados em benefício das gerações atuais e futuras, mediante um cuidadoso planejamento ou administração adequada.

A Declaração de Estocolmo foi fundamental para que as Constituições dos Estados reconhecessem o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito humano fundamental, que se enquadra na segunda geração de direitos (direitos econômicos, sociais e culturais), os quais precisam ser realizados pelo Estado (SILVA, 2003, p. 67). Mazzuoli (2008, p. 871) nota que antes da Conferência de Estocolmo, o meio ambiente era concebido, no plano mundial, de forma dissociada da humanidade, sendo que com a referida Conferência modificou-se o foco do pensamento ambiental do planeta.

Mais tarde, em 1982, ocorreu a Conferência de Nairóbi, com o objetivo de avaliar o desenvolvimento de programas ambientais e estabelecer prioridades para a preservação ambiental. Ademais, conclama todos os governos e povos do mundo a assumirem, individual e coletivamente, a sua responsabilidade histórica, de forma a assegurar que o planeta seja transmitido às futuras gerações em condições que garantam a vida e a dignidade humana para todos.

Em 1987, o Relatório Brundtland, intitulado como “Nosso Futuro Comum”, apontou as incompatibilidades entre o desenvolvimento sustentável e os padrões de produção de consumo vigentes.

Desse modo, percebe-se a necessidade de uma equidade intrageracional, ou seja, a de melhorar as condições atuais do ambiente e das gerações existentes, além de uma igualdade intergeracional, ou seja, a preocupação das atuais com as futuras gerações. No Brasil, no que tange à tutela constitucional, as Constituições Federais anteriores a de 1988, não continham determinações acerca da proteção ambiental. Desse modo, conforme Silva (2003, p. 43), a Carta Magna de 1988, também é considerada como Constituição ambientalista, ou verde:

O ambientalismo passou a ser tema de elevada importância nas Constituições mais recentes. Entre nelas deliberadamente como direito fundamental da pessoa humana, não como simples aspecto da atribuição de órgãos ou de entidades públicas, como ocorria em Constituições mais antigas.

Em 1992, foi realizada no Brasil, na cidade do Rio de Janeiro, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, que ficou conhecida como a ECO-92, com o objetivo de conciliar o desenvolvimento socioeconômico com a conservação e



proteção dos ecossistemas. Na oportunidade foram elaboradas a Carta da Terra, baseada em valores e princípios fundamentais com objetivo de orientar a humanidade no caminho da sustentabilidade, equidade e justiça; a Agenda 21 e as Convenções sobre Biodiversidade, Desertificação e Mudanças Climáticas.

No mesmo entendimento das Declarações anteriores, o compromisso com as futuras gerações ganhou destaque. Consta no Princípio 3 que:

Princípio 3 - O direito ao desenvolvimento deve exercer-se de forma tal que responda equitativamente às necessidades de desenvolvimento e ambientais das gerações presentes e futuras.

O entendimento do Leonardo Boff (2000, p.18) é de que:

Há um descuido e um descaso pela vida inocente de crianças usadas como combustível na produção para o mercado mundial [...]. Há um descuido e um descaso manifesto pelo destino dos pobres e marginalizados da humanidade, flagelados pela fome crônica [...]. Há um descuido e um descaso imenso pela sorte dos desempregados e aposentados, sobretudo dos milhões de excluídos do processo de produção, tido como descartáveis e zeros econômicos [...]. Há um descuido e um abandono dos sonhos de generosidade, agravados pela hegemonia do neoliberalismo com o individualismo e a exaltação da propriedade privada que comporta [...].

Assim, nota-se que o capitalismo baseado na industrialização e na exploração indiscriminada do meio ambiente possui grande capacidade de destruição do planeta, proporcionando mais riscos aos seres humanos, do que bem estar e prosperidade. Desta forma, o desenvolvimento sustentável passou a ser uma preocupação de vários setores da sociedade, principalmente em razão da necessidade da preservação ambiental para as futuras gerações.

Disseminou-se na sociedade a necessidade de gerenciar os impactos ambientais resultantes do processo produtivo do modo capitalista de produção. Tendo em vista o caráter limitado dos recursos naturais e que a sua exploração afeta o meio ambiente de diversas formas, verifica-se a necessidade de buscar novas perspectivas de desenvolvimento que não comprometam o futuro do planeta. Nesta perspectiva, o desenvolvimento sustentável tem sido abordado e estudado por diversas áreas do conhecimento. Para Tenório e Nascimento (2006, p. 25):

[...] o desenvolvimento sustentável é composto pelas dimensões econômica, ambiental e empresarial. O objetivo é obter crescimento econômico por meio da preservação do meio ambiente e pelo respeito aos anseios dos diversos agentes sociais, contribuindo assim para a melhoria da qualidade de vida da sociedade.

Em 1997, ocorreu um novo fórum sobre meio ambiente, também conhecido como Rio +5, com o objetivo de avaliar os resultados da ECO 92, trocar experiências sobre os avanços voltados ao desenvolvimento sustentável e as dificuldades de implementação da Agenda 21 (GADOTTI, 2000, p. 112).

Dez anos após o Fórum Global de 92, a ONU promoveu a Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável, que ficou conhecida como Rio + 10. Neste alinhamento, percebe-se que a concretização da consciência planetária depende de um resgate de valores e da ética ambiental. Nesse sentido, Rampazzo (2003, p. 72) considera que:

[...] a ética não deve se referir somente ao homem, mas deve estender o olhar para a biosfera em seu conjunto, ou melhor, para cada intervenção científica do Homem sobre a vida em geral. A bioética, portanto, deve se ocupar de uma 'ética' e a 'biologia', os valores éticos e os fatos biológicos para a sobrevivência do ecossistema como um todo.

Assim sendo, nota-se a necessidade da construção da cultura da sustentabilidade, baseada na ética e na biologia, criando-se assim, uma biocultura, capaz de propiciar uma convivência harmônica entre os seres humanos, a natureza, bem como todo o ecossistema.

Em 2012, foi realizada no Rio de Janeiro a Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável, que ficou conhecida como Rio +20, a qual teve como objetivo principal o de renovar o compromisso político com o desenvolvimento sustentável. O evento resultou no documento: "O futuro que queremos", o qual reafirma a preocupação com as futuras gerações, reconhecendo como fundamento para o desenvolvimento sustentável as

oportunidades dos povos de participarem das tomadas de decisões, trabalhando juntos para garantir o futuro para as gerações presentes e futuras.

Nesse alinhamento, Hans Jonas (2006, p.47-48) ressalta:

Aja de modo a que os efeitos da tua ação sejam compatíveis com a permanência de uma autêntica vida humana sobre a Terra; ou, expresso negativamente, aja de modo a que os efeitos da tua ação não sejam destrutivos para a possibilidade futura da humanidade de uma tal vida; ou, simplesmente, não ponha em perigo as condições necessárias para a conservação indefinida da humanidade sobre a Terra; ou, em um uso novamente positivo, inclua na tua escolha presente a futura integridade do homem como um dos objetos do teu querer.

Assim, nota-se que as atitudes humanas devem ser voltadas para preservação do ambiente, e do próprio planeta, de modo que o crescimento econômico deve evoluir de acordo com a natureza e o fundamento da vida. Chefe Seattle (apud CAPRA, 1996, p. 9) reitera que “tudo o que acontece com a terra, acontece com os filhos e filhas da terra. O homem não tece a teia da vida. Ele é apenas um fio. Tudo o que faz a teia, ele faz a si mesmo”.

Dessa forma, percebe-se que cada um deve assumir a sua parcela de responsabilidade, tendo a consciência de que tudo o que faz aos outros faz a si mesmo, aprendendo a viver junto, desenvolvendo o respeito pelo outro e a percepção de interdependência, para que a humanidade possa ter a garantia de uma vida digna, consciente da responsabilidade com o futuro e o compromisso com as futuras gerações. Os diversos documentos citados anteriormente revelam o compromisso nacional e transnacional com a preservação do meio ambiente, que deve embasar a consciência planetária.

### 3 A ética da responsabilidade para com o futuro

Parte-se do pressuposto de que a ética é o meio capaz de conscientizar a humanidade a buscar o que é bom, útil e que proporcione a realização pessoal de todos, embora haja tanto empecilho para a construção de uma efetiva consciência planetária e de uma ética de responsabilidade e cuidado com o planeta, com as gerações presentes e o com compromisso com as futuras gerações.

A ética pode ser considerada como o aspecto pessoal do ser humano, em sua essência. Seu modo de agir, seus hábitos pessoais, seu impacto na natureza, sua convivência com os outros e a sua responsabilidade pelo local que ocupa no espaço da Terra, além da plena consciência do seu compromisso global.

Assim sendo, cumpre destacar o entendimento de Levinas (1997, p. 149):

Penso que a ética não é uma invenção da raça branca, da humanidade que leu os autores gregos nas escolas e que seguiu certa evolução. O único valor absoluto é a possibilidade humana de dar, em relação a si, prioridade ao outro. Não creio que haja uma humanidade que possa recusar este ideal, mesmo que se deva declará-lo ideal de santidade. Não digo que o homem é um santo, digo que é aquele que compreendeu que a santidade era incontestável. É o começo da filosofia, é o racional, é o inteligível.

Cortes (2005, p. 33) nota que a ética implica o reconhecimento de limites e de determinantes da ação humana. Para Cortes (2005, p. 33):

A ideia de que o possível não se autolegitima pertence à essência do agir ético, que pertence às entranhas do próprio ato de filosofar. Nesse sentido, ética é limite. Mas não só isso. A ética está originalmente ligada à noção de possibilidade de se definir o bem, quer como algo que é uma realidade perfeita, quer como objeto de desejo ou de aspiração. No primeiro caso, ela é compreendida como ciência do fim a que a conduta humana deve, por sua essência, dirigir-se, o ideal a que o homem deve, por sua natureza, ser voltado. No segundo, ela é compreendida como ciência do “móvel” da conduta humana. O esforço por defini-lo se imbrica na própria necessidade de disciplinar essa conduta. O campo da ética se entende então como a esfera das causas do agir humano, das forças determinantes dos cursos desse agir.

É perceptível que a ética é algo inerente ao ser humano, enquanto pessoa racional e solidária, entretanto, sabe-se que aprender a viver com o outro representa hoje um dos maiores desafios, de um lado porque a história humana sempre foi conflituosa e por outro porque os seres humanos tendem a supervalorizar suas qualidades e as de seu grupo, bem como alimentar preconceitos em relação aos outros.

Neste contexto, percebe-se a necessidade de um repensar acerca das relações interpessoais, e com o meio ambiente, sendo fundamental uma educação voltada para uma

redescoberta de valores, que propicie a preservação do planeta e a redescoberta da solidariedade.

Com efeito, Gadotti (2000, p.82) destaca:

Hoje a ética volta ao centro dos debates das ciências da educação, na medida em que a escola tornou-se um local problemático e na medida em que a sobrevivência do ser humano está diretamente relacionada à sobrevivência do planeta. Dispomos de instrumentos que podem destruir o planeta, e, se não houver um comportamento ético, individual, e institucional de buscar o bem comum e a solidariedade, acabaremos aniquilando a nós mesmos (era do extermínio). A ética e a solidariedade não são hoje apenas uma virtude, um dever. São condições, exigências de sobrevivência do planeta e dos seres vivos que nele vivem.

Assim, enfatiza-se a necessidade da redescoberta dos valores, a elevação da ética para o ápice das discussões e a conscientização do dever da priorização do bem comum. De modo que a responsabilidade com o futuro do planeta, pensando-se numa ética da responsabilidade para com o outro.

Para Hans Jonas (2006, p. 352-353):

O enorme impacto do Princípio Responsabilidade não se deve somente a sua fundamentação filosófica, mas ao sentimento geral, que até então os mais atentos observadores poderão permitir cada vez menos de que algo poderia ir mal para a humanidade, inclusive o tempo poderia estar em posição no marco de crescimento exagerado e crescente das interferências técnicas sobre a natureza, de pôr em jogo a própria existência. Entretanto, se havia comentado que era evidente a vinda da chuva ácida, o efeito estufa, a poluição dos rios e muitos outros efeitos perigosos, fomos pegos de cheio na destruição de nossa biosfera.

Assim, o princípio da responsabilidade aponta os caminhos para que a humanidade possa pensar no futuro, com a consciência dos resultados do próprio comportamento, com a capacidade de corrigi-los, de modo que, o seu impacto seja menos agressivo. Desse modo, a responsabilidade transforma-se numa obrigação, que tem por paradigma a relação parental, onde o cuidado é uma doação total, sem exigência de reciprocidade.

Nesse sentido, o homem passa a definir-se pela responsabilidade que assume em prol das gerações futuras. De acordo com Jonas (2006, p. 200):

Eu posso querer o meu próprio fim, e até mesmo o fim da humanidade, sem incorrer em contradição. E, no entanto, do ponto de vista do imperativo supraenunciado, se é admissível que possamos arriscar nossa própria vida, não estamos legitimados ou autorizados a fazê-lo quando se trata de pôr em risco a vida da humanidade.

Como destacado anteriormente, a humanidade vive a era do extermínio, já que a produção desenfreada de bens e consumos agride o meio ambiente e reduz os recursos naturais. De modo que, o bem-estar do homem está, muitas vezes, em conflito com a dignidade humana. Assim, cada pessoa tem sua parcela de responsabilidade com esta degradação, sendo que embora preservar o planeta em que vive não seja o entendimento unanime, é necessário pensar o coletivo.

Portanto, a responsabilidade com o outro é algo indiscutível, e este "outro" deve ser entendido como qualquer ser vivo que habita o planeta. Entretanto, quando o outro é ainda uma expectativa de vir a ser, entra-se em destaque o compromisso com as futuras gerações, baseado numa equidade intergeracional.

#### **4 Equidade intergeracional e o princípio da solidariedade**

A proteção do meio ambiente agrega uma série de princípios particulares, como o princípio da equidade intergeracional e o princípio da solidariedade, que vislumbram uma ética voltada a sujeitos ainda não nascidos, que pertencem às gerações futuras, estabelecendo-se vínculos intergeracionais.

Conforme Milaré (2009, p. 819), intergeracional é o princípio que:

[...] busca assegurar a solidariedade da presente geração em relação às futuras, para que também estas possam usufruir, de forma sustentável, dos recursos naturais. E assim, sucessivamente, enquanto a família humana e o planeta Terra puderem coexistir pacificamente.

A equidade intergeracional transpõe os limites do futuro que se quer, ou do futuro comum, já que, refere-se aqueles que ainda irão nascer e que talvez não cheguem a ocupar no

mesmo tempo o mesmo espaço que os atuais ocupam. O princípio da equidade intergeracional prevê que a geração presente tem direito de usufruir dos recursos naturais, mas tem também o dever de protegê-los e preservá-los para as futuras gerações. Esta noção surge no Princípio 1 da Declaração de Estocolmo, de 1972, que determina que “o homem tem a obrigação de proteger e melhorar o ambiente para as presentes e futuras gerações”.

Diante desta ideia, Hans Jonas (2006, p.185), questiona-se:

O que vem agora? Para onde vamos? E em seguida, o que houve antes? Como se liga o que está ocorrendo agora com o desenrolar da existência? Em uma palavra, a responsabilidade total tem de proceder de forma “histórica”, aprender seu objeto na sua historicidade. Esse é o sentido preciso do elemento que caracterizamos aqui como continuidade.

É com base na ideia de continuidade que a humanidade deve guiar seus passos, a fim de que, possa deixar as gerações vindouras um planeta que garanta um mínimo existencial, já que se sabe que a natureza tornou-se vulnerável e por isso, os avanços técnicos, devem assumir um aspecto ético. Para Alencastro (2009, p. 16):

A presença dos homens – no futuro – deve ser preservada, o que obriga as gerações presentes – as únicas que podem ameaçá-la – que se tornem responsáveis por ela. Só assim a ideia de homem (um construto ontológico) pode ser garantida. O porquê da existência humana e, particularmente, das gerações futuras, é a questão central a ser resolvida: trata-se da tarefa de se assegurar a presença do homem na Terra.

Desse modo, já que a tarefa é garantir a presença de vida humana na Terra, é necessário encontrar meios para enfrentar os novos problemas que transformaram o homem em objeto da técnica. Assim, torna-se evidente que a responsabilidade com as futuras gerações depende dos atuais ocupantes do planeta. Segundo Jonas (2006, p. 93-94):

Não é verdade que possamos transferir a nossa responsabilidade pela existência de uma humanidade futura para ela própria, dirigindo-nos simplesmente aos deveres para com aquela que irá existir, ou seja, cuidando do seu modo de ser. Ao contrário, a primeira regra para o modo de ser que buscamos depende apenas do imperativo do existir. Todas as outras se submetem ao seu critério, que não pode ser fornecido isoladamente por nenhuma ética eudemonista e nem por uma ética da compaixão. Esta tolera muitas coisas que aquele imperativo proíbe e recusa muitas que o imperativo lhe impõe. A primeira regra é a de que aos descendentes futuros da espécie humana não seja permitido nenhum modo de ser que contrarie a razão que faz com que a existência de uma humanidade como tal seja exigida. Portanto o imperativo de que deva existir uma humanidade é o primeiro, enquanto estivermos tratando exclusivamente do homem.

O planeta está ameaçado, e com ele, além de seu valor, estão ameaçadas todas as formas de vida. Desse modo, é necessário agir em conformidade com princípios que (re)coloquem a ética para o centro das preocupações humanas, já que é imprescindível a consciência da existência de um mundo habitável para as gerações futuras, já que não é qualquer lugar, que pode ser espaço de uma vida digna.

Dessa forma, entende-se que a equidade intergeracional deve ser pautada no sentido de propiciar uma cultura de paz, que compreende redescobrir valores, os quais propiciem: respeitar a vida, rejeitar a violência, ser generoso, ouvir para compreender, preservar o planeta e pôr em prática a alteridade.

Para Leite e Ayala (2013) o princípio da solidariedade e o princípio da equidade intergeracional, representam, dogmaticamente, o alcance jurídico da igualdade, de forma a relacionar os titulares de interesses atuais com as gerações futuras, garantindo o exercício de direitos em condições de igualdade.

A equidade intergeracional estabelece vínculos estreitos com o desenvolvimento sustentável, já que se torna fundamental que o ser humano se desenvolva utilizando o meio ambiente com responsabilidade social e ambiental, de forma a preservá-lo para as gerações vindouras. Nesta senda, o princípio da solidariedade e a equidade geracional também representam um limitador das ações dos sujeitos existentes em razão de direitos de sujeitos ainda não existentes (gerações futuras).

Na visão de Leite e Ayala (2001), o desenvolvimento sustentável se insere no âmbito denominado de antropocentrismo alargado. Nesta concepção se reconhece que na noção de preservação do meio ambiente para as futuras gerações está presente um caráter de utilidade. Porém, no antropocentrismo alargado há também a percepção de que o homem não pode

permanecer como destruidor dos recursos naturais, considerando-os bens apropriáveis, já que eles são de interesse comum da humanidade, devendo ser protegidos não só pela sua utilidade, mas pelo seu valor intrínseco (LEITE e AYALA, 2001).

Considerando que os impactos ambientais podem ter efeitos irreversíveis e prolongados, de forma a afetar a qualidade de vida das gerações que estão por vir, a precaução dos danos ambientais, a solidariedade e a equidade intergeracional constituem-se sustentáculo do direito dos sujeitos ainda não existentes a um meio ambiente equilibrado e sadio.

Leite e Ayala (2001) mencionam que:

A constituição da equidade intergeracional revela, assim, também a formulação de uma ética de alteridade intergeracional, reconhecendo finalmente que o homem também possui obrigações, deveres e responsabilidades compartilhadas, em face do futuro. Evidencia-se a necessidade de integração do discurso ético do respeito à alteridade, mas, sobretudo, da alteridade intergeracional, como elementos de revisão do moderno discurso ecológico, que é atualmente, um discurso de inclusão do outro, propulsor de uma democracia ambiental, qualificada pelo novo Estado Democrático do Ambiente.

No âmbito do Direito brasileiro, a Constituição acolhe a equidade intergeracional traduzida em um desejo de justiça entre as gerações, que corresponde, entre outros aspectos, à igualdade de oportunidades em termos de desenvolvimento no futuro, o que estaria assegurado com a responsabilidade com o meio ambiente no presente (FIGUEIRA, 2010, p. 6).

Referindo-se à Constituição brasileira, Ferreira e Ferreira (2010, p. 202) ponderam que o texto constitucional se afasta do paradigma estritamente antropocêntrico e concebe o meio ambiente ecologicamente equilibrado como requisito essencial à qualidade de vida sadia. Ao não fazer referência específica ao homem, o texto Constitucional possibilitou a inclusão de todas as formas de vida como beneficiárias da manutenção do equilíbrio ambiental. O constituinte também protegeu as gerações presentes e futuras, estabelecendo entre elas um compromisso de solidariedade intergeracional.

Mesmo que os sujeitos atuais não gozarão dos benefícios da limitação da sua atuação em favor da preservação do meio ambiente para gerações futuras (na lógica da reciprocidade de direitos e obrigações), a solidariedade para com sujeitos ainda não existente deve atuar como vetor da limitação da ação humana. Supera-se, desta forma a tradicional categoria de sujeito determinado no Direito, para abrir-se a possibilidade de proteção de direito de alguém que ainda não existe.

Para Figueira (2010, p. 6) o Direito ainda está aprendendo a conviver com o Direito Ambiental e suas exigências. As gerações futuras possuem direitos que implicam na mudança de postura do Poder Público e de comportamento da sociedade, para que seja possível herdar um meio ambiente ecologicamente equilibrado, assegurando a aplicação do Princípio da equidade intergeracional.

### Considerações Finais

Sabe-se que a crise ambiental originada pela intervenção humana sobre o planeta, chegou a um ponto onde se pode pôr em risco a sobrevivência e, a longo prazo, a própria humanidade.

Se os efeitos irreversíveis da intervenção tecnológica seguirem o caminho traçado até agora e continuarem a serem vistos apenas pelo ângulo do aspecto positivo, da utopia do desenvolvimento e conforto, as gerações futuras poderão não ter as mesmas oportunidade de vida digna, já que, é provável que o planeta que eles irão receber, esteja escasso de recursos naturais capazes de proporcionar o bem-estar.

Percebe-se que os estudos sobre o meio ambiente apontam sobre as causas da carência de recursos naturais está ligada cada vez mais com o sistema econômico, de modo que é notória a colisão entre a produção desenfreada de bens e serviços, com os sistemas naturais, sem os quais, torna-se impossível a continuidade de vida. Assim, a globalização produziu um modelo de desenvolvimento insustentável, e que, atualmente, exige uma reorientação ética e moral.

A garantia de que as gerações vindouras viverão em um mundo habitável, não importa somente de uma mudança na exploração do meio ambiente. De modo que, além da implementação de uma consciência planetária, exige-se uma mudança nos mecanismos de produção e de consumo, da incorporação de uma infinidade de linhas de ações e políticas, voltadas as questões ambientais.



Assim, o meio ambiente, sustentáculo e condição da humanidade, no passado, no presente e no futuro, é originariamente vulnerável. Se, no presente, a natureza e o próprio planeta se encontram em risco, compete ao indivíduo, que compartilha essa vulnerabilidade, assumir a responsabilidade da sua preservação, já que sua ambição desmedida, pode se tornar uma maldição para ele mesmo.

Portanto, a humanidade deverá envidar todos os esforços e se preciso submeter-se aos sacrifícios necessários, para concretizar a sua responsabilidade: de manter o caminho, preservar a qualidade da natureza e a dignidade das gerações futuras.

Não se discute que o homem tem a liberdade de agir, entretanto, as suas atitudes devem ser no sentido da maior responsabilidade possível de legar às gerações vindouras, um mundo viável. A conduta humana está limitada pelo Direito e pela necessidade de coexistência, o que exige um comportamento consciente e prudente no que se refere aos recursos naturais. A solidariedade e a equidade geracional fundamentam direitos de sujeitos ainda não existentes, tendo por base uma ética voltada para a responsabilidade com o futuro.

Enfim, responsabilidade pelo outro, pelo planeta e pelas futuras gerações tem sua ascendência nos princípios da solidariedade e da equidade intergeracional, de modo que tal responsabilidade somente irá se concretizar quando o ser humano possuir consciência do planeta, dos impactos que causa e essencialmente, quando perceber que o futuro exige a responsabilidade do homem solidariamente comprometido com a biosfera, independente de reciprocidade, de modo que, entende-se que essa responsabilidade emerge e se solidifica da alteridade e da solidariedade.

#### Referências

- ALENCASTRO, Mario Sergio. **Hans Jonas e a proposta de uma ética para a civilização tecnológica.** Desenvolvimento e Meio Ambiente, n. 19, p. 13-27, jan./jun. Editora UFPR, 2009.
- BOFF, Leonardo. **Saber cuidar: ética do humano – compaixão da Terra.** 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2000.
- CAPRA, Fritjof. **A Teia da Vida.** São Paulo: Cultrix, 1996.
- CORTES, Bianca Antunes. Ética é Limite. In: **Revista trabalho, educação e saúde.** Rio de Janeiro, v. 3, n.1, p. 31-49, mar. 2005.
- FERREIRA, Heline Sivini; FERREIRA, Maria Leonor Paes Cavalcanti. Mudanças climáticas e biocombustíveis: considerações sobre a sustentabilidade forte no Estado de Direito Ambiental. **Revista de Direito Ambiental.** São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 59, jul-set. 2010.
- FIGUEIRA, Sérgio Sampaio. A função teleológica do princípio da equidade intergeracional no Direito Ambiental do Brasil. **Planeta Amazônia: Revista Internacional de Direito Ambiental e Políticas Públicas,** n. 2, p. 1-10, 2010.
- GADOTTI, Moacir. **Pedagogia da Terra.** São Paulo: Pierópolis, 2000.
- JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica.** Rio de Janeiro: Contraponto: PUC-Rio, 2006.
- LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. A transdisciplinariedade do direito ambiental e a sua equidade intergeracional. **Revista de Direito Ambiental,** São Paulo, ano 6, n. 22, abr./jun. 2001. Editora. p. 62-80.
- LEVINAS, Emmanuel. **Entre Nós: ensaios sobre alteridade.** Petrópolis-RJ: Vozes, 1997.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência e glossário.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- RAMPAZZO, Lino. **Ética e Direito, Bioética e Biodireito.** Taubaté: Cabral Editora e Livraria Universitária, 2003.
- SILVA, José Afonso. **Direito Ambiental Constitucional.** 4. ed. São Paulo: Malheiros. 2003.
- TENÓRIO, Fernando Guilherme; NASCIMENTO, Fabiano Christian Pucci do. **Responsabilidade social empresarial: teoria e prática.** 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. da FGV, 2006.

### 1.3.4 Ordem e progresso (!?): a ecologia política na vanguarda conciliatória de tecnologia e sustentabilidade

Luciana de Almeida Stamm Melo<sup>1</sup>  
Wagner Augusto Hundertmarck Pompéo<sup>2</sup>  
Carolina Suptitz<sup>3</sup>

#### Resumo

O contexto que a sociedade vivencia atualmente é fruto direto das relações humanas construídas durante séculos, perpassando, obviamente, pelo próprio avanço tecnológico e científico conquistado no transcorrer desse percurso. Da antiguidade até hoje mudamos não apenas o nosso modo de agir, como também e, fundamentalmente, a forma de produzir. E essa modificação de panorama trouxe, sem dúvida, reflexos diretos ao meio ambiente e ecossistema em geral, impondo a necessidade de repensarmos uma maneira de ordenadamente atingirmos o progresso. Dessa maneira, o presente trabalho se dedica a estudar a ecologia política como um instrumento de intermediação entre tecnologia e sustentabilidade, de modo que, assim, ambos possam concomitantemente coexistir. Destarte, o intuito é despontar uma breve reflexão teórica dos tópicos mencionados tendo como finalidade uma compreensão sobre a necessidade de conciliação entre a política ambiental e o processo de desenvolvimento econômico e populacional devido ao avanço industrial. Dessa maneira, o artigo se insere na área de concentração de Direito, Sociedades Globalizadas e Diálogo entre Culturas, e igualmente, na linha de pesquisa Meio Ambiente, Ecologia e Transnacionalização do Direito, ao que pese a demonstração da necessidade de proteção ao meio ambiente.

**Palavras-chave:** Tecnologia. Sustentabilidade. Ecologia Política.

#### Considerações Iniciais:

Do ponto de vista histórico, durante longo período, o homem foi submisso à natureza, pois sua ação restringia-se a uma pequena interferência na esfera ambiental, e assim, o impacto ao meio ambiente era reduzido. No entanto, com o passar do tempo, a Revolução Agrícola e o início do crescimento populacional resultou num impacto sobre a natureza significativamente. (PHILIPPI JR. et al, 2005, p.789- 791).

Assim, ao decorrer dos tempos, o limiar entre o homem submisso à natureza modificou-se ocorrendo uma inversão nesta relação. Com a Revolução Industrial nos séculos XVIII e XIX, o conseqüente crescimento populacional e os avanços econômicos e tecnológicos jamais imaginados pelo homem, a transformação negativa na natureza trouxe como define Remi Soares (2005, p.94), “o lado negro” do processo de globalização.

Logo, o homem adquiriu uma atitude antropocêntrica em relação à natureza, convicto de que esta servia para atender absolutamente as suas necessidades, uma vez que a capacidade única e exclusiva do homem era explorar seus recursos, o que ocasionou a inobservância para a sua conservação, conforme ensina a douta Remi Soares (2005, p.22).

Assim, com as evoluções científicas passou-se a entender a natureza como uma estrutura a ser dominada pelo homem, o que assinalou uma sociedade que se relacionava com a natureza de forma hierárquica, ou seja, como se o homem não fizesse parte do espaço natural.

<sup>1</sup> Acadêmica de Direito, 8º semestre, da Faculdade de Direito de Santa Maria- FADISMA. E-mail: lucianastamm@ymail.com

<sup>2</sup> Bacharel em Direito, formado pela Faculdade Metodista de Santa Maria - FAMES, Instituição de Ensino Superior que compõe a Rede Metodista de Educação do Sul. Advogado, tem escritório – Martini, Medeiros e Tonetto Advogados Associados – na cidade de Santa Maria- RS. Especialista em Ciências Penais, pós-graduado pelo Instituto de Direito RS, Rede de Ensino LFG e UNIDERP-ANHANGUERA. É aluno no Programa Especial de Graduação para Formação de Professores para o Ensino Profissional e Tecnológico, no eixo de Direito, Gestão e Negócios, da Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. É Pós-Graduando em Gestão Pública pela Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. Pós-graduando em Gestão Pública pela Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. Mestrando na área de concentração “Direitos Emergentes na Sociedade Global”, com ênfase/linha de pesquisa afeta a “Direitos na Sociedade em Rede”, da Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. Foi professor em Cursos Preparatórios para as Carreiras Jurídicas Públicas e, atualmente, é Professor de Direito junto a Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA. E-mail para contato: [wagner@mmtdadvogados.com.br](mailto:wagner@mmtdadvogados.com.br), [wagner@fadisma.com.br](mailto:wagner@fadisma.com.br)

<sup>3</sup> Profª. Ms. Carolina Elisa Suptitz. Professora na área de Hermenêutica Jurídica e Metodologia da Pesquisa na Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA)- RS. E-mail: carolina@fadisma.com.br.

Por outro lado, surgiu juntamente a época os movimentos ambientalistas que tem como base o ecocentrismo, onde as atividades humanas encontram-se subordinadas à lei natural e contrapõe-se ao tecnocentrismo, o qual compreendia que a habilidade humana poderia reverter os desequilíbrios ambientais, e ainda, prover a insuficiência dos recursos naturais via alternativas tecnológicas, segundo Jatobá, Cidade e Vargas (2009, p.50).

Desse modo, a nova Era Capitalista, marcada pela sociedade moderna, contribuiu para uma maior produtividade industrial (produção em massa) via domínio tecnológico, não havendo qualquer tipo de inquietação nas consequências ambientais devido ao anseio de crescimento econômico, o que acarretou o comprometimento negativo das relações sociais e na esfera ambiental, conforme leciona Alves e Amador (2012, s.p).

Nessa percepção, segue entendimento de Capra, o qual afirma que o mundo iniciou um processo de adaptação às novas tecnologias, às novas estruturas sociais, e ainda, a uma nova economia, política e cultura, e nesse sentido, para indicar as importantes mudanças e o movimento visivelmente irresistível percebido pela humanidade foi preciso conferir-lhe uma definição, qual seja, Globalização, (CAPRA, 2005, P.141).

Essa nova ordem possuía o designio de beneficiar a humanidade através da produtividade e competitividade como meios de inovação, porém, percebeu-se que o sistema capitalista aplicado era insustentável.

Assim, leciona Capra:

[...] as novas regras econômicas estabelecidas, [...], eram manifestamente insustentáveis e estavam gerando um sem-números de consequências tétricas, todas ligadas entre si- desintegração social, o fim da democracia, uma deterioração mais rápida e extensa do meio ambiente, o surgimento e disseminação de novas doenças e uma pobreza e alienação cada vez maiores. (CAPRA, 2005, p. 141).

Salienta-se, ainda, a ideia de Castells (2006, p.18), o qual afirma que “as maravilhas da revolução tecnológica coexistem com o processo autodestrutivo do aquecimento global e com o ressurgir de epidemias à escala do planeta”.

Leciona Philippi Jr. et al:

Se fosse cientificamente possível fazer uma relação custo-benefício de todo o processo civilizatório, uma conclusão pessimista seria aquela que conclui que os problemas advindos do mundo moderno ultrapassam em grande escala as benesses produzidas por essa mesma sociedade industrial. Sociedades dualísticas evoluíram em que a riqueza convive com a miséria, em que o consumo excessivo de recursos ambientais por poucos contrasta com a completa escassez para muitos. (PHILIPPI JR. et al, 2005, p. 792).

Por isso, abordar esse processo de proteção ambiental é basear-se em intervenções efetivas que rompam com a indiferença social, isto é, permitir a emancipação de medidas que sejam realmente aplicadas por meio da justificativa da defesa do meio ambiente como, também, da educação ambiental. Justificativa essa que permitirá, em momento posterior, a concretização de um meio ambiente saudável e equilibrado.

Nesse sentido, reforça-se a temática do presente trabalho que é compreender a problemática existente entre o desenvolvimento econômico (tecnológico) e a proteção ambiental via alternativa sustentável. A questão é de suma importância, visto que há um interesse crescente e atual pela proteção de um meio ambiente, ou seja, um comprometimento ambiental.

Igualmente, nas palavras de Castell:

Nós conhecemos razoavelmente bem os contornos da sociedade em rede. Existe de facto um grande hiato entre conhecimento e consciência pública, mediada pelo sistema de comunicação e pelo processamento de informação dentro das nossas «molduras» mentais. (CASTELLS, 2006, p.19).

Assim, é necessário reavaliar a relação entre a sociedade e a natureza no intuito de examinar a Ecologia Política como um mecanismo de intermediação entre tecnologia e sustentabilidade através de um processo e progresso conciliatório para que ambos possam coexistir.

Nessa linha de abordagem tem-se como meta que através de uma avaliação doutrinária possa-se visualizar uma alternativa para este palco de conflitos entre o homem e a natureza, apresentando como metodologia abordagens teóricas que abrigam a complexidade da história ambiental sob o prisma tecnológico e evolucionismo social.

Por fim, a proposta a ser abordada é a necessidade de uma consciência conservacionista interligada na análise da relação entre produção e preservação. Igualmente, em segundo momento tem-se a perspectiva de analisar se há um meio conciliatório de produzir sem danificar o meio ambiente ou cercear sua danificação com o intuito de descobrir se há uma maneira de ser revista à exploração ambiental, e terceiro a possível aplicabilidade de meios sustentáveis.

Dessa maneira, o artigo se implanta na área de concentração de Direito, Sociedades Globalizadas e Diálogo entre Culturas, e igualmente, na linha de pesquisa Meio Ambiente, Ecologia e Transnacionalização do Direito, ao que pese a demonstração da necessidade de proteção ao meio ambiente.

### **1. O Direito Ambiental e a ideia de Criação de uma Consciência Conservacionista**

Diante das sucessivas agressões ao meio ambiente, surge o ramo do Direito Ambiental, o qual tem por objetivo primordial regular a relação entre a esfera ambiental e toda e qualquer atividade humana.

Uma vez que, pode-se perceber que o entendimento humano em relação à problemática ambiental começou a modificar, no sentido de preservação ambiental, isto é, a consciência humana acorda para um entendimento que somente a utilização da natureza não sustenta essa relação entre o homem e a natureza. Conseqüentemente, ocorreu uma potencialização positiva na esfera jurídica e social, as quais eram indiferentes ao assunto devido ao processo de globalização, ou seja, o desenfreado desenvolvimento socioeconômico, conforme leciona Capra (2005, p.167).

Instrui Philippi Jr. et al:

A interação entre o ser humano e a realidade que o cerca ocorre principalmente por meio de mecanismos idealizados pelo seu intelecto e sua intuição, realimentados constantemente pelos estímulos advindos do meio externo percebidos pelos seus sentidos. (PHILIPPI JR. et al, 2005, p. 789).

Em face dessa problemática, houve a necessidade de salvaguardar o meio ambiente como bem jurídico. Assim, defender a esfera ambiental é questão mister, pois preservando-se a natureza em todos os seus aspectos, se permitirá a própria sobrevivência humana.

Por isso, segundo os doutrinadores Freitas e Freitas (2001, p.23) mencionam que o meio ambiente era uma seara antes desprotegida, ou seja, não havia preocupação em conservá-la, mas que com a atual preocupação em preservar a esfera ambiental, se fez necessária à efetivação de sua tutela. Desse modo, os doutrinadores acima mencionados descrevem que “as considerações realizadas sobre o meio ambiente, embora, teóricas, elas influenciam diretamente na vida de todos”, (FREITAS; FREITAS, 2001, p.23), e desse promoverá uma consciência conservacionista.

Igualmente, Leff (2003, p.16) acrescenta que a problemática ambiental, ou ainda, a crise da civilização não pode encontrar uma solução pela via da racionalidade teórica e instrumental, pois é imprescindível uma construção e reconstrução do pensamento para entender a complexidade ambiental.

Prontamente, busca-se não somente uma consciência preservacionista, no sentido de apenas proteger a natureza contra o desenvolvimento nocivo, mas, sim, acrescentar uma consciência conservacionista incluindo o homem como parte da natureza e capaz de aproveitar-se dos recursos naturais de maneira benéfica através do mecanismo da prevenção e precaução, pois, a crise ambiental conforme Leff (2003, p.20) é “um questionamento sobre a natureza da natureza e do ser no mundo [...]”.

Para esse quadro complexo em que se apresenta o “modelo capitalista global fundado em políticas neoliberais evidencia o quanto é corrosivo para o meio ambiente colocando as gerações futuras e todo o planeta em risco potencial de extinção”, conforme ensina Remi Soares (2005, p.160).

Corroborar Philippi Jr. et al:

Na verdade, o processo de idealização da realidade está embutido no cerne das culturas das civilizações. Faz parte da natureza humana transformar esse meio para torná-lo um reflexo de seus desejos evolutivos. Dessa maneira, o comportamento ditado pela cultura vem modificando, de uma forma ou de outra, o meio ambiente. (PHILIPPI JR. et al, 2005, 789).

Ademais, esta crise ambiental, no entendimento de Alves e Amador (2012, s.p), depreende-se pela necessidade de uma revisão dos processos de teorização científica, ou seja, pela reavaliação dos aspectos da realidade social e ambiental. Assinalam os autores que, “com a superação das formas de especialização e fragmentação disciplinar das ciências, na medida em que responde as demandas por uma análise compreensiva da realidade humano-social”. (AMADOR; ALVES, 2012, s.p). De fato, os autores entendem que com o desenvolvimento tecnológico, entendido, de forma ampla, ou seja, o qual acolhe o perfil social hodierno deve procurar um equilíbrio e harmonia na relação homem-natureza aplicando a realidade social e de desenvolvimento atual.

Com isso, novamente Alves e Amador (2012, s.p) entendem que os problemas provocados na crise ambiental caracterizam-se pela necessidade de suscitar novos padrões na forma organizacional das comunidades científicas por meio de um trabalho que contemple a “compreensão do mundo humano-social”.

Desse modo, com o mundo capitalista e a nova era tecnológica emerge uma vida social crescentemente complexa, a qual é acompanhada por uma produção constante e acelerada de conhecimentos, novas tecnologias, novos valores, crescimento econômico e cultura, o que determina o processo tecnológico como eixo fundamental no plano social, conforme leciona Héctor Leis (2004, p.27).

Importante suscitar o entendimento de Remi Sores (2005, p.225), a qual relata que o sistema neoliberal significa um atraso em termos de desenvolvimento, sendo ainda, lesivo para a proteção ambiental, pois o crescimento econômico não confere uma proteção ambiental em longo prazo, mas sim, o interesse de uma crescente produtividade caracterizada pela exploração desordenada dos recursos naturais.

Dessa maneira, pode-se compreender que as dificuldades comuns da sociedade, na verdade, refletem problemas causados pelo crescente desenvolvimento, tendo como causa a constante expansão do capitalismo. No entanto, pode-se observar, em grande parte uma considerável despreocupação social, até então, com as consequências ambientais deste evento econômico, uma vez que a expansão do mercado introduz a humanidade num futuro incerto e sem precedentes.

Destarte, para Castell (2006, p.17), a globalização é outro modo de referir-se à sociedade em rede, no entanto, elas são seletivas, mesmo que, difundida por todo mundo, não inclui todas as pessoas. Em outras palavras, ela exclui a maioria das pessoas, mesmo que todos sejam afetados por ela. Por isso que, a verdadeira escolha não se perfectibiliza entre o desenvolvimento econômico (produtividade) e o meio ambiente, mas sim pelas formas propostas para ambas.

Na lição de Remi Sores, o desejo do crescimento econômico via alta produtividade não só desordena os recursos naturais como também não alcançaria toda a humanidade, pois o lucro obtido pela alta produtividade não retorna em parcela para o designio de amparar a esfera ambiental, e a redução na produtividade poderia ocasionar ao mesmo tempo a exclusão social condicionada ao fator desemprego (SOARES, 2005, p. 226).

Assim sendo, a mudança para o desenvolvimento econômico é necessária, já que é imperativo reverter esse quadro. Na lição de Leff (2003, p.43), deve haver “não uma perspectiva construtiva da natureza, mas sim uma política, em que as relações entre seres humanos, e entre eles e a natureza, se constroem através das relações de poder (no saber, na produção, na apropriação da natureza)”.

Portanto, a perspectiva ecológica, segundo Capra, é compreender a relação entre a simplicidade interna e ecológica:

Uma vez que o ganhar dinheiro é o valor máximo do capitalismo global, os representantes deste procuram sempre que possível eliminar as legislações ambientais com a desculpa do “livre comércio”, para que as mesmas legislações não prejudiquem os lucros. Assim, a nova economia provoca a destruição ambiental não só pelo aumento do impacto das operações sobre os ecossistemas do mundo, mas também pela eliminação das leis de proteção ao meio ambiente em países e mais países. (CAPRA, 2005, p. 159).

Logo, o efeito destrutivo causado pelo capitalismo na esfera ambiental torna o contexto extremamente fragilizado, visto que a preocupação com a produtividade em massa com fins de crescimento econômico impede ou prejudica uma consciência conservacionista, pois quanto maior o interesse no crescimento econômico maior os efeitos negativos sobre o ambiente.



## 2. Ecologia Política e o Desafio Conciliatório

A visão ecológica fortaleceu-se a partir do século XX possuindo uma visão mais científica as questões ambientais, ou seja, inicia-se um processo crescente na conservação ambiental. Com isso, as preocupações ecológicas alcançaram as instituições oficiais, sendo que, no Brasil, a intervenção se deu através da Secretaria Nacional do Meio Ambiente (SEMA), a qual teve suas obrigações arraigadas na Conferência das Nações Unidas do Meio Ambiente, em Estocolmo, a qual reuniu resultados decorrentes do Clube de Roma e do Relatório Meadows, (JATOBÁ et al, 2009, p.56-57) Porém, as questões ecológicas contrapõe-se aos interesses econômicos e sociais, o que tornou difícil um processo conciliatório.

Desse modo, surgiu à necessidade de novas propostas desenvolvimentistas, e após a Conferência de Estocolmo as questões ambientais acolheram um caráter mais político na busca de ações mais efetivas e conciliatórias com a propósito de equilibrar o crescimento econômico-social com a conservação ambiental. Sendo assim, foi elaborado o Relatório de Brundland acolhido na Conferência Rio-92, (JATOBÁ et al, 2009, p.56-57). Posteriormente, foi criada a Cúpula da Terra (RIO +10) com o objetivo de reduzir a pobreza, e assim, instituir um perfil socioambiental tentando conciliar uma política ambiental sem ter que frear o crescente modelo econômico.

Torna-se evidente que a globalização em seu processo econômico, resultou em reflexos negativos ao ambiente, o que suscita uma consciência de realizar alternativas que ocasionem um menor impacto na natureza, sem que haja a necessidade de parar de produzir, porquanto, emergindo um despertar ecológico, conforme leciona Remi Soares (2005, p.165).

Ademais, pode-se perceber que as propostas promovidas para estabelecer o equilíbrio entre meio ambiente, sociedade e economia evidenciou-se conflituosa, visto que a racionalidade econômica contrasta com a ecológica.

Dessa maneira, a Ecologia Política é entendida:

Identifica-se com os movimentos ambientais contestatórios em defesa de minorias raciais, que surgem nos países desenvolvidos, mas também e especialmente com o contexto de injustiça social e ambiental que caracteriza a história dos países em desenvolvimento. [...] A Ecologia política postula que os problemas ambientais não podem ser compreendidos isolados do contexto político e econômico em que foram criados. É preciso relacionar processos socioeconômicos e políticos e atores sociais nos níveis global, regional e local. (JATOBÁ; CIDADE; VARGAS, 2009, p. 68).

Outra vez, pode-se perceber que os autores compreendem que a Ecologia Política aborda a crise ambiental em territórios que se encontram em desigualdades sociais tendo um perfil político, ao cuidado de interesses e ações daqueles envolvidos diretamente aos conflitos socioambientais.

Nesse sentido, verifica-se o quanto é imprescindível “adotar parâmetros na atividade do homem realizada no meio ambiente, visto que, a existência do ressentimento contra a globalização econômica já iniciou”, doutrina Capra (2005, p. 167).

Em outras palavras, o autor verifica que se deve realizar uma análise em relação às consequências que podem ser desencadeadas por determinada intervenção na esfera ambiental. Ademais, neste contexto o intuito é de que se possam obter soluções que visem alcançar a qualidade do meio ambiente na observância do equilíbrio ambiental, e ainda, do limite de exploração, ao que pese entender que a maneira de explorar deve ser revista realizando um processo conciliatório.

Entende Leff:

Na história humana, todo saber, todo o conhecimento sobre o mundo e sobre as coisas, tem estado condicionado pelo contexto geográfico, ecológico, e cultural em que produz e se reproduz uma formação social determinada. As práticas produtivas, dependentes do meio ambiente e da estrutura social das diferentes culturas geram formas de percepção e técnicas específicas para a apropriação social da natureza e da transformação do meio. (LEFF, 2007, p. 23).

Assim, para o autor, a evolução e a transformação dos ecossistemas naturais está vinculado ao processo histórico e social, ou seja, é presente a vinculação entre a sociedade e natureza, sendo que tanto a transformação concreta dos ecossistemas como as condições ecológicas de produção estão interligadas em seu processo causa-efeito, (LEFF, 2007, p.50).

Ademais, a Ecologia Política é a fusão da ecologia humana com a economia política, a qual estuda os conflitos ecológicos em um sistema cada vez menos sustentável. Cabe a ela compor algumas propostas em proteção ao meio ambiente, dentre as quais pode ser lançada a

justiça ambiental, resistência como estratégia de luta e alternativas para desenvolvimento, segundo explicam Jatobá, Cidade e Vargas (2009, p. 68-69).

Por isso que, no entendimento de Capra (2005, p. 217), “apesar das novas leis ambientais, da crescente disponibilidade de produtos ‘amigos do meio ambiente’ e de muitos outros avanços encorajadores realizados pelo movimento ambiental”, a crescente perda em áreas ambientais ainda não foi revertida. Ainda, na conclusão de Leff (2007, p.50), devido à “absorção da natureza no processo capitalista de produção, incorpora-se tecnologicamente ao processo produtivo”, e esta integração dificulta o equilíbrio ambiental.

Segue Capra:

Esgotando nossos recursos naturais e reduzindo a biodiversidade do planeta, rompemos a própria teia da vida da qual depende o nosso bem-estar, prejudicamos em outras coisas, os preciosos “serviços ecossistêmicos” que a natureza nos fornece de graça. [...] Esses processos essenciais são propriedades emergentes de sistemas vivos não-lineares que só agora estamos começando a compreender, e agora mesmo estão seriamente postos em risco pela nossa busca linear de crescimento econômico, e consumo material. (CAPRA, 2005, p.218).

Destarte, a Ecologia Política emerge, segundo entendimento de Leff, em uma nova perspectiva do saber, ou seja, uma “politização do conhecimento pela reapropriação social da natureza”, isto é, uma nova estruturação ao que confere ao pensamento decisivo e a propositura de ação política, (LEFF, 2006, p. 300).

Outra vez, leciona Capra (2005, p.264), que as políticas de projeto ecológico não são um problema técnico nem conceitual, mas sim de valores e de vontade política.

Dessa maneira, é importante concretizar a consciência ecológica para que se inicie um novo paradigma de convivência, sendo indispensável à instituição de uma educação ambiental para a formação de atores sociais cujo objetivo é a criação de uma nova política social, (SOARES, 2005, p.169).

Ainda, só através dessa abordagem política sobre as questões socioambientais pode-se alcançar um equilíbrio ambiental gerando “justiça na distribuição de ônus e benefícios decorrentes das alterações sociais”, conforme Jatobá, Cidade e Vargas (2009, p.76), o que permite reavaliar o modo de exploração, e consequentemente, realizar um processo produtivo com a preocupação de uma menor danificação ao meio ambiente apontando para uma profunda avaliação acerca das ações e interações humanas sobre o ambiente, a sociedade, a própria produção e ainda o consumo.

Nesse sentido, dispõe Leff acerca de possíveis resoluções sobre a problemática ambiental:

A resolução dos problemas ambientais, assim como a possibilidade de incorporar condições ecológicas e bases de sustentabilidade aos processos econômicos- de internalizar as externalidades ambientais na racionalidade econômica e os mecanismos de mercado- e para construir uma racionalidade ambiental e um estilo alternativo de desenvolvimento, implica a ativação e objetivação de um conjunto de processos sociais: a incorporação dos valores do ambiente na ética individual, nos direitos humanos e na norma jurídica dos atores econômicos e sociais; a socialização do acesso e apropriação da natureza; a democratização dos processos produtivos e do poder político; as reformas do Estado que lhe permitam mediar a resolução de conflitos de interesses em torno da propriedade e aproveitamento dos recursos e que favoreçam a gestão participativa e descentralizada dos recursos naturais. (LEFF, 2007, p. 111-112).

Por conseguinte, é necessário entender que tais processos colocados pelo autor suscitam a necessidade de refletir sobre os problemas ambientais, já que a construção de uma consciência ambiental ocorre através de uma modificação de pensamento político e social reorganizando novas formas de produção para que haja a ruptura do processo produtivo presente, permitindo que se estabeleça uma medida conciliatória na relação conservação ambiental e produtividade. Logo, a Ecologia Política, segundo Leff (2006, p.316) visa “uma redefinição do conhecimento a partir do saber ambiental”.

Portanto, se incidir efetivamente uma projeção para o tempo futuro da aplicação das intenções ambientais propostas pode-se vislumbrar a transição da estrutura capitalista para uma existencial estrutura de sustentabilidade ecológica, adentrando a uma consciência ecológica preocupada na proteção do patrimônio global que é o meio ambiente. Pois, nas palavras de José Afonso da Silva (2007, p. 91), “a conservação não é uma situação estática,

mas um processo dinâmico que envolve o aproveitamento atual, continuidade e manutenção futura”.

### 3. Aplicação da Educação Ambiental como um Processo Político e Social na busca de um Desenvolvimento Sustentável

Partindo do pressuposto da análise entre o desenvolvimento econômico e a Ecologia Política como meio conciliatório desse processo entre o homem a natureza pode-se perquirir a aplicação da Educação (e consciência) Ambiental como mecanismo auxiliador nessa ação conciliatória sustentável.

Nesse sentido, Philippi Jr. et al:

Dessa maneira, para que o desenvolvimento de qualquer sociedade possa ser considerado sustentável, ele deve necessariamente estar atrelado à maneira como o capital natural- base de recursos naturais renováveis e não renováveis- e o capital feito pelo ser humano- tecnologia capital, conhecimento- se inter-relacionam; quais são as formas de substituição e compensação entre os dois; a existência de uma política pública ambiental que reconheça essa relação em todos os setores e por fim que ela seja regida por várias disciplinas com implicações no meio natural e antrópico. (PHILIPPI JR. et al, 2005,p. 793).

Igualmente, Almeida e Engemann (2012, p.61-63) compreendem que o desenvolvimento deve ser abrangente devido ao processo de globalização, porquanto, revelam que muitos países têm problemas decorrentes do não atendimento das necessidades essenciais do ser humano por acolherem o entendimento de que o risco social é reflexo do processo de globalização.

De fato, o objetivo primordial é estabelecer um equilíbrio entre a relação homem-natureza e desenvolvimento-natureza com a finalidade de obter uma melhor qualidade de vida.

Nas palavras de Pelicioni:

Melhorar a qualidade de vida da população tem sido um dos maiores desafios da humanidade nos tempos atuais. As diferenças sociais e econômicas entre os países têm dificultado o encaminhamento de soluções para questões relacionadas a um desenvolvimento justo e ambientalmente sustentável. (PELICIONI, 2005, p. 133).

Dessa maneira, Almeida e Engemann (2012, p. 65), explanam o imperativo de promover o desenvolvimento como um todo, sendo condição de inclusão social. Ademais, destaca-se nesse processo a importância da educação como estratégia a ser utilizada na viabilização entre a trilogia homem- natureza- desenvolvimento.

Acresce Pelicioni:

A educação, então, é vista como o processo de transformação do sujeito, que, ao transformar-se, modifica o seu entorno e vice-versa. O ser humano em constante transformação é, portanto, ao mesmo tempo, um agente transformador de sua realidade.

Sendo sujeito de sua própria educação, esta deve levá-lo à reflexão sobre seu ambiente concreto e, conseqüentemente, a uma consciência crítica que lhe dê condições de transformar e intervir nessa realidade e nesse ambiente. O amadurecimento da sua capacidade crítica e reflexiva é resultado da participação consciente na sociedade. (PELICIONI, 2005, p. 139-140).

Assim, a relação que se objetiva concretizar deve estabelecer-se entre “liberdade individual e social, desenvolvimento abrangente e políticas públicas”, segundo Almeida e Engemann (2012, p.71), devido a sua viabilidade ocorrer tão somente nas estruturas governamentais bem como em relação aos “imaginários sociais”, assim promulgados pelos autores.

Destarte, pode-se compreender que o desenvolvimento sustentável suscitará a participação de todos, ao passo que, à realidade atual vincula-se num processo científico diretamente interligado ao desenvolvimento tecnológico e diretamente implica na transformação dos recursos naturais.

Assim sendo, Jair Zaro (2012, p.134) apreende que “definir o meio como uma simples relação entre o homem e a natureza, o vegetal e o animal, o desmatamento e a preservação é não valorizar o próprio direito ambiental e a sua importância que lhe é de natureza”.

Segue a contribuição de Leff nesse sentido:

O ambiente não é ecologia, mas a complexidade do mundo é um saber sobre as formas de apropriação do mundo e da natureza através das relações de poder que se inscreveram nas formas dominantes de conhecimento. A partir daí, abre-se o caminho que seguimos para delinear, compreender, internalizar e finalmente dar seu lugar- seu nome próprio- à complexidade ambiental. (LEFF, 2007, p.16).

Com isso, as possibilidades de desenvolvimento sustentável estão entrelaçadas ao desenvolvimento tecnológico, o qual atualmente gera o grande conflito entre a relação humana e ambiental.

Contudo compreende Zaro:

A importância do conhecimento científico é inquestionável, e o seu poder de transformação é visível. Contudo espera-se um processo maior de interdisciplinaridade e transdisciplinaridade, para que as técnicas e os métodos científicos de conhecimentos contribuam para uma metodologia unificada da compreensão do meio ambiente. (ZARO, 2012, p. 135).

Desse modo, compreender a educação ambiental não é somente o seu corpo normativo da lei 6.938/1981 que trata da Política Nacional do Meio Ambiente, mas sim como mecanismo essencial aos níveis de ensino devendo ser entendida como uma educação política que reivindica da sociedade o seu empenho para demandar por justiça social, cidadania e principalmente critérios éticos na relação do homem com a natureza.

Leciona Pelicioni:

A educação ambiental deve, portanto, capacitar ao pleno exercício da cidadania, favorecendo a formação de uma base conceitual suficientemente diversificada técnica e culturalmente, de modo a permitir que sejam superados os obstáculos à utilização sustentável do meio.

[...] Assim, mais do que instrumento de gestão ambiental, ela deve tornar-se uma filosofia de vida que se expressa como uma forma de intervenção em todos os aspectos sociais, econômicos, políticos, culturais, éticos e estéticos.

Desse modo, a educação nunca é neutra. Ela reflete necessariamente a ideologia quem com ela trabalha, podendo ser produtora ou questionadora do sistema sociopolítico e econômico dominante. (PELICIONI, 2005, 149).

Por fim, Zaro (2012, p. 143) acredita que “apesar dos desafios e as dificuldades do contexto atual, existe uma perspectiva de mudar o atual processo de destruição e crise ambiental”, ao que pese a participação da sociedade e do Estado, mesmo que tal processo demonstre certa fantasia.

Ainda, José Afonso da Silva (2007, p. 89), suscita a importância do conceito de conservação ecológica sendo de caráter basilar porque compreende a preservação, a manutenção, a utilização e sustentabilidade do ambiente natural, pois que, a sua gestão deve equilibrar a satisfação das necessidades e interesses das gerações presentes e futuras respectivamente.

### **Considerações Finais**

No presente trabalho, buscou-se alcançar a compreensão da problemática existente entre o desenvolvimento econômico- tecnológico e a necessidade de proteção ambiental em um processo que gere um empenho socioambiental para promover a sustentabilidade.

Com a crescente preocupação atual em relação ao meio ambiente diante da várias agressões realizadas na esfera ambiental tornou-se indispensável uma nova ideia de desenvolvimento, isto é, um desenvolvimento sustentável, em que, possa-se garantir a todas as gerações o direito de desfrutarem dos recursos naturais.

Assim, imperiosa a mudança no sistema capitalista, uma vez que, o sistema ecológico tem direta ligação com o futuro da humanidade. Pois que torna-se imprescindível gerar uma relação equilibrada e conciliatória entre desenvolvimento (produção) e conservação ambiental.

Partindo desta premissa é forçoso que o desenvolvimento deve ser sustentável, aplicando, além da consciência social, novas políticas de implementação ambiental para que se estabeleça a construção de uma sociedade ecológica, reforçando a ideia do bem comum em efetiva ação transformadora do mundo globalizado.

Logo, cabe verificar e refletir sobre as políticas, sociais, econômica e ambiental- ao que pese o sentido de preservação e conservação da natureza-, tendo por objetivo materializar

ações que proporcionem resultados hegemônicos às questões ambientais, introduzindo efetivamente uma justiça ambiental e educação ambiental aos métodos de produção.

#### Referências

- ALMEIDA, Ana Paula de; ENGELMANN, João Gilberto. Desenvolvimento abrangente e sociedade: crescimento econômico e políticas públicas em defesa do meio ambiente. pág.57-73. In: **Meio Ambiente, Constituição e Políticas Públicas II**/ Org. André Viana Custódio; Iumar Junior Baldo. Curitiba: Multideia. 2012.
- ALVES. Adjair, AMADOR. Maria Betânia. Ecologia Política e Desenvolvimento Sustentável: as demandas por uma análise compreensiva da realidade humana - social. In: **Revista Diálogos** n.º7– Revista de Estudos Culturais e da Contemporaneidade – UPE/Faceteg Garanhuns/PE - 2012. Disponível em: <[http://www.orfeuspam.com.br/Periodicos\\_JL/Dialogos/Dialogos\\_7/10\\_Adjair\\_Betania\\_Ecologia\\_Politica.pdf](http://www.orfeuspam.com.br/Periodicos_JL/Dialogos/Dialogos_7/10_Adjair_Betania_Ecologia_Politica.pdf)> acesso em 17/04/2013.
- CAPRA, Fritjof. **As Conexões Ocultas: Ciência para uma vida sustentável**. Tradução: Marcello Brandão Cipolla. 5ª reimpr. Da 1ª ed. de 2002. São Paulo: Cultrix. 2005.
- CASTELLS. Manuel. **A Sociedade em Rede: Do Conhecimento à Política**. Tradução: Rita Espanha. 2006. Disponível em: <<http://biblio.ual.pt/Downloads/REDE.pdf>> Acesso em: 18/04/2013.
- FREITAS, Vladimir Passos de e FREITAS, Gilberto Passos de. **Crimes contra a natureza: (de acordo com a lei 9.605/98)**. 7ª ed. rev. atual, e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- JATOBÁ. Sérgio Ulisses Silva, CIDADE. Lúcia Cony Faria, VARGAS. Glória Maria. Ecologismo, Ambientalismo e Ecologia Política: diferentes visões da sociedade e do território. In: **Sociedade e Estado**. Brasília. v. 24, n. 1, p. 47-87, jan/abr. 2009.
- LEFF. Enrique. Pensar a complexidade ambiental. In: **La Complejidad Ambiental**. Cortez Editora: São Paulo- SP. 2003.
- \_\_\_\_\_, Enrique. **Epistemologia Ambiental**. Tradução: Sandra Valenzuela: revisão Paulo Freire Vieira. 4ª ed. rev. São Paulo: Cortez. 2007.
- \_\_\_\_\_. Enrique. **Racionalidade Ambiental: a reapropriação social da natureza**. Tradução: Luis Carlos Cabral. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2006.
- LEIS. Héctor Ricardo. **A modernidade Insustentável: As críticas do ambientalismo à sociedade contemporânea**. Coscoroba ediciones. Montevideo. 2004.
- PELICIONI, Maria Cecília Focesi. Educação Ambiental como Processo Político. pág.133-160. In: **Curso Interdisciplinar de Direito Ambiental**./ Arlindo Philippi Jr; Alaôr Caffé Alves, editores. Barueri, SP: Manole. 2005.
- PHILIPPI JR, Arlindo et al. Políticas Públicas e Desenvolvimento sustentável. pág. 863-898 In: **Curso Interdisciplinar de Direito Ambiental**./ Arlindo Philippi Jr; Alaôr Caffé Alves, editores. Barueri, SP: Manole. 2005.
- SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 6ª ed. atual. MALHEIROS. São Paulo- SP. 2007.
- SOARES. Remi Aparecida de Araújo. **Proteção Ambiental e Desenvolvimento Econômico-Conciliação**. 1ª ed. (ano 2004). 2ª tir. Juruá Editora. Curitiba- PR. 2005.
- ZARO, Jair. O desenvolvimento de um meio ambiente sustentável através da conscientização, da formação e da participação social. pág. 133-144 In: **Meio Ambiente, Constituição e Políticas Públicas II**/ Org. André Viana Custódio; Iumar Junior Baldo. Curitiba: Multideia. 2012.



## 2. RESUMOS

### 2.1 Novos Direitos, Internacionalização E Multiculturalismo

### 2.1.1 Direito à privacidade x direito à liberdade de expressão artística<sup>1</sup>

Adriano Sartori<sup>2</sup>  
Viviane Coitinho<sup>3</sup>

A partir da situação descrita, escolha uma das opções: violação de privacidade ou liberdade de expressão artística; você está de cuecas lendo um livro em seu apartamento com a janela aberta. Sem perceber, seu vizinho fotografa a “cena” e a expõe em uma mostra artística. Qual opção você escolhe? Para uma juíza de Nova York, a escolha foi a liberdade de expressão artística, tanto que autorizou um fotógrafo a publicar retratos íntimos de seus vizinhos, conforme noticiado no jornal Folha de São Paulo<sup>4</sup>. Baseado neste caso, elaborei um artigo para a disciplina de Direito Civil I acerca do conflito entre o direito à privacidade e o direito à liberdade de expressão artística. Como o assunto é recente, se encaixa na linha de pesquisa dos novos direitos, internacionalização e multiculturalismo. Quanto à metodologia, dei ênfase às novas tecnologias e às mudanças no panorama social-jurídico que elas trazem. Busquei citações em um livro de um estudioso no assunto (Manuel Castells) e me debrucei na Constituição Federal e no Código Civil, que versam sobre os direitos mencionados no trabalho. Não há resultados específicos: minha intenção é fomentar o debate acerca dos dois direitos.

**Palavras-chave:** privacidade, liberdade, artística, tecnologia.

#### Referências:

BRASIL. Código Civil – Equipe RT. II Série 2012.

BRASIL. Constituição Federal de 1988 – 14. ed. rev. ampl. e atual – São Paulo: Editora Revista os Tribunais, 2012.

CASTELLS, Manuel. The rise of the network society. Blackwell: Oxford, 1996.

<sup>1</sup>Resultado parcial do Projeto de Pesquisa intitulado “A liberdade de expressão artística e o direito à privacidade: um conflito de direito”, iniciado em 16/09/2013, com apoio da Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA).

<sup>2</sup>Adriano Sartori. Aluno da Graduação em Direito do 2º semestre da Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA). E-mail: [adrianossartori@gmail.com](mailto:adrianossartori@gmail.com).

<sup>3</sup>Viviane Coitinho. Professora da Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA. Mestre em Direito pela UNISC. E-mail: [vivianecoitinho@fadisma.com.br](mailto:vivianecoitinho@fadisma.com.br).

<sup>4</sup><http://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2013/09/1337626-fotografo-ganha-na-justica-o-direito-de-exibir-fotos-intimas-de-vizinhos-em-nova-york.shtml>

## 2.1.2 A *Lex Mercatoria* e a tentativa de regulação do comércio internacional: sua aplicação nos contratos internacionais e no procedimento arbitral<sup>1</sup>

Ana Julia Frey Fischer<sup>2</sup>

Levando-se em conta a crescente importância das relações econômicas e comerciais no cenário internacional, é destacada também a relevância dos estudos sobre a regulação dessas relações multilaterais globalizadas. Os contratos internacionais possuem papel primordial nas relações comerciais, e são formulados a partir do direito internacional privado dos Estados-parte. Porém têm se notado esforços no sentido de uniformizar as regras do comércio internacional utilizando-se do conjunto de normas e princípios da *lex mercatoria*, que consiste em um sistema de usos e costumes reiterados na prática comercial, e conta como principais fontes os princípios gerais do direito, os usos e costumes do comércio, os contratos-tipo e os laudos arbitrais. A dúvida em torno da *lex mercatoria* seria se a mesma possui natureza jurídica e se poderia regulamentar o comércio internacional de maneira eficiente, se sua aplicação nos contratos internacionais é viável. Colaborando com esse aspecto encontra-se o procedimento de arbitragem, adotado como meio de solução de conflitos na maioria dos contratos comerciais internacionais. A arbitragem seria o principal meio de inserção e aplicação da *lex mercatoria* na prática, através de sua jurisprudência. O presente artigo apresentará em sua primeira parte a *lex mercatoria*, e em segundo lugar o procedimento de solução de controvérsias: a arbitragem. Sua conclusão objetiva demonstrar que o comércio internacional poderá encontrar maior regulação e regulamentação através da combinação destas duas práticas: a adoção da *lex mercatoria* como sistema jurídico e da arbitragem como meio de solução de conflitos.

**Palavras-chave:** Direito Internacional Privado; *Lex Mercatoria*; Arbitragem; Contratos Internacionais.

### Referências:

- AMARAL, Ana Paula Martins. *Lex mercatoria e autonomia da vontade*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 592, 20 fev. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6262>>. Acesso em: 14 jul. 2013.
- AZEVÊDO, Pedro Pontes de. *A lex mercatória e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro*. In: Prim@ Facie, Recife, ano 5, n. 9, jul./dez. 2006. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/primafacie/article/view/7210/5424>>. Acesso em: 19 jul. 2013.
- BATISTA, Neimar. *Lex Mercatoria - Novas tendências e análise da viabilidade de um sistema de autônomo de normas internacionais*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 85, fev 2011. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8975](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8975)>. Acesso em: 20 jul. 2013.
- BOTTESELLI, Ettore. *Procedimento arbitral: lei aplicável e lex mercatoria*. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3360, 12 set. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22600>>. Acesso em: 19 jul. 2013.
- BRASIL. Lei no. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9307.htm)>. Acesso em 15 de jul. 2013.
- DREBES, Josué Scheer. *O Contrato Internacional à Luz do Direito Internacional Privado Brasileiro*. In: Revista Eletrônica de Direito Internacional – CEDIN, Belo Horizonte, ano 4, n. 6, jan./jun. 2010. Disponível em: <[http://www.cedin.com.br/revistaeletronica/volume6/arquivos\\_pdf/sumario/josue\\_drebes.pdf](http://www.cedin.com.br/revistaeletronica/volume6/arquivos_pdf/sumario/josue_drebes.pdf)>. Acesso em: 15 jul. 2013.
- FERREIRA, Diego Vikboldt; BAUMGARTEN, Marcelo Zepka. *Controvérsias Internacionais: Soluções Pacíficas e Coercitivas*. In: Âmbito Jurídico. Rio Grande, X, n. 47, nov 2007. Disponível em: <[http://www.ambito-](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8975)

<sup>1</sup> Artigo elaborado como critério de avaliação da disciplina de Seminários em Relações Internacionais do curso de Relações Internacionais da Universidade Federal de Santa Maria/UFSM no primeiro semestre de 2013.

<sup>2</sup> Graduanda do 2º semestre do curso de Direito da Faculdade de Direito de Santa Maria/FADISMA e do 6º semestre do curso de Relações Internacionais da Universidade Federal de Santa Maria/UFSM. E-mail: anajuliafreyfischer@gmail.com.

juridico.com.br/site/index.php?n\_link=revista\_artigos\_leitura&artigo\_id=2550>. Acesso em: 20 jul. 2013.

PIRES, Eduardo; ARAÚJO, Neiva Cristina. Lex Mercatoria e Arbitragem Internacional: Alternativas para Regulação e Solução de Conflitos do Comércio Internacional. In: Encontro Nacional do CONPEDI, 18, 2009, Maringá. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/anais/36/07\\_1713.pdf](http://www.conpedi.org.br/anais/36/07_1713.pdf)>. Acesso em 20 jul. 2013.

SOUZA, Fabiana Ribeiro de. Contratos Internacionais do Comércio: Harmonização Legislativa no Mercosul. Cabo Frio: UVA, 2008. Disponível em: <<http://www.uva.br/sites/all/themes/uva/files/pdf/contratos-internacionais-do-comercio-harmonizacao-legislativa-mo-mercosul.pdf>>. Acesso em: 17 jul. 2013.

STRENGER, Irineu. A Arbitragem como Modo de Inserção de Normas da Lex Mercatoria na Ordem Estatal. In: Revista Brasileira de Arbitragem, n. 3, jul/set 2004. Disponível em: <<http://xa.yimg.com/kq/groups/22757761/994041404/name/STRENGER+-+A+Arbitragem+como+Modo+de+Inser%C3%A7%C3%A3o+de+Normas+da+Lex+Mercatoria+na+Ordem+Estatat.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2013.

### 2.1.3 A Influência dos grupos sociais na construção de valores subjetivos e do discurso majoritário sobre a marginalização comportamental<sup>1</sup>

Thiago Kozorosky Palmeiro<sup>2</sup>  
Prof<sup>a</sup> Carolina Suptitz<sup>3</sup>

A realidade de um indivíduo é fragmentada em diversos núcleos sociais, onde em uma ordem hierárquica, exercem maior ou menor influência na construção de sua personalidade. Suas atitudes nada mais são do que o conjunto de valores e princípios morais, oriundas de tais núcleos, complementadas pelo filtro de seus posicionamentos e escolhas, onde em alguns casos a prerrogativa da escolha inexistente. Vive-se em uma pluralidade, onde realidades distintas lutam pela constante harmonização social, porém, isso nem sempre é possível. Por consequência dessa diversidade e potencializada pela existência de determinadas patologias sociais, algumas pessoas possuem comportamentos desconexos do senso comum padecendo por isso. Este ensaio vislumbra desvendar, entre esse choque de realidades, algumas causas destas transgressões tirando partido de pressupostos psicológicos e sociais, no que pese suas influências, perpassando desde a criação axiológica dos pequenos grupos sociais até a estigmatização de determinadas atitudes que, distantes do senso comum, foram refutadas pela sociedade. Não defende-se, por meio de tais proposições, a impunidade, mas sim, pretende-se elucidar determinadas atitudes buscando contextualizá-las para que se tenha uma real percepção do que levou o homem a cometer determinados atos infracionais, subsidiando o direito na tentativa de um julgamento mais justo.

**Palavras-chave:** Psicologia do Crime. Grupos Sociais. Estigmatização. Valores.

#### Referências:

- DURKHEIN, Emile. As Regras do Método Sociológico. 1 ed. Bauru: Edipro, 2012.  
SEABRA, Hugo Martinez de. Delinquência a preto e branco: estudo de jovens em reinserção. 1 ed. Lisboa: Texttype, 2005.  
SILVA, Ana Beatriz Barbosa. Mentis perigosas: O Psicopata mora ao lado. 1ed: Fontanar, 2008.  
BARATTA, Alessandro. Criminología Crítica del Derecho Penal: Introducción a-la sociologia Jurídico-penal. 1 ed. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004.

<sup>1</sup> Resultado parcial do projeto de pesquisa iniciado em 10/10/2013, com o apoio da Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA).

<sup>2</sup> Aluno do Curso de Direito da FADISMA – 1º Semestre – e-mail: [thiagopalmeiro@gmail.com](mailto:thiagopalmeiro@gmail.com)

<sup>3</sup> Professora do Curso de Direito da FADISMA – e-mail: [carolina@fadisma.com.br](mailto:carolina@fadisma.com.br).



#### 2.1.4 O ensino de português nos cursos de direito: abordagens e perspectivas<sup>1</sup>

Karoline Rodrigues de Melo<sup>2</sup>  
Caroliza Elisa Suptitz<sup>3</sup>

Este artigo apresentará as concepções sintática, semântica e pragmática da Língua Portuguesa como propostas possíveis de serem adequadas ao ensino de português nos cursos de Direito, por acreditar que a união das três abordagens dará subsídios ao acadêmico, futuro jurista, no exercer de suas atribuições, sobretudo no que tange ao emprego da linguagem. Assim, inicialmente, serão tecidas considerações sobre a importância do ensino de Português nos cursos de Direito, bem como será realizado um breve levantamento sobre a maneira como vem sendo ensinado atualmente, após, serão apresentadas as abordagens sintática, semântica e pragmática da linguagem, com destaque para essa última, a fim de demonstrar como elas poderiam contribuir na formação do acadêmico de Direito se fossem oportunizadas a ele ainda durante a graduação no espaço destinado ao ensino de Língua Portuguesa. Este trabalho insere-se na área de concentração Diálogo entre Culturas e na linha de pesquisa e Novos Direitos, Internacionalização e Multiculturalismo, haja vista as relações estabelecidas entre a ciência Linguística e o Direito.

**Palavras-chave:** Educação jurídica. Língua Portuguesa. Formação acadêmica.

#### Referências:

- ARMENGAUD, Françoise. *A pragmática*. São Paulo: Parábola, 2006.
- BRASIL. *Código Penal*. Colaboração de Antonio L. de Toledo Pinto, Márcia V. dos Santos Wíndt e Lívia Céspedes. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Constituição Federal, Código Civil, Código de Processo Civil*. Organização do texto: Nylson Paim de Abreu Filho. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.
- MARTINS, Maria da Esperança de Oliveira; SÁ, Cristina Manuela. *Ser leitor no século XXI – Importância da compreensão na leitura para o exercício pleno de uma cidadania responsável e activa*. Saber (e) educar, Porto, v.1, n. 13, p. 235 – 245, 2008.
- SOUZA FILHO, Danilo Marcindes de. *A teoria dos atos de fala como concepção pragmática de linguagem*. Filosofia UNISINOS, p. 217 – 230, set/dez. 2006.

<sup>1</sup> Artigo apresentado à disciplina Metodologia da Pesquisa e do Direito da Faculdade de Direito de Santa Maria.

<sup>2</sup> Acadêmica do 2º semestre do Curso de Direito da Faculdade de Direito de Santa Maria e mestranda em Estudos Linguísticos pela Universidade Federal de Santa Maria.

<sup>3</sup> Coorientadora e professora das disciplinas de Metodologia da Pesquisa e do Direito, História do Direito e Hermenêutica da Faculdade de Direito de Santa Maria.

### 2.1.4 Educação jurídica e o ensino de história do direito nos cursos de graduação no Brasil<sup>1</sup>

Daniela Pozzobon de Souza<sup>2</sup>  
Carolina Elisa Suptitz<sup>3</sup>

Este trabalho tem por objeto a disciplina de História do Direito e sua inserção no currículo dos cursos de graduação em Direito. Será feito o questionamento sobre o modo como a disciplina é inserida nos currículos, quais os conteúdos ministrados nas aulas e o que seria importante de ser trabalhado e por que. Partindo dos conceitos de Direito presentes nas sociedades anteriores à escrita, passando pelo Direito Romano – importante período histórico para o Direito brasileiro –, até chegar às mais variadas formas de sistemas, tradições ou famílias jurídicas da atualidade, a disciplina de História do Direito muitas vezes perde a oportunidade de propiciar ao aluno uma formação para a humanidade. A formação para a humanidade pode se dar sob o aspecto epistemológico ou político. No primeiro, é fundamental a discussão acerca dos limites e possibilidades do processo de produção do conhecimento. No segundo, o argumento provém de Martha Nussbaum, quando diz que o ensino das humanidades é fundamental para a manutenção e o desenvolvimento da democracia. Para tanto, a autora defende como fundamental a capacitação no sentido de que se possa “transcender lealdades locais para a abordagem de problemas mundiais assumindo a posição de um ‘cidadão do mundo’”. A disciplina de História do Direito teria muito a agregar à formação jurídica em ambos os aspectos, que é o que se buscará desenvolver na pesquisa. Sendo assim, a presente pesquisa se insere na Área de Concentração Direito, Sociedades Globalizadas e Diálogo entre Culturas e na Linha de Pesquisa Novos Direitos, Internacionalização e Multiculturalismo, ambos da FADISMA.

**Palavras-chave:** História do Direito. Disciplinas propedêuticas. Formação para a humanidade.

#### Referências:

- NUSSBAUM, Martha. *Filósofa Martha Nussbaum fala sobre 'Not for profit'*. Entrevista disponível em: <http://oglobo.globo.com/blogs/prosa/posts/2011/04/16/filosofa-martha-nussbaum-fala-sobre-not-for-profit-375101.asp>. Acesso em: 05 jan. 2013.
- SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Um discurso sobre as ciências*. 5.ed. São Paulo: Cortez, 2008.
- STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre Hermenêutica*. 2.ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

<sup>1</sup>Resumo elaborado a partir de pesquisa sobre a inserção da disciplina História do Direito nos cursos de graduação de Direito e como ela pode colaborar acerca da formação para a humanidade do acadêmico.

<sup>2</sup>Autora. Aluna da Graduação em Direito do 2º semestre da Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA). E-mail: [danielapozzobons@gmail.com](mailto:danielapozzobons@gmail.com)

<sup>3</sup>Co-autora. Professora do Curso de Direito da Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA, nas disciplinas de Hermenêutica Jurídica e Metodologia da Pesquisa. Mestre em Direito pela UNISINOS. E-mail: [carolina@fadisma.com.br](mailto:carolina@fadisma.com.br)

### 2.1.5 Os direitos sociais nos países inviáveis da América Latina do Século XXI<sup>1</sup>

Daniela Pozzobon de Souza<sup>2</sup>  
Carolina Elisa Suptitz<sup>3</sup>

O presente trabalho versa acerca dos direitos sociais, seu estágio atual e perspectivas de evolução na sociedade contemporânea na América Latina, no século XXI. Mais especificamente, a pesquisa aborda os países erroneamente cunhados “em desenvolvimento” e o carecimento dos referidos direitos neles, os insuficientes investimentos que são disponibilizados pelos governos para o suprimento da demanda exigida e a busca de soluções para um Estado-Nação coeso, com alto nível de vida e liberdade individual, em comparação aos países considerados viáveis. Será levantando o questionamento sobre o alcance dos direitos sociais pelas populações menos favorecidas, que se poderá afirmar se a lei garantir o acesso efetivo a estes direitos ou se apenas temos uma utopia nacional garantista, via políticas sociais assistencialistas com intuito de atingir as classes sociais menos favorecidas e também sobre a busca por um padrão de consumo que seja igualável ao das sociedades capitalistas desenvolvidas versus o possível desnível cultural existente nos países inviáveis, que prejudicaria os indivíduos e os levaria ao atraso tecnológico, econômico e social. Além disso, verificar a existência de tentativas a fim de evitar a crescente miséria humana, que pode resultar em entes caóticos e ingovernáveis. A pesquisa deste trabalho se dará em um estudo comparativo entre Brasil e Peru, analisando suas políticas públicas sociais, posicionamento frente ao acesso aos direitos sociais e histórico socio-econômico inseridas na área de concentração Direito, Sociedades Globalizadas e Diálogo entre Culturas, na linha Novos Direitos, Internacionalização e Multiculturalismo da FADISMA.

**Palavras-chave:** Direitos sociais. Garantia de direitos. Países Inviáveis. América Latina.

#### Referências:

- RIVERO, Oswaldo de. O mito do desenvolvimento: os países inviáveis no século XXI. Petrópolis, RS: Vozes, 2002.  
SOUZA, Jessé. A construção social da cidadania. Belo Horizonte. Ed. UFMG; IUPERJ, 2003.  
BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 2012.

<sup>1</sup>Resumo formulado a partir da pesquisa que se iniciará acerca do acesso aos direitos sociais do indivíduo na América Latina, especificamente no Brasil e no Peru.

<sup>2</sup>Autora. Aluna da Graduação em Direito do 2º semestre da Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA). E-mail: [danielapozzobons@gmail.com](mailto:danielapozzobons@gmail.com)

<sup>3</sup>Orientadora. Professora das disciplinas de Hermenêutica Jurídica e Metodologia da Pesquisa da Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA. Mestre em Direito pela UNISINOS. E-mail: [carolina@fadisma.com.br](mailto:carolina@fadisma.com.br)

### 2.1.6 O direito internacional dos direitos humanos perante a solução pacífica de conflitos: aportes histórico-jurídicos do conflito Israelo-Palestino

Dionathan Ysmael Rodrigues da Silva (autor)<sup>1</sup>  
Gustavo Manduré (co-autor)<sup>2</sup>

A presente pesquisa versa a respeito do Direito Internacional dos Direitos Humanos perante a solução pacífica de conflitos. Através de um estudo teórico de caso (histórico e jurídico), pretende-se destacar a violação, a ineficácia, e o descrédito ao Direito Internacional em virtude de um discurso e prática, seja político seja militar, que prima por razões de Segurança de Estado, violando qualquer condição de moralidade; assim como, os Direitos mais fundamentais do outro como os Direitos Humanos (direito a vida, a uma identidade, a uma terra, a fontes de produção, a autodeterminação dos povos, a saúde, a educação, etc.). Nesta perspectiva, insere-se o estudo do conflito israelo-palestino. Seja por um discurso de Estado israelense que prega acusações de terrorismo, de racismo, xenofobia e antissemitismo; seja por práticas que relegam o povo palestino a uma posse ínfima de terra (Faixa de Gaza e Cisjordânia), por políticas de alianças aos mais fortes (caso dos Estados Unidos), por deportações compulsórias a campos de concentração de refugiados palestinos, pela construção de muros e divisas, por boicotes e retaliações, pela omissão da história e por uma educação formal tendenciosa. Enfim, pela negação dos direitos e da existência do outro. Deste modo, enfraquecendo-se a possibilidade do diálogo, de uma diplomacia efetiva na promoção da paz e de um acordo político recíproco para a resolução pacífica do conflito na região. Acordo que possa superar a elevação da Palestina como Estado Observador junto as Nações Unidas, sendo capaz de proporcionar uma vida mais digna principalmente aos palestinos.

**Palavras-chave:** Direito Internacional dos Direitos Humanos. Conflito Israelo-Palestino. Solução Pacífica de Conflitos.

#### Referências:

- ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G. E do; CASELLA, Paulo Borba. Manual de Direito Internacional Público. 17 ed. São Paulo, Saraiva, 2009.
- AVELAR, Idelber. 64 anos do Nakba: A limpeza étnica da Palestina e as responsabilidades ocidental e brasileira. Disponível em: <<http://revistaforum.com.br/idelberavelar/2012/05/15/62-anos-do-nakba-a-limpeza-etnica-da-palestina-e-as-responsabilidades-ocidental-e-brasileira/>>. Acesso em 20 de julho de 2013
- BORGES, Leonardo E. O Direito Internacional Humanitário: a proteção do indivíduo em tempo de Guerra. Coleção para entender, Belo Horizonte, Del Rey, 2006.
- Equipe UOL. Resolução 242 da ONU: amplamente citada, pouco respeitada. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/ultnot/afp/2007/06/04/ult34u182406.jhtm>> Acesso em 20 de julho de 2013.
- KNELL, Yollande. Solução de dois Estados com Israel e palestinos passa por reavaliação. Disponível em: <[http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2013/03/130321\\_dois\\_estados\\_ormed\\_pai.shtml](http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2013/03/130321_dois_estados_ormed_pai.shtml)> Acesso em 20 de julho de 2013.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público. 5. ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- MELLO, Celso D. Albuquerque. Curso de Direito Internacional Público. 13. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- SAID, Edward. A questão da Palestina. 1. ed. São Paulo, Unesp, 2012.
- SOUZA, Rainer. Israelenses e palestinos. Disponível em: <<http://querras.brasilescola.com/seculo-xxi/israelenses-palestinos.htm>> Acesso em 20 de julho de 2013.
- VIZENTINI, Paulo G. Oriente Médio e Afeganistão: um século de conflitos. 1. ed. Porto Alegre, Leitura XXI, 2002.

<sup>1</sup> Graduando do quarto (4º) semestre em Relações Internacionais pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Contato: [dionathansilva.ri@gmail.com](mailto:dionathansilva.ri@gmail.com). Membro do Núcleo de Pesquisas em Relações Internacionais de Santa Maria (PRISMA);

<sup>2</sup> Graduando do quarto (4º) semestre em Relações Internacionais pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Contato: [g.mandure@gmail.com](mailto:g.mandure@gmail.com).

### 2.1.7 A influência do STJD no futebol brasileiro<sup>1</sup>

Ian Fabrício Brites<sup>2</sup>  
Douglas Rotta<sup>3</sup>  
Pietro Toaldo Dal Forno<sup>4</sup>

O Superior Tribunal de Justiça Desportiva tem habitado com frequência as páginas dos jornais, telejornais e programas esportivos de rádio brasileiros. O cotidiano do esporte nacional que mais movimenta torcedores, patrocínios e torcedores, que levou o Brasil a se tornar referência mundial no assunto tem convivido cotidianamente com a incidência do Direito Desportivo em suas competições, em pleitos que vão desde questões disciplinares e atitudes de jogo em campo até o comportamento das torcidas dentro e fora dos estádios de futebol. Tal judicialização é absolutamente nova dentro do futebol brasileiro, ou ao menos a sua exposição é, e carrega consigo uma gama de discussões por parte dos comentaristas e especialistas em futebol e conduz a um maior e constante interesse por parte dos operadores do Direito na área. Cada vez mais são realizados fóruns e congressos de Direito Desportivo, tendo em vista os grandes eventos esportivos que terão o Brasil como sede nos próximos anos. Sem dúvida a linha de pesquisa dos Novos Direitos, Internacionalização e Multiculturalismo se encaixa com perfeição dentro do estudo tema, tendo em vista que as discussões jurídicas que povoam o nobre esporte bretão são absolutamente modernas e demandam estudos e pesquisas mais frequentes. O presente trabalho visa esclarecer brevemente o funcionamento do STJD do futebol e as visões que os principais personagens envolvidos no tema têm sobre a incidência do STJD nos campeonatos brasileiros, que movimentam bilhões de reais anualmente, além de carregar centenas de milhares de torcedores apaixonados aos estádios todas as semanas.

**Palavras-chave:** Justiça. Desportiva. STJD. Futebol

#### Referências:

- RUBENS, Approbato Machado; SANT'ANA LANFREDI, Luís Geraldo; DE ALMEIDA TOLEDO, Otávio Augusto; CRESPILO SAGRES, Ronaldo; NASCIMENTO, Wagner. Curso de Direito Desportivo Sistemático –Vol.2. São Paulo: Quartir Latin, 2013.
- A violência no futebol e a perda do mando de jogos. IBDD. Disponível em: <<http://www.ibdd.com.br/index.php/colunas/a-violencia-no-futebol-e-a-perda-do-mando-de-jogos/>>. Acesso em: 16/10/13.
- Presidente do STJD diz que futebol brasileiro está “doente”. IBDD. Disponível em: <<http://www.ibdd.com.br/index.php/noticias/presidente-do-stjd-diz-que-futebol-brasileiro-esta-doente/>>. Acesso em: 16/10/13.
- Especial STJD- Polêmicas, punições e busca por justiça; entenda como funciona o STJD. Disponível em: <[http://www.espn.com.br/noticia/298609\\_especial-stjd-1-polemicas-punicoes-e-busca-por-justica-entenda-como-funciona-o-stjd](http://www.espn.com.br/noticia/298609_especial-stjd-1-polemicas-punicoes-e-busca-por-justica-entenda-como-funciona-o-stjd)>. Acesso em: 16/10/13.

<sup>1</sup>Resultado parcial do Artigo Científico “Uma nova visão sobre o Direito Desportivo no Brasil”, de confecção dos mesmos autores deste resumo.

<sup>2</sup>Autor. Acadêmico do 8º semestre do curso de Direito da Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA) – outubro de 2013. E-mail: [brites980@hotmail.com](mailto:brites980@hotmail.com).

<sup>3</sup>Co-autor. Acadêmico do 8º semestre do curso de Direito da Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA) – outubro de 2013. E-mail: [rotta.it@hotmail.com](mailto:rotta.it@hotmail.com).

<sup>4</sup>Orientador. Graduado em Direito pela UFSM; Especialista em Direito Processual Civil pela UNIDERP; Advogado; Professor da área de Direito Civil. E-mail: [pietro@fadisma.com.br](mailto:pietro@fadisma.com.br)



## 2.2 Constitucionalismo, Concretização de Direitos e Cidadania

### 2.2.1 A accountability vertical não eleitoral na sociedade da informação: do direito à informação pública na Lei nº 12.527

Lucas Martins Righi<sup>1</sup>

Partindo do referencial das teorias da sociedade da informação - são aquelas que partilham a ideia de que atualmente encontra-se em curso uma alteração nas sociedades contemporâneas, oriunda do papel preponderante da informação e comunicação nas relações (WEBSTER, *apud* CARDOSO, 1998) - importa estudar e compreender como os mais variados fenômenos sociais estão atualmente configurados neste contexto e como impactam o Direito. Na pesquisa realizada, o foco desta análise foi o denominado direito de acesso à informação pública e sua regulamentação pela Lei nº 12.527/11, objetivando analisar como este direito fundamental teve sua eficácia ligada ao paradigma tecnológico no referido diploma legal infraconstitucional. A análise do tema proposto foi realizada através do método dedutivo, com utilização do método bibliográfico. Concluiu-se que no âmbito da sociedade da informação, o avanço das TIC'S – Tecnologias de informação e comunicação - possui relação direta com o relacionamento da sociedade com a informação, e que tal característica não passou despercebida no texto da Lei nº 12.527/12, que em seus arts. 3º, III, 8º, §2º e 10, §2º estabelece importantes deveres para os entes públicos sujeitos a norma. A pesquisa se enquadra na área de concentração da Faculdade de Direito de Santa Maria e na linha de pesquisa "Constitucionalismo, Concretização de Direitos e Cidadania" pois versa sobre a eficácia de um direito fundamental essencial ao exercício da cidadania com base no importante paradigma tecnológico, típico do sociedade pós-moderna e das sociedades globalizadas.

**Palavras-chave:** Tecnologias. Informação Pública. Transparência.

#### Referências:

- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988.  
Disponível em: <<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>.  
Acesso em: 10 jun. 2013.
- BRASIL. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei no 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm)>. Acesso em 10 jun. 2013.
- CASTELLS, Manuel. A Sociedade em rede, vol.1. 6.ed para reim. São Paulo: Paz e Terra, 2011.
- CARDOSO, Gustavo. As causas das questões ou o Estado à beira da sociedade de informação. Disponível em: <<http://bocc.ubi.pt/pag/cardoso-gustavo-causas-questoes.html>>. Acesso em 10 jun. 2013.
- FILHO, Ilton Norberto Robl. Conselho Nacional de Justiça: Estado Democrático de direito e accountability. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GONÇALVES, Maria Eduarda. Direito da Informação: novos direitos e formas de regulação na Sociedade da Informação. Coimbra: Almedina, 2003.
- MENDEL, Toby. Liberdade de informação: um estudo de direito comparado. 2.ed. Brasília: UNESCO, 2009.
- OLIVO, Luiz Carlos Cancelier. Controle Social em Rede da Administração Pública Virtual. In: ROVER, Aires José. Direito e informática. Barueri: Manole, 2004.
- SIRAQUE, Vanderlei. Controle social da função administrativa do Estado: possibilidades e limites da Constituição Federal de 1988. 2 ed. São Paulo: Saraiva.

<sup>1</sup>Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Integrante do Núcleo de Direito Informacional (NUDI) da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). E-mail: lucas@rsflorescoelhoerighi.adv.br.

## 2.2.2 A accountability vertical não eleitoral na sociedade da informação: do direito à informação pública na Lei nº 12.527

Lucas Martins Righi<sup>1</sup>

A inegável penetração do paradigma tecnológico nas diversas relações da sociedade (CASTELLS, 2012, p.108), força o Direito (assim como demais ciências) a constantemente ser desafiado, exigindo-se sua evolução e readaptação, seja para perquirir sobre novos direitos dignos da tutela estatal ou para promover maior proteção jurídica a direitos já existentes. Uma das questões emergentes neste ambiente de transformação é a possibilidade jurídica de reconhecimento de novos direitos fundamentais, a partir da denominada “fundamentalidade material”, que permite a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não constantes expressamente em seu texto (SARLET, 2010, p.75). Neste norte, a partir do método dedutivo de abordagem, com auxílio do método bibliográfico, a pesquisa foi realizada para investigar se a inclusão digital pode ser reconhecida como um direito fundamental no contexto normativo e social atual. Concluiu-se, a partir dos referenciais teóricos pesquisados, que a inclusão digital é imprescindível para o desenvolvimento digno do próprio homem e de sua individualidade, sendo “um indutor de processos realizadores da condição humana em tempos de redes tecnológicas de informação e comunicação”(GONÇALVES, 2011, P.126) podendo ser reconhecido como um direito materialmente fundamental, ainda que não expreso formalmente na Constituição Federal. A pesquisa se enquadra na área de concentração da FADISMA e na linha de pesquisa “Constitucionalismo, Concretização de Direitos e Cidadania” pois versa sobre a possível fundamentalidade de um direito humano nascente, a partir de elementos teóricos da teoria constitucional dos direitos fundamentais e do exame do paradigma tecnológico e das novas relações sociais na pós-modernidade e da globalização.

**Palavras-chave:** Direitos Fundamentais. Justificativa material. Inclusão digital.

### Referências:

- ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede - a era da informação: economia, sociedade e cultura. Traduzido por Klauss Brandini Gerhardt e Roneide Vanancio Majer. 6 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2011.
- FREIRE, Geovana Maria Cartaxo de Arruda; SALES, Tainah Simões. A inclusão digital como direito fundamental e instrumento para concretização do exercício democrático. Disponível em: < [www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/cartaxo\\_-\\_6.pdf](http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/cartaxo_-_6.pdf)>. Acesso em 14 out. 2013.
- GONÇALVES, Victor Hugo Pereira. Inclusão digital como direito fundamental. Disponível em: < <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-30102012-092412/pt-br.php>> Acesso em 14 out. 2013
- PEREZ LUÑO, Antônio Enrique. Internet y los Derechos Humanos. Universidad de Huelva: Derecho y conocimiento, vol. 2, 2011.
- PINHEIRO, Patricia Peck. Direito Digital. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

<sup>1</sup>Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Integrante do Núcleo de Direito Informacional (NUDI) da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM) e Advogado. E-mail: lucas@rsflorescoelhoerighi.adv.br.

### 2.2.3 Direitos políticos e igualdade entre homens e mulheres: da luta pelo direito ao voto feminino à conquista do cenário político

Nathália Facco Rocha<sup>1</sup>  
Tássia A. Gervasoni<sup>2</sup>

A luta por igualdade de direitos entre homens e mulheres sempre foi marcante, pois a mulher por muito tempo foi considerada inferior, aspecto que refletia na questão do sufrágio feminino. O não ao voto feminino perdurou por anos, cogitando-se que as mulheres não gostariam de votar, o que foi negado pelos movimentos feministas no período pós-guerra e Revolução de 30. O voto feminino só foi conquistado nacionalmente em 1932, para uma pequena parcela de mulheres. A partir daí tem-se a ascensão do poder feminino no Brasil: em 1946 o voto tornou-se obrigatório para todas as mulheres, abrindo preceito para que fossem votadas. Em 1997 o Congresso Nacional instituiu um sistema de cotas, obrigando os partidos a inscreverem 30% da vagas com mulheres para eleições proporcionais. A luta pelos direitos políticos chega ao ápice nas eleições de 2010, quando uma mulher ocupa o mais alto cargo da República Federativa do Brasil, a então presidente da República Dilma Rousseff, que obteve aproximadamente 55.752.092 votos válidos, concretizando, assim, uma vitória das mulheres. Esse fato fez do art. 5º, inciso I, da Constituição, uma realidade efetiva diante do cenário político brasileiro, honrando a todas as mulheres que lutaram e lutam por tais direitos desde o século XIX. O presente resumo condensa resultados de uma pesquisa que se utilizou do método de abordagem dedutivo, do método de procedimento histórico e da técnica de pesquisa da documentação indireta, enquadrando-se na linha de pesquisa Constitucionalismo, Concretização de Direitos e Cidadania da Faculdade de Direito de Santa Maria.

**Palavras-chave:** Direitos políticos. Igualdade. Sufrágio feminino. Conquistas históricas.

#### Referências:

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- DIA DA CONQUISTA DO VOTO FEMININO. Disponível em: <<http://www.sustentabilidade.philips.com.br/publi-dia-conquista-voto-feminino.htm>>. Acesso em: 14 Out.2013.
- DILMA ROUSSEFF É PRIMEIRA MULHER ELEITA PRESIDENTE NO BRASIL. Disponível em: <<http://g1.globo.com/especiais/eleicoes-2010/noticia/2010/10/dilma-rousseff-e-primeira-mulher-eleita-presidente-do-brasil.html>>. Acesso em: 10 Out. 2013.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2004.
- RIBEIRO, Antonio Sérgio. *A mulher e o voto*. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/leis/legislacao-eleitoral/mulher-voto/>>. Acesso: 14 Out.2013.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- VOTO FEMININO COMPLETA 80 ANOS NO BRASIL. Disponível em: <<http://www.cnte.org.br/index.php/secretaria-de-relacoes-de-genero/artigos/9715-voto-feminino-completa-80-anos-no-brasil.html>>. Acesso em: 13 Out. 2013.

<sup>1</sup> Nathália Facco Rocha. Aluna da Graduação em Direito do 6º semestre da Faculdade de Direito de Santa Maria - FADISMA. Endereço eletrônico: nathaliafacco@hotmail.com

<sup>2</sup> Orientadora. Doutoranda em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Mestre e Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Professora na Faculdade de Direito de Santa Maria - FADISMA. Integrante dos Grupos de Pesquisa "Estado e Constituição" e "Jurisdição Constitucional aberta", vinculados ao CNPq. Advogada. Endereço eletrônico: tassiagervasoni@gmail.com

#### 2.2.4 Mais do mesmo: a mídia enquanto quarto poder e sua influenciabilidade no cenário jurídico-contemporâneo da sociedade em rede<sup>1</sup>

Amanda Dias Vieira<sup>2</sup>

Wagner Augusto Hundertmarck Pompéo<sup>3</sup>

Desde os primórdios, o homem se viu mergulhado em incessante busca por poder, sendo que quando o teve, acabou por exorbitar da confiança que lhe fora confiada. No Brasil, onde há um Estado que preambularmente se autoproclama “Democrático de Direito”, adota-se a clássica teoria da tripartição – e separação – de poderes de Montesquieu. A sociedade atual foi fruto de inúmeras modificações, entretanto, curiosamente, entremeio a esse turbilhão de novos acontecimentos, dos quais a globalização é o maior exemplo, chama atenção o fato da mídia continuar sendo protagonista dessa história. Protagonismo que não é novidade, pois desde seu surgimento a mídia de massa ocupa papel de destaque, pelo que alguns cientistas políticos a intitulam como sendo verdadeira expressão de um “quarto poder”. Embora algumas pessoas entendem que a mídia tradicional contribui com a democratização da sociedade, há aqueles que, por outro lado, questionam sua imparcialidade, credibilidade e real intenção. É devido a essa polêmica, que resume a tamanha expressão que ostenta, que seu estudo em se justifica, não apenas pelos contornos sociais, que fazem romper os diques meramente acadêmicos, mas também por que afeto a uma das linhas de pesquisa da Instituição - “Constitucionalismo, Concretização de Direitos e Cidadania”. Objetivando efetuar profunda reflexão acerca do papel da mídia tradicional e sua influenciabilidade no cenário sócio-político e jurídico, a pesquisa se classifica como bibliográfico-documental, sendo o método de abordagem dedutivo, servindo-se, também, de alguns estudos de caso a título exemplificativo.

**Palavras-chave:** Quarto poder. Influenciabilidade. Mídia.

#### Referências:

- DOWNING, John D. H. *Mídia Radical: Rebeldia nas Comunicações e Movimentos Sociais*. 2.ed. São Paulo: Senac São Paulo, 2004.
- GOHN, Maria da Glória. *Movimentos Sociais e Redes de Mobilizações Civas no Brasil Contemporâneo*. 5.ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 27.ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- VIRÍLIO, Paul. *A Arte do Motor*. São Paulo: Estação Liberdade, 1996.

<sup>1</sup> O presente resumo foi elaborado única e exclusivamente com o objetivo de participação na 10ª Semana Acadêmica FADISMA EntreMentes e no 2º Congresso Internacional de Direito, com apoio da Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA, vinculado à Linha de Pesquisa Constitucionalismo, Concretização de Direitos e Cidadania.

<sup>2</sup> Autora. Acadêmica do 6º semestre da Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA. Monitora na disciplina de Direito Processual Penal I. Membro do Projeto Rondon na Operação Velho Monge 2014. Membro do Núcleo Experimental de Webcidadania – NEW – da Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA Estagiária da 3ª Vara Criminal de Santa Maria do Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: amandadiasvieira@live.com.

<sup>3</sup> Orientador. Advogado. Graduado pela Faculdade Metodista de Santa Maria – FAMES. Especialista em Ciências Criminais pelo IDRS/UNIDERP, Mestrando em Direitos Emergentes na Sociedade Global pela Universidade Federal de Santa Maria – UFSM, professor da área de Direito Penal e Processual. E-mail: wagner@mmtadvogados.com.br.



## 2.2.5 O direito fundamental ao desporto e seus reflexos sociológicos: breve análise acerca de um importante fator de integração social<sup>1</sup>

Douglas Rotta<sup>2</sup>  
Ian Brites<sup>3</sup>  
Fábio Rijo Duarte<sup>4</sup>

O presente estudo tem por finalidade analisar o direito fundamental ao desporto, consagrado pela Constituição Federal de 1988, enquanto fator determinante para a integração social. Ao se reconhecer o desporto como um direito social, percebe-se que além de entretenimento e lazer, pode ser ele um instrumento a ser utilizado em prol da sociedade. Também será abordado o esporte enquanto mecanismo de inclusão social, levando-se em consideração os princípios norteadores do Direito Desportivo e do desporto como um todo, em virtude de sua essência agregadora, que diminui as desigualdades e aproxima as diferenças. Por fim, procurar-se-á demonstrar a função social das entidades de prática desportiva formadoras de atletas profissionais, e a importância que estas possuem ao promoverem suas atividades em consonância com as questões sociais das quais estão relacionadas, bem como a sua relevância no processo de formação da personalidade e desenvolvimento do indivíduo. Portanto, o desporto enquanto direito fundamental de terceira geração, consagrado pela Constituição Federal de 1988, se enquadra como meio de promoção de cidadania, sendo relevante patrocinador de relações sociais sadias, contribuindo para a concretização de direitos individuais, sociais e coletivos.

**Palavras-chave:** Desporto. Direito desportivo. Direitos fundamentais. Inclusão social.

### Referências:

- BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 20 de setembro de 2013.
- \_\_\_\_\_. Lei 9.615 de 1998. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19615consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19615consol.htm). Acesso em: 20 de setembro de 2013.
- CALDEIRA, Luísa Maria Claudio. *O Papel do Desporto na Promoção da Inclusão Social de Crianças e Jovens – o caso do programa “Judo na Alta de Lisboa”*. Disponível em: <http://repositorio-iul.iscte.pt/handle/10071/4599>. Acesso em: 28 de setembro de 2013.
- EUROPA. Comissão das Comunidades Europeias (2003). *Relatório Conjunto sobre a Inclusão Social*. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0773:FIN:PT:PDF>. Acesso em: 28 de setembro de 2013.
- FERRARO, Leonardo. *Direitos Fundamentais e Desporto*. In: MACHADO, Rubens Approbato *et al* (Coord.). Curso de Direito Desportivo Sistemático – Volume II. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- QUARESMA, Leonardo Galba Muylaert de Azevedo. *O desporto como direito fundamental à luz do ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: [http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/570/3/20726801\\_Leonardo%20Quaresma.pdf](http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/570/3/20726801_Leonardo%20Quaresma.pdf). Acesso em: 22 de setembro de 2013.
- REZENDE, José Ricardo. *Nova legislação de Direito Desportivo: preparando o Brasil para a Copa 2014 e Olimpíadas 2016*. São Paulo: All Print Editora, 2010.
- SOARES, Antonio Jorge Gonçalves *et al*. *Jogadores de futebol no Brasil: mercado, formação de atletas e escola*. In: Revista Brasileira de Ciências do Esporte, Florianópolis, v. 33, n. 4, p. 905-921, out./dez. 2011. Disponível em: <http://rbceonline.org.br/revista/index.php/RBCE/article/view/902/704>. Acesso em: 29 de setembro de 2013.

<sup>1</sup> Resultado parcial de artigo científico produzido junto à Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA, como meio de avaliação da disciplina de TCC I, ministrada pelo Prof. Esp. Fábio Rijo Duarte. Em setembro de 2013.

<sup>2</sup> Autor. Acadêmico do 8º semestre do curso de Direito da Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA. E-mail: dougrotta@gmail.com.

<sup>3</sup> Co-autor. Acadêmico do 8º semestre do Curso de Direito da Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA. E-mail: brites980@hotmail.com.

<sup>4</sup> Orientador. Professor da Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA. Especialista em Metodologia do Ensino na Educação Superior pela FACINTER. E-mail: fabio@fadisma.com.br.

### 2.2.6 Direito constitucional moderno em face do fenômeno ativismo judicial<sup>1</sup>

Brenda Veleda de Rosso<sup>2</sup>

Francisco Ribeiro Lopes<sup>3</sup>

O presente estudo abarca um tema importante no Direito Constitucional moderno, o fenômeno "Ativismo Judicial" o qual se faz necessário uma reflexão sobre essa temática constitucional. Nesse passo, a referida pesquisa utilizou-se do método dedutivo, com base na jurisprudência e doutrina. Os objetivos é a análise do fenômeno Ativismo Judicial no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, salienta-se que o ativismo judicial ocorre quando o juiz inventa/cria uma norma, cria um direito, ou inova o ordenamento jurídico. Assim, é de suma importância enaltecer que há duas espécies de ativismo judicial: o inovador e o revelador. Em resumo o inovador é quando o juiz cria uma norma e o ativismo revelador é criação pelo juiz de uma norma, a partir dos valores e princípios constitucionais ou de uma regra lacunosa. Ressalta-se que o Ativismo Judicial está relacionado com uma perspectiva mais interna, vinculada à atuação do Poder Judiciário no desempenho de suas competências, sendo um traço marcante a postura proativa do julgador. Nesse passo, o Ativismo judicial pode fazer-se presente em um contexto de competências reduzidas ou restritivas da atuação da jurisdição constitucional. Destaca-se que uma decisão em determinado tempo e lugar poderia ser tida como ativista, mas pode ser recebida como sendo absolutamente normal, em outros esses conceitos são relativos. Dessa forma, o ativismo judicial tem a perspectiva de acompanhar a sociedade moderna e transmitir uma decisão conforme nossos padrões atuais, pois é sabido que em muitos momentos o direito não consegue acompanhar a evolução da sociedade.

**Palavras-chave:** Direito. Constitucional. Ativismo.

#### Referências:

BRASIL. Constituição Federal da República. Brasília, 1988.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. Saraiva: São Paulo, 2007.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieler. Ativismo Judicial e Estado de Direito. In: Estado de Direito e Ativismo judicial. José Levi Mello do Amaral Júnior (Coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

<sup>1</sup> Pesquisa realizada para a 10ª Semana Acadêmica da FADISMA e 2º Congresso Internacional de Direito.

<sup>2</sup> Autora: Acadêmica do 2º semestre de Direito da Faculdade de Direito de Santa Maria-FADISMA.

<sup>3</sup> Orientador: Advogado. Formado em Direito pela Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA. Especialista em Direito Previdenciário pela Escola Superior da Magistratura Federal de Porto Alegre – ESMAFE e Universidade de Caxias do Sul – UCS. Professor da disciplina de direito previdenciário em cursos preparatórios para Concursos. Autor do livro Faces do Direito Previdenciário 1ª Ed., 2013. E-mail: [francisco\\_l@yahoo.com.br](mailto:francisco_l@yahoo.com.br).

### 2.2.7 Benefício assistencial ao deficiente: uma nova posição a luz do direito previdenciário<sup>1</sup>

Brenda Rosso<sup>2</sup>  
Francisco Ribeiro Lopes<sup>3</sup>

A presente pesquisa tem por objetivo analisar a nova posição do ordenamento jurídico em face do benefício assistencial ao deficiente, onde o segurado possui direito de encaminhar o benefício e ter sua pretensão atendida respeitando outros requisitos exigidos pela Lei 8.742/93. Nesse passo, o entendimento do Instituto Nacional do Seguro social-INSS é que a incapacidade deve ser absoluta, ou seja, o futuro beneficente deve comprovar que sua incapacidade é para a vida toda. Nesse passo, a referida pesquisa utilizou-se do método dedutivo, com base na jurisprudência e doutrina. Os objetivos é a análise do novo posicionamento do benefício de amparo social ao deficiente. Assim, a autarquia federal indeferiu vários benefícios assistenciais ocasionando danos irreparáveis para sociedade como um todo. Nesse contexto, se fez necessário o posicionamento da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais (TNU) para um novo entendimento que abarcasse de forma coerente o benefício assistencial. Imperioso ressaltar, que a subjetividade da perícia médica não pode prejudicar o segurado, não há necessidade de ocasionar danos aos segurados pela forma equivocada de algumas perícias realizadas pelo Instituto Federal. Assim, ressalta-se a importância do novo entendimento da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais (TNU), onde contemplara a enfermidade temporária, onde a posição supracitada vai diminuir a injustiça realizada por muitos anos.

**Palavras-chave:** Benefício assistencial. Incapacidade temporária. Jurisprudência.

#### Referências:

- ABREU FILHO, Nylson Paim de. Constituição Federal, CLT e Legislação Previdenciária. 8. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico Ltda, 2009.
- BALERA, Wagner; RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. Processo Previdenciário teoria e prática. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.
- CASTRO, Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Manual de Direito Previdenciário. 13. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.
- ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social – Lei n.º 8.213, de julho de 1991, atualizada até a MP n.º 410, de 28.12.2007. 8ª ed. rev. e at. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

<sup>1</sup> Pesquisa realizada para a 10ª Semana Acadêmica da FADISMA e 2º Congresso Internacional de Direito.

<sup>2</sup> Autora: Acadêmica do 2º semestre de Direito da Faculdade de Direito de Santa Maria-FADISMA.

<sup>3</sup> Orientador: Advogado. Formado em Direito pela Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA. Especialista em Direito Previdenciário pela Escola Superior da Magistratura Federal de Porto Alegre – ESMAFE e Universidade de Caxias do Sul – UCS. Professor da disciplina de direito previdenciário em cursos preparatórios para Concursos. Autor do livro Faces do Direito Previdenciário 1ª Ed., 2013. E-mail: [francisco\\_l@yahoo.com.br](mailto:francisco_l@yahoo.com.br).

### 2.2.8 Sistema penitenciário: reintegração social ou escola para o crime<sup>1</sup>

Brenda Veleda de Rosso<sup>2</sup>  
Francisco Ribeiro Lopes<sup>3</sup>

Neste presente estudo, através de pesquisas realizadas pelo método dedutivo, com base na jurisprudência e doutrina, objetiva-se informar e alertar as precariedades do sistema penitenciário brasileiro, ressaltando todos os problemas encontrados dentro das penitenciárias, como, a superlotação nas celas, os problemas relacionados com a saúde, que deixam os apenados com condições piores das quais entram, sem assistência médica adequada, procriando e transmitindo doenças como a AIDS, e a demora nas resoluções dos processos judiciais, que assim colocam os presos em situações desumanas em que, estão submetidos a enfrentar até que cumpram suas devidas penas em retenção. Ressalta-se também a importância do Sistema Começar de Novo como forma de possibilitar a esses presos uma reintegração social, com uma possibilidade de voltar para a sociedade e ter um trabalho digno ou até mesmo ter a chance de concluir seus estudos, pois se sabe que muitos apenados não adquiriram nem o primeiro grau completo ou têm qualquer formação em alguma área especializada que possa lhe dar a oportunidade de melhoria. Assim, após saírem das penitenciárias possam reingressar na sociedade sem nenhum retrocesso em relação ao período em que estavam afastados, é necessária a ajuda de projetos, como esses, de reintegração, dentro dos presídios, para que só assim não voltem para o mundo do crime.

**Palavras-chave:** Sistema Penitenciário. Precariedade. Reintegração Social.

#### Referências:

- ASSIS, Rafael Damaceno de. *A Realidade do Sistema Penitenciário Brasileiro*. Revista CEJ, Brasília, Ano XI, n. 39, p. 74-78, out./dez. 2007 disponibilizado também em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero39/artigo09.pdf>> Acesso em: 22 mai 2013.
- BRASIL. Constituição Federal da República. Brasília, 1988.
- CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, volume 1, parte geral: (arts. 1º ao 120). 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- <<http://www.cnj.jus.br/sistemas/sistema-carcerario-e-execucao-penal>> Acesso em: 28 Julho 2013
- <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/24043-comecar-de-novo-emprega-100-detentos-em-obra-da-copa-no-ceara>> Acesso em 12 julho 2013.

<sup>1</sup> Artigo elaborado para a 10ª Semana Acadêmica da FADISMA e 2º Congresso Internacional de Direito.

<sup>2</sup> Aluna do 2º semestre do curso de direito da FADISMA. Endereço eletrônico: [brenda\\_vderosso@hotmail.com](mailto:brenda_vderosso@hotmail.com)

<sup>3</sup> Advogado. Formado em Direito pela Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA. Especialista em Direito Previdenciário pela Escola Superior da Magistratura Federal de Porto Alegre – ESMAFE e Universidade de Caxias do Sul – UCS. Professor da disciplina de direito previdenciário em cursos preparatórios para Concursos. Autor do livro *Faces do Direito Previdenciário* 1ª Ed., 2013. E-mail: [francisco\\_l@yahoo.com.br](mailto:francisco_l@yahoo.com.br).

### 2.2.9 Da necessidade da ação extensionista para a educação jurídica<sup>1</sup>

Simara dos Santos Virue<sup>2</sup>  
Carolina Elisa Suptitz<sup>3</sup>

No presente trabalho busca-se apresentar a importância da ação extensionista para o acadêmico de Direito a partir da articulação dos saberes em prol do social. Ademais, visa discutir sobre a relevância da ação extensionista para a formação do bacharel em Direito, uma vez que esta agrega aprendizado e experiência, pois o acadêmico usufrui dos conhecimentos adquiridos em sala de aula e confronta-os no dia a dia, na realidade específica de cada comunidade. Para tanto, o trabalho mostrará experiências de outros cursos de Direito que usaram a extensão a seu favor e, de maneiras simples, puderam levar mais conhecimento e dignidade para as pessoas. Conclui-se, portanto, que atividades de extensão são importantes na formação do acadêmico, pois formulam um novo conceito de educação jurídica, redirecionando-a para um aprendizado com mais qualidade e potencializando as demais capacidades do acadêmico. Este trabalho se insere na linha de pesquisa, Constitucionalismo, Concretização de Direitos e Cidadania, pois mostrará o quanto positiva é a ação extensionista na atualidade, sua significância como complemento à educação jurídica atual, que viabilizará um contato íntimo com a sociedade, gerando cidadania.

**Palavras-chave:** Educação jurídica. Extensão. Social.

#### Referências:

- Disponível em  
<<http://www.sociesc.org.br/pt/ist/conteudo.php?lng=2&id=11414&mnu=11131&top=5830>>  
Acesso em 27 mai. 2013.
- Disponível em  
<<http://www.cesb.edu.br/ubec/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=3592>> Acesso em 27 mai. 2013.
- FREIRE, Paulo. *Pedagogia da Autonomia. Saberes necessários à prática educativa*. 17ª edição, Rio de Janeiro: Paz e Terra S/A, 2001.
- KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. 3ª edição, São Paulo: Martin Claret, 2009.
- OST, François. *O tempo do direito*. São Paulo: Piaget, 2001.

<sup>1</sup> Artigo elaborado como instrumento de avaliação da disciplina de Metodologia da Pesquisa e do Direito do Curso de Direito da Faculdade De Direito de Santa Maria - FADISMA

<sup>2</sup> Autora: Aluna do Curso de Direito da FADISMA – 2º Semestre – email: simarav@hotmail.com

<sup>3</sup> Orientadora: Professora do Curso de Direito da FADISMA – email: carolina@fadisma.com.br



## 2.2.10 O laudo psicológico para definição da guarda de menor: a importância: a complexidade: a relação da psicologia com o direito<sup>1</sup>

Dayan Marques Vivian<sup>2</sup>

O direito de família, com o advento da Constituição Federal de 1988, adquiriu pela sua própria constitucionalização e diante de sua maior abrangência, abrigando novas entidades familiares, maiores atenções e exigências de uma abordagem multidisciplinar. Na contemporaneidade, o direito tem relação próxima com a psicologia em função do benefício de suas próprias noções fundamentais e do efetivo exercício das Varas de Famílias e Sucessões. Esta relação interprofissional, de forma direta ou indiretamente, participa das questões familiares de maneira preponderante na decisão da guarda do menor no meio judiciário. Ademais, a imperatividade de uma abordagem multidisciplinar no moderno direito de família, reconhecida a sua complexidade no trato de temas e a solução dos casos conflituosos, diante ao julgamento do juiz. Esta antecipação urgente do profissional psicológico é relevante em um processo que decidirá modificação da guarda, por fim onde será avaliado o melhor interesse do menor. A sensibilidade para elaborar um laudo é específica do psicólogo, é extremamente importante o auxílio e a intervenção desse profissional, a consolidar mais das vezes, o caráter de obrigatoriedade, nessa esfera familiar da justiça, essa atuação tem sido institucionalizada na estrutura judiciária mediante a instalação de serviços da psicologia, cada vez mais, como serventia de quadros nas Varas de Família e Sucessões para suas contribuições específicas e detalhadas em matéria do que será melhor para o convívio e desenvolvimento do menor. A psicologia e o direito estabelecem regras necessárias e obrigatórias para assegurar o equilíbrio de uma sociedade e esta intervenção especializada fornece instrumentos de avaliação de pesquisa do caso, para a melhor solução do litígio, em todos os processos judiciais atinentes às relações de família. Neste contexto, importância de uma equipe técnica e específica nas varas de famílias, diante da sua revelada magnitude desponta o tratamento também específico da psicologia, diferenciado e adequado em termos de estrutura de serviços judiciais, atentando, a lei ao respeito que se deve cogitar da necessária intervenção do psicólogo em tais processos.

**Palavras-chave:** Avaliação Psicológica. Laudo. Melhor interesse para o menor.

### Referências:

- Chasin, R. & Grunebaum, H. (1981). Um modelo para Avaliação em disputas de custódias de crianças. *American Journal of Family Therapy*, 1, 43-49
- Goldstein, J.; Freud, A. & Solnit, A.J. (1973). *Beyond the interests of the child*. New York: free Press.
- O diálogo entre psicologia e direito de família é possível. Entrevista por Psicologia Brasil, com o Professor Sidney Shine, < <http://www.psicologianocotidiano.com.br/entrevista/entrevista.php?> > Acessado em 1º/09/2012.
- Shine, S. (2003). *A espada de Salomão: a psicologia e a disputa de guarda de filhos*. São Paulo, Brasil: Casa do Psicólogo.
- WILLI, Jurg. *La Pareja Humana – Relación y Conflicto*. Ediciones Morata S.A. Citado por VAINER, Ricardo. *Anatomia de um Divórcio Interminável – O litígio como forma de vínculo. Uma abordagem interdisciplinar*. São Paulo: Casa do Psicólogo Editora, 1999.

<sup>1</sup> A origem do título é devido ao grande aumento do número de demandas judiciais solicitados a reversão da guarda com objetivo do melhor interesse do menor.

<sup>2</sup> Bacharelado Fadisma, Nascido em Caçapava do sul, 2ª Capital Farroupilha cidade histórica do Rio Grande do Sul -, Graduou-se no ensino médio pela EENSA – Escola Estadual Nossa Senhora da Assunção, foi Presidente/Representante de Turma da Faculdade 2008/09/10, foi membro do DA - Diretório Acadêmico da FADISMA2010/11; Teve seus artigos escolhidos para apresentação no ENTREMENTES 2010 da FADISMA: O Instituto Jurídico da Coisa Julgada e a Modernidade no Pensamento, A (in) constitucionalidade da Castração Química, e Apologia a Crimes Avançam em comunidades do Orkut; Participou do ENED – Encontro Nacional dos Estudantes de Direito 2010/11 em Brasília-DF, e participou da XIV Jornada Internacional de Direito em Gramado - RS; atualmente mora em Santa Maria - RS e é Servidor Público Estadual da CORSAN - Companhia Riograndense de Saneamento da Região Central do Estado do Rio Grande do Sul como Agente em Tratamento de Água entre 2001/2010, hoje desempenha a função de Agente Administrativo e Pregoeiro da SURCEN – Superintendência da Região Central da CORSAN – Companhia de Saneamento do Rio Grande do Sul. Endereço eletrônico para contato: [adv91619258@gmail.com](mailto:adv91619258@gmail.com)

### 2.2.11 Financiamento público de fusões e aquisições via BNDES, no setor secundário: uma análise especial de financiamentos empresa "FRIBOI" no Governo Lula

Vitalínio Lannes Guedes<sup>1</sup>  
José Carlos Martines Belieiro Junior<sup>2</sup>

O presente estudo de caso visa apurar o direcionamento de recursos de financiamentos públicos à empresas, via BNDES, no período do Governo Lula, para a realização de fusões e aquisições, a fim de se encontrar o porquê de tal motivação e, ainda, aonde são aplicados os valores revertidos a essas empresas. Estuda-se o Governo Lula, eis que fora o momento de maior expansão econômica da indústria no país, com ajuda dos fomentos distribuídos pelo BNDES, o que procura-se demonstrar ao longo da pesquisa. Posteriormente, verificar-se-á os processos de fusão e aquisição, a fim de apurar em que estimativa de recursos recebem as empresas, via BNDES, para promoverem tais procedimentos. Com isso, se mostra importante esta pesquisa, por que focará a utilização dos recursos advindos do BNDES pela empresa de alimentos Friboi, integrante do setor secundário, objeto deste trabalho, a fim de apurar se esta realizara os procedimentos supracitados com financiamento público do banco de fomentos brasileiro.

**Palavras-chave:** Financiamento Público. Fusões & Aquisições. Friboi

<sup>1</sup>Advogado. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Santa Maria. Bacharelado em Ciências Sociais pela Universidade Federal de Santa Maria. Pós-graduando em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus. E-mail: vitaguedes@hotmail.com

<sup>2</sup>Orientador da presente pesquisa. Cientista Político. Graduado em Ciências Sociais pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho. Mestre em Ciência Política pela Universidade de São Paulo. Doutor em Sociologia pela Universidade Federal do Paraná. Atualmente é professor no departamento de Ciências Sociais da Universidade Federal de Santa Maria. E-mail: jcmbjunior@yahoo.com.br

## 2.2.12 Do Século XVI aos dias atuais: a “evolução” do tráfico de pessoas e a violação dos direitos fundamentais do cidadão<sup>1</sup>

Gasparino Siqueira Corrêa<sup>2</sup>  
Marina Chaves Teikowski<sup>3</sup>  
Débora Aparecida Dias<sup>4</sup>

Há muitos séculos a escravidão era considerada uma prática bastante comum no continente Africano. No entanto, essa atividade acabou ganhando grandes proporções a partir do século XVI quando teve início a expansão marítima europeia, cujo resultado foi a descoberta das Américas e o surgimento do tráfico negreiro. A declaração universal dos direitos humanos e a Constituição Federal de 1988 foram documentos que ressaltaram a importância do respeito aos direitos humanos, por isso, têm o intuito também de coibir estes crimes. Porém, em pleno século XXI ainda nos deparamos com o tráfico de pessoas. Casos em que estes indivíduos, muitas vezes seduzidos por melhores empregos e salários acabam nas mãos de criminosos e sendo vítimas dos mais graves crimes: contra a vida, contra a dignidade sexual, contra a liberdade, sempre pautada na violência e mediante escravidão. O Direito, em muitos momentos no passado, fora omissivo e acabara por não integrar toda a sociedade, no entanto, em uma sociedade moderna como a nossa é inadmissível que ainda existam tais crimes que afrontam direitos básicos e fundamentais inerentes a todo cidadão. O trabalho se insere na linha de pesquisa “Constitucionalismo, Concretização de Direitos e Cidadania” da Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA, ao fazer uma analogia entre o tráfico de pessoas de diferentes épocas, objetiva apresentar meios de combate a este crime.

**Palavras-chave:** direito à vida; tráfico negreiro; tráfico internacional de pessoas.

### Referências:

BORGES, Leonardo Estrela. O direito internacional humanitário. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.  
REBOUÇAS, Fernando. Tráfico de seres humanos. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/atuais/trafico-de-seres-humanos/>>. Acesso: em 17 set. 2013.  
SIQUEIRA, Andrea Cristina Matos. Dignidade humana e tráfico de pessoas. Uma visão a luz do Direito Internacional e da responsabilidade do Estado. Jus Navigandi, Teresina, [ano 17, n. 3417, 8 nov. 2012](#). Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22974>>. Acesso em: 16 set. 2013.

<sup>1</sup> Resultado final do Projeto de Pesquisa intitulado “Do século XVI aos dias atuais: a “evolução” do tráfico de pessoas e a violação dos direitos fundamentais do cidadão”, desenvolvido na disciplina de Direito Penal I, vinculado à linha de pesquisa “Constitucionalismo, Concretização de Direitos e Cidadania” da Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA, RS.

<sup>2</sup> Autor. Acadêmico do segundo semestre do curso de Direito da Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA, RS. E-mail: gasparinocorrea@gmail.com

<sup>3</sup> Autora. Acadêmica do segundo semestre do curso de Direito da Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA, RS. E-mail: marinateikowski@hotmail.com

<sup>4</sup> Graduada em Direito pela UPF, especialista em Violência Doméstica Contra Crianças e Adolescentes pela USP, especialista em Ciências Criminais pela LFG, especialista em Segurança Pública e Direitos Humanos pela FADISMA-SENASP, mestranda na área de educação pela UTN, Buenos Aires, Ar, Delegada de Polícia, titular da Delegacia Especializada no Atendimento à Mulher. E-mail: deldad@uol.com.br

### 2.2.13 Perda do poder familiar <sup>1</sup>

Cássia T. R. Migliorin <sup>2</sup>  
Marcelle Cardoso Louzada <sup>3</sup>

A temática proposta envolve a Área de Concentração “Constitucionalismo, Concretização de Direitos e Cidadania”, pois se situa nas relações familiares com viés nos Direitos da Infância e Juventude. O poder familiar, previsto no Código Civil (2002) e no Estatuto da Criança e do Adolescente (1990), engloba todas as responsabilidades de pai e mãe sobre seus filhos, de modo que possam exercer, com aporte do ordenamento jurídico, a proteção dessas pessoas, consideradas em situação peculiar de desenvolvimento. A perda do poder familiar decorre de situações fáticas ou jurídicas que envolvam a criança e o adolescente ou em razão das atitudes pessoais de ambos os pais, o que pode ensejar sua perda total ou parcial. Contudo, não há rol taxativo que conduza a aplicação dessa medida, portanto, as decisões judiciais devem ter cautela na análise dos casos que ensejam a perda do Poder Familiar, uma vez que o Estatuto da Criança e do Adolescente prioriza a reintegração ou manutenção das crianças e jovens no seio da sua família natural. Somente é cabível a colocação em família substituta, o que nas modalidades adoção e tutela prescindem da perda do familiar, de forma excepcional. Isso porque, as disposições legais ordinárias e constitucional trouxeram vasta proteção da criança e do adolescente, com o intuito de abarcar os seus direitos sociais e fundamentais para reforçar a sua importância e compleição para a sociedade brasileira, bem como garantir, com prioridade absoluta, a Proteção Integral dessas pessoas.

**Palavras-chave:** Código Civil. Estatuto da Criança e do Adolescente. Poder Familiar.

#### Referências:

BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

\_\_\_\_\_. Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988.

\_\_\_\_\_. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. São Paulo: Revista dos Tribunais.

<sup>1</sup> Estudo produzido durante a disciplina de Direito do Idoso, Criança e Adolescente na instituição de ensino FADISMA – Faculdade de Direito de Santa Maria.

<sup>2</sup> Autora. Acadêmica do curso de direito, cursando o 10º semestre, na Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA). E-mail: [casssiaia@gmail.com](mailto:casssiaia@gmail.com)

<sup>3</sup> Orientadora. Graduada em Direito (FADISMA). Especialista em Ciências Penais (UNIDERP). Mestre em Educação (UFMS). Advogada. Professora. E-mail: [marcelle@fadisma.com.br](mailto:marcelle@fadisma.com.br).

## 2.2.14 A necessidade de inclusão das próteses auditivas no rol de deduções do imposto de renda<sup>1</sup>

Camila de Medeiros Padilha<sup>2</sup>  
Jorge Junges Dutra<sup>3</sup>  
Prof. Esp. Fábio Rijo Duarte<sup>4</sup>

A deficiência auditiva atinge aproximadamente 500 milhões de pessoas no mundo. Mesmo com a evolução da otologia, o diagnóstico e o tratamento são de alta complexidade, em razão da diversidade da deficiência. Nem todos os surdos são mudos, usam a linguagem de sinais ou se adaptam ao aparelho auditivo. O uso da prótese auditiva significa que o paciente já passou por muitos exames e diagnósticos. Diante disso, destaca-se a existência de um alto custo para o reconhecimento, tratamento e manutenção dessa tecnologia<sup>5</sup>. Infelizmente o gasto com a prótese não está presente no rol de deduções do IR-Imposto de Renda. As próteses dedutíveis são as ortopédicas e ortodônticas, conforme a Instrução Normativa SRF nº 15 de 2001. No entanto, há um Projeto de Lei nº 312 de 2011 que reconhece o alto custo que os surdos oralizados possuem. Essa deficiência não é tão aparente, mas ela gera um desafio diário para os portadores. Falar alto com um surdo não é a solução. A emissão de sons, que antes do uso do aparelho não eram reconhecidos, implicam em incompreensão. O apoio adequado é a comunicação pausada, boa dicção e uso de recursos visuais, nas salas de aula, por exemplo, e o uso do aparelho adequado. Sendo assim, destaca-se que o PL 312 é uma forma de incentivar os surdos oralizados a investirem e pesquisar nas próteses que melhor se adequem a sua deficiência e também, na possibilidade de isenção do imposto de renda e a divulgação dessas necessidades para essa população.

**Palavras-chave:** Dedução do Imposto de Renda. Próteses Auditivas. Deficientes auditivos.

### Referências:

BRASIL, Secretaria da Receita Federal. Perguntas e Respostas IRPF. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/publico/perguntao/irpf2013/perguntaserespostasirpf2013.pdf>> Data de acesso: 12/10/13.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 312/2011 que altera o art. 8º da Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995, para incluir as despesas com aparelhos de audição entre as deduções permitidas para efeito da apuração da base de cálculo do Imposto de Renda das Pessoas Físicas. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=491620>> Data de acesso: 10/10/13.

LINDEN, Arnaldo. Surdez. Disponível em: <<http://www.abcdasaude.com.br/artigo.php?402&-surdez>> Data de acesso: 10/10/13.

Martins, Sérgio Pinto. Manual de direito tributário. São Paulo: Atlas, 2007.

PFEIFER, Paula. Crônicas da Surdez. Santa Maria: Plexus, 2013.

WIDEX. Perda Auditiva. Disponível em: <<http://www.widex.com.br/perda-audicao.php>> Data de acesso: 12/10/13.

<sup>1</sup>Início do Projeto de Pesquisa intitulado "A NECESSIDADE DE INCLUSÃO DAS PRÓTESES AUDITIVAS NO ROL DE DEDUÇÕES DO IMPOSTO DE RENDA" iniciado em 12/10/2013, com apoio da Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA).

<sup>2</sup>Aluna da Graduação em Direito do 10º semestre da Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA). E-mail: [camila\\_medeiropadilha@hotmail.com](mailto:camila_medeiropadilha@hotmail.com).

<sup>3</sup>Aluno da Graduação em Direito do 1º semestre da Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA). E-mail: [Jorge\\_junges@hotmail.com](mailto:Jorge_junges@hotmail.com).

<sup>4</sup>Prof. Esp. Fábio Rijo Duarte Professor da Faculdade de Direito de Santa Maria- FADISMA. E-mail: [Fabio@fadisma.com.br](mailto:Fabio@fadisma.com.br).

<sup>5</sup>Atualmente, em razão da evolução técnica na produção de aparelhos auditivos, estes podem custar entre um mil e novecentos reais (R\$ 1.900,00) ou vinte mil reais (R\$ 20.000,00) ou mais, cada aparelho.



## 2.2.15 A valorização dos laços afetivos na “adoção à brasileira”<sup>1</sup>

Camila de Medeiros Padilha<sup>2</sup>  
Marcelle Cardoso Louzada<sup>3</sup>

O instituto da adoção, no Brasil, permeia constantes processos de modificações históricas decorrentes do comportamento humano e do entendimento sobre a estrutura familiar pela sociedade. O presente estudo, atrelado a Área “Constitucionalismo, Concretização de Direitos e Cidadania”, trata-se de uma pesquisa bibliográfica sobre a temática da “adoção à brasileira”. A modalidade, também conhecida como adoção ilegal, ocorre quando um sujeito registra como seu o filho nascido de outro, sem respeitar os procedimentos judiciais para regulamentar o estado de filiação (CURY, 2008). Ocorre que, após a atualização do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (1990), pela Lei 12.010/2009, houve uma maior valorização dos vínculos familiares de origem e dos laços afetivos, motivo pelo qual a “adoção à brasileira” merece ressalvas em sua aplicação prática. Situações como essas podem acarretar prejuízos as crianças e jovens, pessoas em situação peculiar de desenvolvimento, pela falta de acompanhamento técnico especializado e necessário diante da complexidade do instituto da adoção. Somado a isso, a modalidade descumpra o procedimento legal para adoção, especialmente porque desrespeita a ordem na lista de espera dos adotantes no Cadastro Nacional de Adoção. Diante dessa realidade, as decisões judiciais devem se valer dos laços afetivos quando verificada a existência de “adoção à brasileira”, a fim de proporcionar, com prioridade absoluta, a Proteção Integral assegurada a infância e juventude, pelo ECA (1990) e pela Constituição Federal (1988), e garantir o direito a convivência familiar e comunitária, objetivo principal da adoção.

**Palavras-chave:** Adoção à brasileira. Estatuto da Criança e do Adolescente. Laços afetivos.

### Referências:

- BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/\\_ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/_ConstituicaoCompilado.htm)> Acesso em: outubro de 2013.
- BRASIL, Lei 8069/1990: Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8069Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069Compilado.htm)> Acesso em: outubro de 2013.
- BRASIL, LEI Nº 12.010, DE 3 DE AGOSTO DE 2009.: Dispõe sobre adoção; altera as Leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-010/2009/lei/12010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-010/2009/lei/12010.htm)> Acesso em outubro de 2013.
- CNJ. Encontros e Desencontros da Adoção no Brasil: Uma análise do Cadastro Nacional de Adoção do Conselho Nacional de Justiça. Brasília: Secretaria de Comunicação CNJ, 2013.
- CURY, Munir. Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais. São Paulo: Malheiros, 2008.
- FURI. Adoção: Encontro de duas histórias. Santo Ângelo: FURI, 2010.
- MALDONADO, Maria Tereza. Os Caminhos do Coração: pais e filhos adotivos. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- RIZZARDO, Arnaldo. Direito de Família: Lei nº 10.406 fr. 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

<sup>1</sup>Estudo desenvolvido durante a disciplina de Direito do Idoso, da Criança e do Adolescente (DICA), vinculada ao curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA).

<sup>2</sup>Autora. Aluna do 10º semestre da Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA). E-mail: [camila\\_medeirospadilha@hotmail.com](mailto:camila_medeirospadilha@hotmail.com).

<sup>3</sup>Orientadora. Mestre em Educação (UFSM). Professora da Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA). E-mail: [marcelle@fadisma.com.br](mailto:marcelle@fadisma.com.br).

## 2.2.16 A efetivação do registro civil sob o prisma jurídico-social<sup>1</sup>

Andressa de Medeiros Venturini<sup>2</sup>  
Bruna Leão da Cunha<sup>3</sup>  
Candisse Schirmer<sup>4</sup>

Este ensaio possui precípua finalidade de analisar, em linhas gerais, a efetivação do registro civil na contemporaneidade em face da concretização do que estabelece a Carta Magna e demais leis infraconstitucionais do ordenamento jurídico. Para obter o desiderato almejado, vilipendiou-se um arcabouço de natureza exploratória na forma de pesquisa bibliográfica. Buscou-se na legislação vigente e na literatura, respaldo teórico para dar sustentação aos objetivos propostos, assim como a fundamentação através de dados estatísticos. Ao término do estudo, pode-se concluir que, apesar de todo o amparo legal, há um número significativo de pessoas que não possuem o seu direito de cidadania garantido. Em detrimento de tal fato, constata-se que inúmeras causas contribuem para o cenário vislumbrado, dentre elas, a falta de esclarecimento dos indivíduos e a ineficácia de políticas públicas. Sendo assim, tal problemática enquadra-se na Área de Concentração da FADISMA – Direito, Sociedades Globalizadas e Diálogo entre Culturas – abrangendo a linha de pesquisa do Constitucionalismo, Concretização de Direitos e Cidadania principalmente no que se refere aos direitos da criança e do adolescente.

**Palavras-chave:** Registro Civil. Amparo Legal. Efetivação.

### Referências:

- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da Republica Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
- BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. reed.atual. Porto Alegre: 2011.
- IBGE- Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas. Estatísticas do Registro Civil. Rio de Janeiro, v.37, p.1-178, 2010.
- PESSOA, Jader Lúcio de Lima. Registro civil de nascimento: direito fundamental e pressuposto para o exercício da cidadania. Campos dos Goytacazes- Rio de Janeiro: 2006.

<sup>1</sup>Resultado parcial do Projeto de Pesquisa intitulado “A efetivação do registro civil sob o prisma jurídico-social” iniciado em 23/09/2013 vinculado ao Núcleo Experimental de Webcidadania (NEW) e com o apoio da Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA).

<sup>2</sup> Aluna da Graduação em Direito do 2º semestre da Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA). E-mail: [andressa.ventu@gmail.com](mailto:andressa.ventu@gmail.com)

<sup>3</sup> Aluna da Graduação em Direito do 2º semestre da Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA). E-mail: [brunaleaodacunha@hotmail.com](mailto:brunaleaodacunha@hotmail.com)

<sup>4</sup>Orientadora. Vice-Coordenadora Geral da Graduação, Coordenadora do Núcleo de Estudos de Direito Internacional (NEDI), Colaboradora do Núcleo Experimental de Webcidadania (NEW) e Professora nas áreas de Teoria Geral do Estado e Direito Constitucional da FADISMA. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, área de concentração em Demandas Sociais e Políticas Públicas. Linha de pesquisa: Políticas Públicas de Inclusão Social. Especialista em Direito Tributário e em Direito do Estado pela REDE LFG. Integrante do grupo de pesquisa “Direito, Cidadania e Políticas Públicas”, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da UNISC. E-mail: [candisse@fadisma.com.br](mailto:candisse@fadisma.com.br)

## 2.2.17 A possibilidade de adoção homoparental no Brasil<sup>1</sup>

Liéli Benites de Oliveira<sup>2</sup>  
Marcelle Cardoso Louzada<sup>3</sup>

A adoção tem sido frequentemente debatida, especialmente porque a sociedade vem sofrendo inúmeras transformações não mais ignoradas pelo Direito. O presente estudo, na Área “Constitucionalismo, Concretização de Direitos e Cidadania”, através de uma pesquisa bibliográfica, evidencia a Adoção Homoparental, temática de importância prática, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro atual não dispõe sobre a possibilidade ou a proibição da adoção conjunta, de crianças e adolescentes, por casais do mesmo sexo. Tem prevalecido o entendimento sobre a existência de uma relação de amor nas uniões homoafetivas, consideradas semelhantes às uniões estáveis definida na legislação civil (BLUM, 2013). Pela ausência de disposição legal, recai ao Poder Judiciário definir as questões fáticas que envolvem o tema. A jurisprudência tem se manifestado pelo deferimento dos pedidos de habilitação à adoção conjunta por pessoas do mesmo sexo, pois a adoção é “mecanismo de proteção aos direitos dos infantes, devendo prevalecer sobre o preconceito e a discriminação, sentimentos combatidos pela Constituição Federal, possibilitando, desse modo, que mais crianças encontrem uma família que lhes conceda afeto, abrigo e segurança” (2009). Esse posicionamento vai de encontro ao Estatuto da Criança e do Adolescente (1990) ao dispor, no artigo 43, que “a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos”. Portanto, deve prevalecer o interesse da infância e juventude, pois indiferente a opção sexual dos adotantes. Fazer tal valoração seria desrespeitar o preceito constitucional que proíbe preconceitos em razão de origem, raça, sexo e quaisquer outras formas de discriminação (1988).

**Palavras-chave:** Adoção Homoparental. Estatuto da Criança e do Adolescente. Jurisprudência.

### Referências:

- BRASIL, Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988.
- BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.
- BLUM, Melissa de Matos. Adoção Homoafetiva. Disponível em: <<http://www.advogado.adv.br/estudantesdireito/direitodecuritiba/melissademattosblum/adocaohomoafetiva.htm>>. Acesso em: 15 out. 2013.
- JURISPRUDÊNCIA DO TJRS. (Apelação Cível nº 70031574833, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 14/10/2009).

<sup>1</sup>Estudo desenvolvido durante a disciplina de Direito do Idoso, da Criança e do Adolescente (DICA), vinculada ao curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA).

<sup>2</sup>Coautora. Aluna do 10º semestre da Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA). E-mail: [lielibon@gmail.com](mailto:lielibon@gmail.com)

<sup>3</sup>Orientadora. Graduada em Direito (FADISMA). Especialista em Ciências Penais (UNIDERP). Mestre em Educação (UFSM). Advogada. Professora. E-mail: [marcelle@fadisma.com.br](mailto:marcelle@fadisma.com.br).

## 2.2.18 O poder discricionário e o controle pelo judiciário<sup>1</sup>

Janaína C. Machado<sup>2</sup>  
Marcos Kopstein<sup>3</sup>  
Luciana Manica Gössling<sup>4</sup>

A Constituição Federal de 1988 traz em seu bojo um capítulo direcionado à administração pública (Capítulo VII), ressaltando no caput do artigo 37 que tanto a Administração Pública direta quanto a indireta de qualquer dos Poderes obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Em que pese a Administração ter que observar a literalidade dos enunciados legais, conforme orienta o princípio da legalidade, não se pode negar a existência de uma margem de liberalidade conferida aos agentes públicos para que possam atuar sem ferir o alegado princípio. É nesse ínterim que se deflagra o poder discricionário, vez que há por parte da Lei uma faculdade conferida ao agente público para que diante de um caso concreto atue da melhor forma a atender os anseios sociais, sem ultrapassar os limites legais. No tocante a apreciação dos atos administrativos, em especial os discricionários, deve-se aclarar que o Judiciário não pode se abster de cumprir sua função precípua, a qual seja aplicar a Lei quando provocado, contudo sua análise deve ficar adstrita a legalidade do ato como, por exemplo, verificar se o mesmo fora realizado por agente competente, se cumpriu a finalidade, se a forma foi respeitada. Logo, não pode ser admitida a análise do mérito administrativo pelo Judiciário, sob pena de usurpar uma competência atribuída a outro Poder, o que de fato, acarretaria uma flagrante violação aos preceitos constitucionais que consagram o nosso Estado Democrático de Direito.

**Palavras-chave:** Administração Pública. Poder discricionário. Controle jurisdicional.

### Referências:

- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade e controle jurisdicional. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1992.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988. São Paulo: Atlas, 2007.
- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito administrativo descomplicado. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.
- LOPES, Carlos Côrtes Vieira. Análise crítica da atuação do Poder Judiciário em relação aos benefícios da Seguridade Social. Revista da Advocacia-Geral da União. Brasília-DF, n. 21, p. 75-89, jul./set. 2009.

<sup>1</sup> Resumo realizado com base no artigo "O Poder Discricionário da Administração Pública e o Controle Jurisdicional", apresentado à disciplina de Direito Administrativo I, ministrado pela Professora Adriana Porto.

<sup>2</sup> Acadêmica do 9º semestre da Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA). E-mail janainacm.dir.jus@hotmail.com

<sup>3</sup> Acadêmico do 9º semestre da Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA). E-mail marcoskopstein@yahoo.com.br

<sup>4</sup> Orientadora. Especialista em Direito Processual Civil pela Academia Brasileira de Direito Processual Civil, em Direito Público com ênfase em Direito Processual Civil pelo Complexo Jurídico Damásio de Jesus e em Propriedade Intelectual pela PUC/RS, Pós-Graduada em Propriedade Industrial pela Universidade Federal de Buenos Aires; professora da Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA, advogada. luciana@manicaemanica.com.br.

## 2.2.19 Competência da Justiça Militar<sup>1</sup>

Marcos A. Kopstein<sup>2</sup>  
Janaina C. Machado<sup>3</sup>

A organização militar acompanha o desenvolvimento do Brasil desde os primórdios do país e ela sempre foi regida por próprios regulamentos, baseando-se sempre na hierarquia e na disciplina, seus pilares de sustentação. O presente resumo tem por objetivo traçar as competências da Justiça Militar. Sendo um dos órgãos do Poder Judiciário, tem por função primordial jurisdicionar membros das Forças Armadas e Forças Auxiliares, dividindo-se em Justiça Militar Federal e Justiça Militar Estadual, através das auditorias militares, tribunais militares estaduais e Superior Tribunal Militar. A Justiça Militar julga os crimes militares, previstos no Código Penal Militar, cometidos por militares ou por civis, excetuando-se crimes dolosos contra a vida. Prevista pela Constituição Federal do Brasil de 1988, trata-se de uma justiça especial, que visa jurisdicionar a organização militar enquadrando-se ao princípio basilar da legalidade. Como órgão do Poder Judiciário, a Justiça Militar equipara-se em importância aos demais órgãos desse Poder, cabendo a ela a aplicação da lei a todos os membros da organização militar. Os militares têm função chave para manutenção dos interesses do país no âmbito internacional e para proteção do Estado Democrático de Direito, garantido assim a estabilidade da paz tanto interna como externamente. Logo, a organização militar tem um órgão próprio, com seus regulamentos e normas, predispondo quais as condutas tipificadas como delitos cometidos por militares e também por civis que possam vir a atentar contra a Administração Militar e seus membros.

**Palavras-chave:** Justiça Militar. Crime militar. Organização militar.

### Referências:

- ASSIS, Jorge César de. Crime militar e crime comum conceitos e diferenças. 2005. Disponível em: <[www.jusmilitares.com.br](http://www.jusmilitares.com.br)>. Acesso em: 30 mar. 2013.
- BRASIL. Constituição Federal. 3ª ed. São Paulo: Saraiva. 2010.
- BRASIL. Código Penal Militar. 7ª ed. São Paulo: Rideel. 2009.
- ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. Organização da Justiça Militar. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 35, 1out. 1999. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/1569>>. Acesso em: 29 mar. 2013.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de processo penal. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>1</sup> Resumo realizado com base no artigo "Competência da Justiça Militar no Brasil", apresentado a disciplina de Direito Penal Militar, ministrada pela professora Adriana Porto.

<sup>2</sup> Aluno da Graduação em Direito do 9º semestre da Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA). E-mail: [marcoskopstein@yahoo.com.br](mailto:marcoskopstein@yahoo.com.br).

<sup>3</sup> Aluna da Graduação em Direito do 9º semestre da Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA). E-mail: [janainacm.dir.jus@hotmail.com](mailto:janainacm.dir.jus@hotmail.com).



### 2.2.20 O posicionamento da jurisprudência gaúcha sobre a suspensão do poder familiar<sup>1</sup>

Angelo Menezes Righi<sup>2</sup>  
Reique Elói de Oliveira Brito<sup>3</sup>  
Marcelle Cardoso Louzada<sup>4</sup>

O presente estudo, na Área “Constitucionalismo, Concretização de Direitos e Cidadania”, aborda a suspensão do Poder Familiar, com ênfase no ordenamento jurídico pátrio, bem como no posicionamento do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. A temática está prevista pelo Código Civil (2002) e dispõe sobre a possibilidade da autoridade judiciária suspender o Poder Familiar caso os genitores cometam alguma irregularidade contra a criança ou o adolescente, bem como no Estatuto da Criança e do Adolescente (1990), onde elenca o início do procedimento para a suspensão do Poder Familiar por provocação do Ministério Público ou quem tenha legítimo interesse, podendo ser decretado liminar ou incidentalmente, caso haja motivo grave. Com relação às características, a suspensão é a cessação temporária do exercício do poder familiar, medida menos grave ante a perda e, portanto, pode ser revista a qualquer momento. Sobre o tema, a jurisprudência gaúcha recente (2013) julgou uma situação envolvendo duas crianças postas em família substituída pela guarda, as quais tiveram acompanhamento por equipes técnicas, cujos dados fundamentaram a decisão. No caso, elas foram acolhidas institucionalmente em face da situação de risco, especialmente por parte dos genitores, os quais negligenciaram os deveres da função paternal e se omitiram diante da ocorrência de abuso sexual intrafamiliar, envolvendo uma das crianças com um irmão. Diante dessa situação, a suspensão do Poder Familiar foi deferida, garantindo, assim, que as crianças fossem mantidas em Proteção e fora da situação de risco proporcionada pela Família Natural.

**Palavras-chave:** Autoridade Judiciária. Código Civil. Estatuto da Criança e do Adolescente. Jurisprudência. Suspensão do poder familiar.

#### Referências:

BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

\_\_\_\_\_. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

JURISPRUDÊNCIA DO TJRS. (Agravo de Instrumento Nº 70055082267, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 15/08/2013).

NOGUEIRA, Grasiéla. Aspectos fundamentais acerca do poder familiar. Disponível em:

<[http://www.ambito-](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8912)

[juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8912](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8912)>. Acesso em: 15 out. 2013.

<sup>1</sup> Resumo elaborado a partir da avaliação oral realizada na disciplina de Direito do Idoso, da Criança e do Adolescente, na Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA.

<sup>2</sup> Autor. Acadêmico do 10º semestre da FADISMA. E-mail: [angelo\\_righi@hotmail.com](mailto:angelo_righi@hotmail.com).

<sup>3</sup> Coautor. Acadêmico do 10º semestre da FADISMA. E-mail: [reiquebrito@iq.com.br](mailto:reiquebrito@iq.com.br).

<sup>4</sup> Orientadora. Graduada em Direito (FADISMA). Especialista em Ciências Penais (UNIDERP). Mestre em Educação (UFSM). Advogada. Professora. E-mail: [marcelle@fadisma.com.br](mailto:marcelle@fadisma.com.br).

### 2.2.21 Os novos tempos do direito: criminalização de manifestações públicas?<sup>1</sup>

Ian Fabrício Brites<sup>2</sup>  
Douglas Rotta<sup>3</sup>  
Bruno Seligman de Menezes<sup>4</sup>  
Mario Luís Lírio Cipriani<sup>5</sup>

Urgente é o debate sobre o enfretamento entre o poder estatal e as interações sociais de massa, traduzidas mais recentemente na questão das manifestações populares ocorridas no Brasil. Tais movimentos ganharam um novo fôlego e uma nova cara, pois viu-se em nossa sociedade o poder que os cidadãos enquanto coletividade têm de estremecer, influenciar e alterar drasticamente as relações de poder até então postas. Dentro deste novo contexto surge a necessidade de uma nova análise sobre o efeito multidão e os atos praticados por cidadãos quando integram um grande grupo de pessoas. Peremptória também é a discussão sobre a preparação do Estado para lidar com situações de massa, que surgem repentinamente e tomam de assalto as ruas, fecham o comércio e trazem consigo um cobertura muito próxima das forças policiais e da imprensa. Além de toda a questão psicológica e sociológica do tema é de igual importância a aplicação de políticas públicas de segurança viáveis e efetivas, com um trabalho de base na preparação do profissional da área de segurança. Desde a qualificação técnica do agente na escola preparatória, passando pela constante preparação para um trato mais coerente e pensado das gerências de crise. A linha de pesquisa é o Constitucionalismo, Concretização de Direitos e Cidadania, já que o Estado não pode focar a sua política de segurança pública eminentemente em órgãos de repressão e contenção de crises, é preciso pensarmos de onde surgem tais crises, como se formam e como poderemos administrá-las de uma maneira menos lesiva para todos.

**Palavras-chave:** manifestações. Multidão. Polícia.

#### Referências:

COSTA, Maria Cristina Castilho. Sociologia: introdução à ciência da sociedade. São Paulo: Moderna, 2005.

FREUD, Sigmund. Obras completas, volume 11: totem e tabu, contribuição à história do movimento psicanalítico e outros textos (1912-1914). São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

FREUD, Sigmund. O mal-estar na civilização, novas conferências introdutórias à psicanálise e outros textos (1930-1936). São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

OLIVEIRA, Pérsio Santos de. Introdução à Sociologia. São Paulo: Ática, 1998.

SAROLDI, Nina. O mal-estar na civilização: as obrigações do desejo na contemporaneidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

<sup>1</sup>Síntese de texto produzido para a coluna "Comissão do Advogado Criminalista" do Jornal da OAB/RS- Subseção de Santa Maria- edição de outubro de 2013.

<sup>2</sup>Autor. Acadêmico do 8º semestre do curso de Direito da Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA) – outubro de 2013. E-mail: [brites980@hotmail.com](mailto:brites980@hotmail.com).

<sup>3</sup>Co-autor. Acadêmico do 8º semestre do curso de Direito da Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA) – outubro de 2013. E-mail: [rotta.it@hotmail.com](mailto:rotta.it@hotmail.com).

<sup>4</sup>Orientador. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Franciscano (UNIFRA); Especialista em Direito Penal Empresarial pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS); Mestre em Ciências Criminais pela PUC/RS; Doutorando em Direito Penal pela Universidade de Buenos Aires (UBA); professor titular de Direito Penal e Criminologia da Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA); sócio-proprietário da Bruno Menezes & Mário Cipriani Advocacia Criminal. E-mail: [bruno@bmmc.adv.br](mailto:bruno@bmmc.adv.br).

<sup>5</sup>Orientador. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM); Especialista em Direito Penal Econômico e Europeu e Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra; Doutorando em Problemas Actuales del Derecho Penal y de La Criminología pela UPO, Sevilla, Espanha; ex-membro da Comissão de Estágio e Exame de Ordem da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB); Professor licenciado da Universidade da Região da Campanha (URCAMP); Professor adjunto da graduação e pós-graduação da Universidade Luterana do Brasil (ULBRA); Professor da graduação na Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA);. sócio-proprietário da Bruno Menezes & Mário Cipriani Advocacia Criminal. E-mail: [mariocipriani@bmmc.adv.br](mailto:mariocipriani@bmmc.adv.br)

## 2.2.22 A maior manifestação da cidadania é o voto<sup>1</sup>

Allayne Bitencourt<sup>2</sup>

O Estudo sobre Direito Eleitoral é destinado a estudar os sistemas eleitorais e sua legislação, onde é regulamentado os direitos públicos dos cidadãos e o processo eleitoral. Este trabalho visa uma análise simplificada da abordagem do estudo, o exercício da cidadania com o voto e o direito de voto dos presos.

Na abrangência do estado democrático de direito, todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos, sendo o voto a maior manifestação de cidadania. O Direito Eleitoral em seu âmbito de atuação nos impõe um dever, mas nos garante uma de nossas maiores manifestações de cidadania através do voto. Mesmo estabelecido pela Constituição Federal a cidadania através do voto, certos indivíduos são abduzidos deste direito. É o caso do direito do preso, cujo mais polêmicos é o direito de voto daquele que espera seu julgamento, que tem o direito, mas não vota, segundo explicações dos Tribunais Regionais Eleitorais, porque o Estado não dispõe de condições para colher estes votos. A Constituição Federal assegura a todos os direitos políticos e determina a obrigatoriedade do alistamento eleitoral e do voto aos maiores de dezoito anos, os quais só serão cassados nas hipóteses mencionadas no art. 15 da CF/88, onde não estão incluídos os presos provisoriamente. O presente tema é referente a Direito Eleitoral e está inserido na linha de pesquisa Constitucionalismo, Concretização de Direitos e Cidadania

**Palavras-chave:** Direito. Voto. Cidadania.

### Referências:

BRASIL. Constituição, 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 5 out. 1988.

Costanze, Bueno Advogados. (Preso X Cidadania - Direito ao voto). Bueno e Costanze Advogados, Guarulhos, 30.04.2008. Disponível em: [http://\(buenoecostanze.adv.br/index.php?option=com\\_content&task=view&id=868&Itemid=27\)](http://(buenoecostanze.adv.br/index.php?option=com_content&task=view&id=868&Itemid=27)). acesso em : 01/11/2008.

GARCIA, Manuel Enriquez; VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de. Fundamentos de economia. São Paulo: Saraiva, 2002.

Márcia Pelissari Direito Eleitoral <http://www.boletimjuridico.com.br/resumos/texto.asp?id=27>  
Omar Chamon, juiz Federal. Disponível em <http://itacarepolitica.blogspot.com/2008/09/importancia-do-direito-eleitoral.html>

TAFNER, José; SILVA, Antônio César da; WEIDUSCHAT, Iris. Normas para apresentação de trabalhos acadêmicos. 3. ed. Indaial: ASSELVI, 2004.

<sup>1</sup>Resultado parcial do Projeto de Pesquisa intitulado DIREITO ELEITORAL: A maior manifestação da cidadania é o voto., iniciado em 13/11/2008, com apoio da Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA, para as disciplinas de Introdução ao Ensino do Direito e Metodologia da Pesquisa e do Direito.

<sup>2</sup> Graduanda em Direito na Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA. Endereço eletrônico: allaynebitencourt@hotmail.com.

### 2.3 Meio Ambiente, Ecologia e Transnacionalização do Direito

### 2.3.1 Privatização do saneamento básico: a (im)possibilidade em Santa Maria-RS<sup>1</sup>

Dayan Marques Vivian<sup>2</sup>

O Brasil tem uma das dez maiores potências econômicas do mundo na questão de captação, tratamento e distribuição de água. Com a política neoliberal o país enfrentou uma forte crise econômica e social, isto pode ser observado na décadas de 80 e 90 onde o país vendeu a maioria de suas empresas estatais, esta medida de privatizar era uma na tentativa de equilibrar dívidas externas e internas, mas mesmo com a venda das estatais as dívidas continuavam em ascensão. O setor privado, por sua vez, sempre com a intenção de lucro fazem sempre as mesmas promessas: priorizar os investimentos no setor, priorizar o social, reduzir as tarifas e aumentar postos de trabalho, mas a coisa não bem assim, depois de privatizar o saneamento estas promessas não se concretizam, revelando o fiasco do processo de privatização e do próprio modelo neoliberal. Na cidade de Santa Maria, no Rio Grande do Sul, a Concessão dos Serviços prestados pela Companhia Riograndense de Saneamento – CORSAN se encerra em 30 (trinta) de outubro de 2016. Por isso, a importância deste trabalho para sensibilização da sociedade quanto aos riscos da privatização no sistema hidrossanitário da cidade de Santa Maria-RS. Diante disto, é importante destacar que os resultados (menos robustos) sinalizaram que o momento do ciclo eleitoral influencia a decisão, sendo a probabilidade de privatização menor no primeiro ano do ciclo. Essa evidência sugere que, no início do mandato, os governantes têm menores incentivos a privatizar, pois desejam se beneficiar da maior discricionariedade na gestão dos serviços de saneamento, a qual pode ser utilizada para a satisfação de seus objetivos políticos. Contudo, ao longo do mandato, os governantes podem perceber que seus riscos eleitorais aumentaram (ou não diminuíram), passando a ter maiores incentivos a privatizar. Verifica-se, pois, que já existem condições concretas para a entrada de capitais privados no setor e para que o poder público exerça suas funções de regulador e fiscalizador, assegurando à população a excelência na prestação dos serviços e a melhoria dos indicadores de saúde pública, a população santa-mariense precisa ficar atenta quanto às iniciativas privadas e procurar saber através de seus representante políticos, na Câmara de Vereadores, qual o posicionamento do prefeito de Santa Maria, este é o titular para renovar a concessão dos serviços de saneamento para a CESB - Companhia Estadual de Saneamento Básico, mais conhecida como CORSAN – Companhia Riograndense de Saneamento, ou entregar todo o patrimônio dos gaúchos para a exploração das iniciativas privadas, estas visando única e exclusivamente o lucro.

**Palavras-chave:** Privatização. Água. Preservação. Conscientização.

#### Referências:

Site da Corsan, endereço eletrônico <<http://www.corsan.com.br/>>. Acessado em 11/10/2013.

Uniagua – Universidade da Água, é uma organização não governamental sem fins lucrativos, criada em 1998, com a missão de proteger, preservar e recuperar a água, essencial à vida no planeta, através da educação ambiental. Área de atuação da Uniagua: Atividades junto à rede de ensino. Ações em parceria com Secretarias de Governo, Órgãos Públicos, indústrias,

<sup>1</sup> O Município de Santa Maria tem contrato de concessão dos serviços de saneamento (água e esgoto) com a CORSAN, com vencimento em outubro de 2016, por esta razão a importância deste trabalho para que seja esclarecido certos pontos que serão abordados sobre privatização do saneamento básico. Dentre estes pontos, o principal objetivo da iniciativa privada: prestar serviço neste setor é visar o lucro.

<sup>2</sup> Bacharelado Fadisma, Nascido em Caçapava do sul, 2<sup>o</sup> Capital Farroupilha cidade histórica do Rio Grande do Sul -, Graduou-se no ensino médio pela EENSA – Escola Estadual Nossa Senhora da Assunção, foi Presidente/Representante de Turma da Faculdade 2008/09/10, foi membro do DA - Diretório Acadêmico da FADISMA2010/11; Teve seus artigos escolhidos para apresentação no ENTREMENTES 2010 da FADISMA: O Instituto Jurídico da Coisa Julgada e a Modernidade no Pensamento, A (in) constitucionalidade da Castração Química, e Apologia a Crimes Avançam em comunidades do Orkut; Participou do ENED – Encontro Nacional dos Estudantes de Direito 2010/11 em Brasília-DF, e participou da XIV Jornada Internacional de Direito em Gramado - RS; atualmente mora em Santa Maria - RS e é Servidor Público Estadual da CORSAN - Companhia Riograndense de Saneamento da Região Central do Estado do Rio Grande do Sul como Agente em Tratamento de Água entre 2001/2010, hoje desempenha a função de Agente Administrativo no Departamento de Manutenção e Operações da Região Central – DEOM-CEN e Pregoeiro da SURCEN – Superintendência da Região Central na CORSAN – Companhia de Saneamento do Rio Grande do Sul. Endereço eletrônico para contato: [adv91619258@gmail.com](mailto:adv91619258@gmail.com)



empresas e demais gestores da educação ambiental. Campanhas com a mídia impressa e eletrônica, voltadas exclusivamente para a água.

Documentos Internos Pesquisados na Regional Central da Companhia Riograndense de Saneamento, do próprio contrato de concessão de serviços prestados de água e esgoto entre a concedente Cidade de Santa Maria e a Concessionária Corsan.

Entrevista concedida ao SUL21, em 27/07/2011, disponível em <<http://www.sul21.com.br/jornal/destaques/e-muito-perigoso-transformar-a-agua-em-mercadoria-alerta-presidente-da-corsan/>> Acessado em 11/10/2013.

Material disponível em: < <http://www.rs.gov.br/noticias/1/106498/RS-Mais-Saneamento-aborda-a-universalizacao-da-agua-e-duplicacao-do-esgoto-tratado/8/208//>>, acessado em 14/11/2013.

Material do Portal das últimas notícias do Piratini, disponível em <http://www.rs.gov.br/noticias/1/106498/RS-Mais-Saneamento-aborda-a-universalizacao-da-agua-e-duplicacao-do-esgoto-tratado/8/208//> Acessado em 14/10/2013.

Site do Planalto: Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/cciv/il\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/cciv/il_03/leis/l8666cons.htm)> Acessado em 15/10/2013.

Moreira, 1996 e 1998; BNDES, 1998.

### 2.3.2 Princípios que norteiam o direito ambiental

Eduarda Carvalho Fockink<sup>1</sup>  
Tatyana Alcantara Fernandes Casarino<sup>2</sup>

O presente trabalho tem como escopo demonstrar a importância dos princípios do direito ambiental que são: do acesso equitativo aos recursos naturais, da prevenção, da precaução, da participação, da informação, da responsabilização, do poluidor-pagador, do desenvolvimento sustentável, da cooperação e da ubiquidade. É preciso afirmar que os princípios do direito ambiental são indispensáveis e norteadores e constituem regras fundamentais a serem observadas pelo poder público, e tem como finalidade básica a proteção da vida humana, em qualquer forma que esta se apresente. Além disso, é imprescindível que o princípio do acesso equitativo aos recursos naturais seja aliado à sustentabilidade de forma que o gênero humano possa preservar a sua vida através da forma consciente e igualitária da utilização de seus recursos ambientais.

É preciso salientar que o presente trabalho integra a Área de Concentração “Direito, Sociedades Globalizadas e Diálogo entre Culturas”, visto que o direito ambiental almeja o equilíbrio entre desenvolvimento social e tecnológico com a devida proteção aos recursos naturais. Também faz parte da linha de pesquisa “Meio Ambiente, Ecologia e Transnacionalização do Direito”, pois tem como principal objetivo a temática ambiental.

**Palavras-chave:** Ecologia. Princípios ambientais. Direito Ambiental.

#### Referências:

Brasil, Política Nacional do Meio Ambiente. Lei n.º 6.938 de 31 de agosto de 1981.

Nehru, K. V.K. Fraternidade e sustentabilidade. Revista Sophia. Ed. Teosófica, 2013. Número 43, p. 11.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. Ed. Malheiros: São Paulo 2008.

<sup>1</sup> Acadêmica do oitavo semestre da Faculdade de Direito de Santa Maria. Endereço eletrônico: dudinhafockink@hotmail.com

<sup>2</sup> Co-autora. Acadêmica do oitavo semestre da Faculdade de Direito de Santa Maria. Endereço eletrônico: tatycasarino@hotmail.com

### 2.3.3 Direito ambiental e o princípio do desenvolvimento sustentável<sup>1</sup>

Tatyana Alcantara Fernandes Casarino<sup>2</sup>  
Eduarda Carvalho Fockink<sup>3</sup>

O presente trabalho tem como principal objetivo desenvolver os aspectos fundamentais do desenvolvimento sustentável no que tange a uma evolução econômica e, ao mesmo tempo, ecológica da sociedade. Para tanto, analisar-se-ão também os conceitos de direito ambiental, a constitucionalização do direito do meio ambiente, a importância do equilíbrio entre os aspectos econômicos, sociais e ambientais para o saudável crescimento de uma sociedade cujo fundamento seja a sustentabilidade. Foi estudada a legislação brasileira no tocante a preservação da sustentabilidade em suas normas, e houve a conclusão de que somente haverá o real desenvolvimento econômico se forem preservados os aspectos sociais e ecológicos. Para o presente trabalho, a metodologia utilizada foi a de pesquisa bibliográfica.

É preciso salientar que o presente trabalho integra a Área de Concentração “Direito, Sociedades Globalizadas e Diálogo entre Culturas”, pois objetiva defender o equilíbrio entre os aspectos sociais, econômicos e ambientais para o desenvolvimento da sociedade.

O presente trabalho faz parte da linha de pesquisa “Meio Ambiente, Ecologia e Transnacionalização do Direito”, tendo em vista a análise do Direito Ambiental diante da importância do desenvolvimento sustentável para a ecologia.

**Palavras-chave:** Direito Ambiental. Sustentabilidade. Ecologia.

#### Referências:

DA SILVA, José Afonso. Fundamentos constitucionais da proteção do meio ambiente. Revista de Direito Ambiental, 2002.

IRIGARAY, Carlos Teodoro José Huguency. O emprego de instrumentos econômicos na gestão ambiental. Direito Ambiental Contemporâneo. Barueri, SP: Manole, 2004.

LEFF, Enrique. Ecologia capital e cultura: racionalidade ambiental, democracia participativa e desenvolvimento sustentável. Trad. Jorge E. da Silva Blumenau, Furb, 2000, p. 212. (Coleção Sociedade e Ambiente, 5).

<sup>1</sup> Resultado parcial do Projeto de Pesquisa intitulado “Direito Ambiental e o princípio do desenvolvimento sustentável”, iniciado em 11/04/2013, com apoio da Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA).

<sup>2</sup> Acadêmica do oitavo semestre da Faculdade de Direito de Santa Maria. Endereço eletrônico: tatycasarino@hotmail.com

<sup>3</sup> Co-autora. Acadêmica do oitavo semestre da Faculdade de Direito de Santa Maria. Endereço eletrônico: dudinhafockink@hotmail.com



[www.fadisma.com.br/entrementes](http://www.fadisma.com.br/entrementes)