



***PONTO DE
VISTA JURÍDICO***

REVISTA CIENTÍFICA DO NÚCLEO DE PESQUISA EM DIREITO DA UNIARP

PONTO DE VISTA JURÍDICO:

Revista Científica do Núcleo de Pesquisa em Direito da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe.

V. 6 – Nº 1 – 2017

Editor:
Prof. Msc. Levi Hulse

Catálogo na fonte elaborada pela Biblioteca Universitária
Universidade Alto Vale do Rio do Peixe – Caçador -SC

R454r

Revista eletrônica Ponto de Vista Jurídico
da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe – UNIARP /
Universidade Alto Vale do Rio do Peixe. V.6, nº 1, 2017.
Caçador (SC): UNIARP, 2012.

Semestral (online)
ISSN: 2316-4042

1. Direito - Periódico. I. Título.

CDD 340.05

EDITOR:

Prof. Msc. Levi Hulse, Universidade do Alto Vale do Rio do Peixe - Uniarp, Caçador, SC, Brasil

CONSELHO EDITORIAL:

Profa. Dra. Laura Garbini Both, Centro Universitário UniBrasil -UNIBRASIL - Curitiba - Pr - Brasil, Brasil
Prof. Dr. Fausto Santos de Moraes, Faculdade Meridional-IMED , Passo Fundo, RS, Brasil
Prof. Dr. Douglas Cesar Lucas, Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - Unijui, Santa Rosa, RS, Brasil
Profa. Dra. Sandra Krieger Gonçalves, Universidade Regional de Blumenau - FURB, Blumenau, SC, Brasil
Profa. Dra. Danielle Regina Ullrich, Instituto Federal de Santa Catarina - IFSC, Caçador, SC, Brasil
Prof. Dr. Emerson Gabardo, Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC-PR e Universidade Federal do Paraná - IFPR, Curitiba, PR, Brasil
Prof. Dr. Francisco Oliveira Neto, Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, Florianópolis, SC
Profa. Dra. Helena de Azeredo Orselli, Universidade Regional de Blumenau - FURB, Blumenau, SC, Brasil
Profa. Dra. Monize Sâmara Visentini, Universidade Federal da Fronteira Sul - IFFS, Cerro Largo, RS, Brasil
Prof. Dr. Adelcio Machado dos Santos, Universidade Alto Vale do Rio do Peixe - UNIARP, Caçador, SC, Brasil
Prof. Dr. Joel Haroldo Baade, Universidade Alto Vale do Rio do Peixe - UNIARP, Caçador, SC, Brasil

COMISSÃO CIENTÍFICA AD HOC:

Prof. Msc Henrique da Rosa Ziesemer, Ministério Público de Santa Catarina - MPSC, Brasil
Profa. Msc. Jaqueline Moretti Quintero, Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, Itajaí, SC, Brasil
Profa. Msc. Juliana Zamignan, Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC, Chapeco, SC, Brasil
Prof. Msc. Ricardo Emilio Zart, Univesidade do Oeste de Santa Cartarina - UNOESC, Videira, SC
Prof. Msc. Rodrigo Fernando Novelli, Universidade Regional de Blumenau - FURB, Blumenau, SC
Profa. Msc. Dheimy Quelem Waltrich, Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ, Ijuí, RS
Profa. Dra. Sandra Krieger Gonçalves, Universidade Regional de Blumenau - FURB, Blumenau, SC, Brasil
Profa. Dra. Danielle Regina Ullrich, Instituto Federal de Santa Catarina - IFSC, Caçador, SC, Brasil
Prof. Msc. Leonardo Beduschi, Universidade Regional de Blumenau - FURB, Blumenau-SC, Brasil
Profa. Dra. Helena de Azeredo Orselli, Universidade Regional de Blumenau - FURB, Blumenau, SC, Brasil
Prof. Msc. Levi Hulse, Universidade do Alto Vale do Rio do Peixe - Uniarp, Caçador, SC, Brasil
Prof. Dr. Adelcio Machado dos Santos, Universidade Alto Vale do Rio do Peixe - UNIARP, Caçador, SC, Brasil
Profa. Ms. Jociane Machiavelli Oufella, Universidade Alto Vale do Rio do Peixe, Uniarp, Caçador, SC, Brasil

CAPA

Denise Bolzan Barpp, Uniarp, Caçador, SC, Brasil

EDITORAÇÃO ELETRÔNICA

Prof. Dr. Joel Haroldo Baade, Universidade Alto Vale do Rio do Peixe - UNIARP, Caçador, SC, Brasil

BIBLIOTECÁRIA

Célia De Marco, UNIARP, Caçador, SC, Brasil

Ponto de Vista Jurídico é um periódico anual do Núcleo de Pesquisa em Direito da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe (UNIARP) publicado em formato eletrônico (ISSN: 2316-4042).

Missão: O periódico científico “Ponto de Vista Jurídico” se dispõe a consistir em veículo de registro e comunicação, operado pelo Núcleo de Pesquisa em Direito da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe (Uniarp), em função de duas áreas de concentração: I – Direito e Efetividade; e II – Direito e Interdisciplinaridade..

Indexadores e bases de dados: Este periódico está indexado no Portal do Sistema Eletrônico de Editoração de Revistas (SEER/IBICT), no Latindex (Sistema Regional de Informação em Linha para Revistas Científicas da América Latina, Caribe, Espanha e Portugal), no Sumários.org emagrecer rapidamente e no Catálogo da Biblioteca da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe-UNIARP. Cadastrado no Diadorim, diretório de políticas das revistas científicas brasileiras sobre o acesso aberto aos artigos por meio de repositórios institucionais.

SUMÁRIO

EDITORIAL	6
CRISE HÍDRICA NO SÉCULO XXI: LEGISLAÇÃO E POLÍTICAS PÚBLICAS PARA UM NOVO MODELO DE GESTÃO SUSTENTÁVEL.....	8
SUSTENTABILIDADE AMEAÇADA: A CONSTITUIÇÃO E O DÉFICIT PROCEDIMENTAL DE SUAS NORMAS E PRINCÍPIOS.....	21
AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DA PRIVACIDADE E LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO MARCO CIVIL DA INTERNET	31
O TEMPO COMO PENA PROCESSUAL E COMO BARREIRA À RESSOCIALIZAÇÃO DO INFRATOR.....	41
O DIREITO TRANSNACIONAL AMBIENTAL E SUA APLICAÇÃO PELOS TRIBUNAIS NACIONAIS.....	50
GRADES QUE CALAM: A INOBSERVÂNCIA DAS PARTICULARIDADES DE GÊNERO NO SUBMUNDO DO CÁRCERE FEMININO	64
APLICAÇÃO POR ANALOGIA DA IN SFR Nº 228/02 PARA LIBERAÇÃO DE MERCADORIA RETIDA EM RAZÃO DO PROCEDIMENTO FISCAL DA IN RFB Nº 1.169/11, À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA.....	82
ABORTO DE BEBÊS ANENCEFÁLICOS: DIREITO À VIDA DO FETO ANENCÉFALO X DIREITO À LIBERDADE DE ESCOLHA DA MULHER.....	95

EDITORIAL

Prezados Leitores e Colaboradores! É com imensa satisfação que apresentamos mais um periódico da Revista “Ponto de Vista Jurídico”, sendo nossa 8ª. edição da revista e a primeira do ano de 2017. Esta revista está buscando sua consolidação e vem recebendo muitos artigos de grande qualidade.

Nesta edição inicia-se com a doutoranda Mariana Faria Filard e Marcius Carvalho Filard de Souza, que fazem uma leitura sobre “*A crise hídrica no século XXI*”. Diante deste fato, os autores buscam uma forma em que a legislação seja alterada, bem como que venham a ser desenvolvidas políticas públicas para um modelo sustentável da água.

Em seguida a Professora doutoranda Dheimy Quelem Waltrich¹, em seu artigo “*Sustentabilidade ameaçada: a constituição e o déficit procedimental de suas normas e princípios*”, tendo como foco a sustentabilidade.

A coordenadora do curso de direito da Uniarp Professora doutoranda Jociane Machiavelli Oufella junto do bacharel Andrei Pasqualotti, abordam “*As garantias constitucionais da privacidade e liberdade de Expressão no marco civil da internet*”, no Brasil.

Já os autores Lucas Phelipe Rocha Silva, Flávio Schlickmann e Rafaela Borgo Koch Schlickmann tem como tema “*O tempo como pena processual e como barreira à ressocialização do infrator*”, onde buscam como pode o preso ser ressocializado na sociedade.

A Profa. Patrícia Pasqualini Philippi com seu artigo “*O direito transnacional ambiental e sua aplicação pelos tribunais nacionais*”, tema este muito atual, pois os danos ao meio ambiente, que se dá em um território, podem afetar outro país e diante destes fatos os tribunais devem se pronunciar.

No artigo “*Grades que calam: a inobservância das particularidades de gênero no submundo do cárcere feminino*”, de Simone Taiet e Ricardo Emilio Zart, vem a tratar dos presídios femininos no Brasil, como é a execução penal nos processos onde as mulheres do Brasil são partes.

Ainda os autores Loren Tazioli Engelbrecht Zantut, Gabriel de Araújo Sandri e Alice Francisco da Cruz Sales, no artigo “*Aplicação por analogia da in sfr nº 228/02 para liberação de mercadoria retida em razão do procedimento fiscal da in rfb nº 1.169/11, à luz da jurisprudência*”, tratam dos procedimentos que a Secretaria da Receita Federal do Brasil (SRF) adota quando uma mercadoria é importada para o Brasil.

Por fim, temos o artigo “*Aborto de bebês anencefálicos: direito à vida do feto anencefálico x direito à liberdade de escolha da mulher*”, da Profa. Ivonete Moreira e da acadêmica Ivana Coldebella, vem a confrontar o direito à vida com o direito de escolha da genitora.

Agradecemos aos autores desta universidade e bem como os autores das demais universidades

que confiaram seus artigos a esta revista e desejamos a todos uma ótima leitura.

Prof. Msc. Levi Hulse
Editor

CRISE HÍDRICA NO SÉCULO XXI: LEGISLAÇÃO E POLÍTICAS PÚBLICAS PARA UM NOVO MODELO DE GESTÃO SUSTENTÁVEL

Mariana Faria Filard¹
Marcius Carvalho Filard de Souza²

Recebido em: 01 maio 2017

Aceito em: 13 jun. 2017

Resumo: A água tem sido constantemente uma preocupação mundial, no que tange à sua oferta e à sua utilização. Vários setores sociais vêm debatendo esta problemática, aduzindo a necessidade da fixação de um novo paradigma legal voltado ao desenvolvimento sustentável. A água, sem qualquer discussão em contrário, é essencial à manutenção da vida e direito fundamental, sendo seu descumprimento uma violação ao direito à vida. O acesso básico à água deve ser considerado um direito fundamental político, econômico e social para indivíduos e coletividades, já que a segurança biológica, econômica e social de todos os seres humanos e de todas as comunidades humanas depende do gozo desse direito. O mais importante é que governo e sociedade estejam conscientes da necessidade e primazia da gestão hídrica, visto que é essencial para a melhoria da qualidade de vida dos cidadãos brasileiros, diminuição de doenças, crescimento e desenvolvimento econômico de nosso País, conscientes ainda que esta tarefa não é simples, pois a gestão destes recursos deve ser descentralizada e participativa, indispensável para que abandonemos a cultura de desperdício e uso insustentável/inconsciente fundada na ultrapassada crença da infinitude deste recurso natural. Nosso País já iniciou sua Ação, por meio da implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos - PNRH, criada pela Lei 9.433/97, e conseqüentemente da aplicação de Políticas voltadas para a proteção deste importante recurso natural.

Palavras-chave: Água. Recursos hídricos. Gestão.

WATER CRISIS IN THE 21ST CENTURY: LEGISLATION AND PUBLIC POLICIES FOR A NEW SUSTAINABLE MANAGEMENT MODEL

Abstract: Water has always been a worldwide concern with regard to its supply and use. Several social sectors have been debating this problem, adding to the need to establish a new legal paradigm focused on sustainable development. Water, without any discussion to the contrary, is essential to the maintenance of life and fundamental right, and its non-compliance is a violation of the right to life. Basic access to water should be considered as a fundamental political, economic and social right for individuals and collectives, since the biological, economic and social security of all human beings and of all human communities depends on the enjoyment of this right. What is most important is that government and society are aware of the need and primacy of water management, since it is essential for improving the quality of life of Brazilian citizens, reducing diseases, growth and economic development of our country, aware that this task is not simple, because the management of these resources must be decentralized and participatory, indispensable for us to abandon the culture of waste and

¹ Doutoranda em Ciência Jurídica UNIVALI/SC, Mestra em Ciência Jurídica UNIVALI/SC. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Nilton Lins/AM, Advogada, Professora e Coordenadora do Curso de Direito da Faculdade DeVry Martha Falcão. e-mail: marianafilard@gmail.com.

² Graduado em Direito, pelo Centro Universitário do Norte-UNINORTE/LAUREATE. e-mail: marciustx@hotmail.com.

unsustainable / unconscious use based on the outdated belief of the infinity of this natural resource. Our country has already initiated its action, through the implementation of the National Water Resources Policy (PNRH), created by Law 9.433 / 97, and consequently the application of Policies aimed at the protection of this important natural resource.

Keywords: Water. Water resources. Management.

1 INTRODUÇÃO

A água, como sabemos, é um recurso natural fundamental para a manutenção da vida no planeta. A partir do aspecto político, também pode ser caracterizado como um bem público podendo ser explorado comercialmente. Em virtude da radicalização dos problemas ambientais e a frequente ameaça de destruição de todos os seres e seu meio, as questões relativas ao meio ambiente ganham primazia e assumem uma dimensão política, fazendo parte do exercício da cidadania.

Não é falácia dizer que o homem é o principal agente transformador do meio ambiente no qual está inserido. Essa concepção de meio ambiente, não somente abarca aspectos naturais e sociais, mas inclui a busca de espaços políticos para a concretização dos princípios e práticas oriundos dessa participação.

Importante, antes de tudo, é a produção de novas práticas sociais, pela expressão de novas formas de conduta e pela introdução de novos paradigmas no conhecimento e nas práticas sociais nesta relação simbiótica com o meio ambiente, e de forma mais específica, com os recursos hídricos, objeto de estudo neste artigo.

No que diz respeito aos recursos hídricos, este tem sido um dos temas da atualidade justamente por sua escassez.

A observação das dimensões ambiental, política e social torna este tipo de gestão especialmente complexa. A gestão de recursos hídricos integra uma série de iniciativas com o objetivo de regular, controlar e proteger os recursos hídricos sob normas da legislação vigente.

Desta forma, a utilização dos recursos hídricos, tema tratado neste trabalho, mediante aval da Administração, tem como objetivos assegurar o controle quantitativo e qualitativo dos usos da água e o efetivo exercício dos direitos a seu acesso.

A preocupação com a gestão de recursos hídricos no Brasil é antiga, encontrando-se registros de uma forma de exploração desregrada que evoluiu e culminou com a Política Nacional de Recursos Hídricos – PNRH.

2 CRISE HÍDRICA NO SÉCULO XXI

Conforme alguns especialistas, pode-se dizer que a crise hídrica no século XXI decorre muito

mais da falta de gerenciamento do que uma crise real de escassez e estresse³. Entretanto, para outros especialistas, trata-se de resultado de um conjunto de problemas ambientais agravados por outros problemas relacionados à economia e ao desenvolvimento social⁴. E ainda, para outros, que o agravamento e a complexidade da crise da água decorrem de problemas reais de disponibilidade e aumento da demanda, e de um processo de gestão ainda setorial e de resposta a crises e problemas sem atitude preditiva e abordagem sistêmica⁵.

José Galizia Tundisi⁶, acentua a necessidade de uma abordagem sistêmica, integrada e preditiva na gestão das águas com uma descentralização para a bacia hidrográfica. Segundo esse autor, uma base de dados consolidada e transformada em instrumento de gestão pode ser uma das formas mais eficazes de enfrentar o problema de escassez de água, estresse de água e deterioração da qualidade.

Neste amplo contexto social, econômico e ambiental do século XXI, podem ser apontados os seguintes principais problemas e processos como causas da crise da água⁷:

- Intensa urbanização, com o aumento da demanda pela água, e ampliação da descarga de recursos hídricos contaminados e com grandes demandas de água para abastecimento e desenvolvimento econômico e social⁸;

- Estresse e escassez de água em muitas regiões do planeta em razão das alterações na disponibilidade e aumento de demanda;

- Infra-estrutura pobre e em estado crítico, em muitas áreas urbanas com até 30% de perdas na rede após o tratamento das águas;

- Problemas de estresse e escassez em razão de mudanças globais com eventos hidrológicos extremos aumentando a vulnerabilidade da população humana e comprometendo a segurança alimentar (chuvas intensas e período intensos de seca) e

- Problemas na falta de articulação e falta de ações consistentes na governabilidade de recursos hídricos e na sustentabilidade ambiental. Esse conjunto de problemas apresenta dimensões em âmbito local, regional, continental e planetário.

Esses problemas contribuem para: o aumento e exacerbação das fontes de contaminação, a alteração das fontes de recursos hídricos – mananciais – com escassez e diminuição da disponibilidade. Contribuem ainda, para o aumento da vulnerabilidade da população humana em razão de contaminação e dificuldade de acesso à água de boa qualidade (potável e tratada).

³ ROGERS, P. P. et al. (ed.) Water crisis: myth or reality? London: Fundación Marcelino Botín, Taylor & Francis, 2006. 31p.

⁴ GLEICK, P. H. The world's water. 2000-2001. Report on Freshwater Resources. Island Press, 2000. 315p.

⁵ SOMLYODY, L.; VARIS, O. Freshwater under pressure. International Review for Environmental Strategies, v.6, n.2, 181-204, 2006.

⁶ TUNDISI, J. G.; MATSUMURA-TUNDISI, T. Limnologia. São Paulo: oficina de textos, 2008. 631p.

⁷ TUNDISI, J. G.; SCHEUENSTUHL, M. (ed.) Bridging water research and management: new perspectives for the Americas. II e, IIBRH, Ianas, Brazilian Academy of Sciences, IAP, 2008.

⁸ TUCCI, C. e. M. Águas urbanas. Estudos Avançados, v.22, n.63, p.1-16, 2008.

Vislumbra-se que esse conjunto de problemas está relacionado à qualidade e quantidade da água, e, em resposta à essas causas, há interferências na saúde humana e saúde pública, com deterioração da qualidade de vida e do desenvolvimento econômico e social.

2.1 A GESTÃO AMBIENTAL DOS RECURSOS HÍDRICOS

Inegável que ao longo da história o homem tenha passado por profundas mudanças na sua forma de ver o mundo. Evoluiu gradativamente de uma abordagem mecanicista e cartesiana da realidade, para uma visão sistêmica e holística do mundo em que vivemos. O modelo de pensamento separatista que ao longo dos séculos manteve o homem em relação a natureza, vem sendo substituído por uma visão que considera a interrelação dos fenômenos biológicos, sociais, econômicos e ambientais. A crise ambiental e no caso do presente artigo, a crise hídrica, tem sido um dos maiores desafios do Planeta, sendo resultado do modelo de desenvolvimento sustentável que se tomou como paradigma.

A gestão sustentável desejada, passa necessariamente por considerar um novo modelo de desenvolvimento incorporando ao conceito de meio ambiente a idéia do homem inserido no mesmo, além do próprio meio físico. Não há como dissociar a ideia de que os meios físicos e sócio-econômicos são fontes de recursos que dão suporte as atividades humanas e ao mesmo tempo são por elas impactados⁹.

A abundância e a carência da água inegavelmente, tem sido fator determinante para a evolução dos povos, e em certas regiões, favorecido ao florescimento de civilizações e em outras, nem tanto. O crescente e exponencial aumento populacional, o desenvolvimento urbano e a expansão industrial, resultado de uma sociedade que está se modernizando, sem os devidos cuidados de proteção e preservação ambiental, está associada a situações de carência de água e de poluição dos recursos hídricos que cada vez mais vem se traduzindo na degradação da qualidade de vida do planeta.

Este problema ganha dimensões sobremaneira preocupantes, na medida em que a água é um recurso natural essencial à subsistência do homem e às suas atividades, em especial as de natureza econômica. Sabe-se que este recurso é estratégico e ganha valor econômico à medida em que cresce sua importância em razão de sua não substituição. Desta forma, a água, um bem finito e cada vez mais escasso, não é somente um elemento imprescindível à vida, mas também fator condicionante do desenvolvimento econômico e do bem estar social¹⁰.

Importante ainda, mencionar que os problemas relacionados com a água, um dos mais importantes recursos ambientais, não estão dissociados das relações históricas entre o homem e o meio ambiente e suas atividades produtivas.

Esta crise ambiental, e dentro dela vislumbram-se os recursos hídricos, decorre do modelo de desenvolvimento adotado, do paradigma adotado. Onde os recursos naturais está se escasseando seja

⁹ LEAL, Márcia Souza. Gestão Ambiental dos Recursos Hídricos – Princípios e Aplicações. 1998.

¹⁰ CUNHA, LUIZ VEIGA D., Gestão das Águas: Principais Fundamentos e sua Aplicação em Portugal, Fundação Calouste Gulbenkian. 1982.

em qualidade como em quantidade, faz-se necessária uma mudança de concepção. Faz-se necessária uma mudança neste paradigma de desenvolvimento assimétrico. Há que haver uma abordagem sistêmica, integrada e harmonizada: meio ambiente e economia, de forma a permitir uma exploração ordenada e auto-sustentável dos recursos hídricos¹¹. Há que se reconhecer que, sem considerar o meio ambiente como parte do desenvolvimento de longo prazo, preservando-o e os seus recursos naturais, estaremos promovendo uma progressiva perda de qualidade de vida das pessoas de forma direta e indireta e quiçá comprometendo a vida no planeta.

Os problemas crescentes relacionados com os recursos hídricos dizem respeito inicialmente, à adequação entre a demanda e oferta de água. A crescente demanda por alimentos e produtos industrializados, a urbanização desordenada, produzindo grandes metrópoles com os problemas ambientais inerentes a esta estrutura (saneamento básico, enchentes, etc) e outras atividades humanas, tais como o desmatamento, o assoreamento dos cursos d'água, os despejos industriais e urbanos, às atividades de mineração e poluição decorrentes de exploração agrícola, representam fatores que contribuem para o agravamento deste quadro, conduzindo para se utilize técnicas de gestão dos recursos hídricos que minimizem estes óbices. Para enfrentar estes desafios os modelos de gestão de recursos hídricos vem consolidando princípios que consideram a visão sistêmica e integrada dos elementos que compõe o meio ambiente; a adoção da bacia hidrográfica como unidade de planejamento e o processo participativo e descentralizado, como a forma mais adequada de tomada de decisão na administração da água.

A água é um recurso natural renovável, de origem mineral, importante para a vida no Planeta, por ser o principal constituinte dos organismos vivos e ambiente natural para várias espécies, além de compor a cadeia de valor de todas atividades desenvolvidas pelo homem. Dos 1.400 milhões de km somente 0,01% estão nos rios e 22.4% são águas subterrâneas. Todavia somente 7% do total de água doce existente no planeta constitui-se de reserva de água doce potencialmente explotável.

A limitação e distribuição não uniforme dos recursos hídricos, seja espacial ou temporal, levam a ocorrências naturais de eventos extremos, como secas e inundações, bem como déficit hídricos em várias regiões do Planeta, elevando o nível de conflitos internacionais, pela posse da água. A bacia hidrográfica é a região no entorno de um curso d'água que drena em uma direção, onde as águas precipitadas contribuem para o volume e escoado em seu leito¹². Os processos hidrológicos, nas suas fases terrestre e fluvial estão intimamente relacionados com os componentes do meio ambiente, como cobertura vegetal, declividade e características geológicas.

Associa-se ainda, a influência das ações antrópicas sobre o meio físico para afetar o comportamento qualitativo e quantitativo envolvendo o ciclo hidrológico. Uma característica fundamental da água é o seu deslocamento espacial, bem como sua capacidade de transportar as substâncias despejadas nos leitos dos rios. Estas características criam condições de interdependência

¹¹ LEAL, Márcia Souza. Gestão Ambiental dos Recursos Hídricos – Princípios e Aplicações. 1998.

¹² LEAL, Márcia Souza. Gestão Ambiental dos Recursos Hídricos – Princípios e Aplicações. 1998.

entre trechos a montante e a jusante dos cursos d'água. Portanto, vale dizer que os “rios representam a síntese da saúde da bacia hidrográfica”.

Os recursos hídricos têm uma grande interação com os demais componentes do meio ambiente, principalmente, em relação a ocupação do uso do solo: uso urbano, com lançamento de esgoto, deposição do lixo, captação para abastecimento e impermeabilização do solo; o uso industrial, com o lançamentos de poluentes e captações; uso rural, como irrigação, carreamento de sedimentos, erosão de encostas e assoreamento dos cursos d' água; os aproveitamentos minerais, dentre outros¹³.

Portanto os problemas em recursos hídricos não devem ser tratados de forma isolada e dissociada das questões globais do meio ambiente. As políticas de gestão da água devem ser articuladas e integradas com as políticas ambientais que tratam dos demais recursos ambientais.

3 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA GESTÃO DE RECURSOS HÍDRICOS

A evolução histórica da gestão de recursos hídricos, desenvolveu-se *pari passu* à história evolutiva do pensamento jurídico-ambiental. Tem-se consciência de que o planeta vem passando por transformações, e a água, que sempre considerada um recurso inesgotável, passou a receber um tratamento mais atento, devido ao perigo de seu esgotamento em razão do aumento populacional.

Em virtude desta preocupação, crescem entre as Nações e os Organismos dos mais diferentes seguimentos sociais, debates internacionais discutindo a relevância do acesso à água, condição indispensável para alcançar os demais direitos humanos, visto que a inacessibilidade conduziria a prejuízos à vida, saúde, bem-estar. O acesso à água garante ao homem, o mínimo para uma existência digna.

Diante deste cenário, muitos encontros já foram e estão sendo realizados, no sentido de uma organização internacional para conscientização global acerca da importância dos recursos hídricos.

Em 1972, realizou-se, na Suíça, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, com o escopo de conscientizar acerca da ideia de preservação do meio ambiente, destacando-se a preocupação mundial com a preservação dos recursos naturais. Esta relevante temática, a partir desta Conferência, passou a constar, obrigatoriamente, da pauta dos Organismos Internacionais.

Em 1977, na Conferência Internacional das Nações Unidas sobre a Água, realizada na Argentina, houve debates acerca do uso consciente dos recursos hídricos no mundo e o seu aproveitamento em vários setores, a partir de constatações de sua escassez e, conseqüentemente, de seu valor para o desenvolvimento econômico dos Países.

Em 1992, a ONU organizou a Conferência Internacional sobre a Água e Meio Ambiente na Irlanda, na cidade de Dublin. Nesta Conferência, foram apresentados estudos avançados sobre a água

¹³ LEAL, Márcia Souza. Gestão Ambiental dos Recursos Hídricos – Princípios e Aplicações. 1998.

e a conclusão da deterioração da água doce ao longo dos anos. A sugestão para este problema seria a implementação de pactos que garantam adoções de gestão dos recursos hídricos, inscrevendo um princípio que contribuiu com a mudança de paradigma sobre as questões hídricas, qual seja: a água doce como um recurso finito e acima de tudo, vulnerável, eis que essencial para garantir a vida, o desenvolvimento e o meio ambiente.

No mesmo ano de 1992, realizou-se no Rio de Janeiro, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992, denominada de ECO-92. Consolidavam-se, então, por meio da produção da Agenda 21, propostas de âmbito internacional com implementação de políticas de desenvolvimento sustentável, integrando e interrelacionando a espécie humana e a natureza, conciliando crescimento econômico com a preservação do meio ambiente.

A Agenda 21 foi adotada por 178 países. Impende destacar que o Capítulo 18 versa sobre a proteção da qualidade e do abastecimento dos recursos hídricos: Aplicação de Critérios Integrados no Desenvolvimento, Manejo e Uso dos Recursos Hídricos, *in verbis*:

“A água é necessária em todos os aspectos da vida. O objetivo geral é assegurar que se mantenha um oferta adequada de água de boa qualidade para toda a população do planeta, ao mesmo tempo em que se preserve as funções hidrológicas, biológicas e químicas dos ecossistemas, adaptando as atividades humanas aos limites da capacidade da natureza e combatendo vetores de moléstias relacionadas com a água. Tecnologias inovadoras, inclusive o aperfeiçoamento de tecnologias nativas, são necessárias para aproveitar plenamente os recursos hídricos limitados e protegê-los da poluição”.¹⁴ (AGENDA 21, 1992).

No Art. 3º da Declaração dos Direitos do Homem (ONU-Declaração dos Direitos Humanos), resta claro que a água é a seiva do nosso planeta. Ela é a condição essencial de vida de todo ser vegetal, animal ou humano. Imprescindível, pois sem ela, não poderíamos conceber como são, a atmosfera, o clima, a vegetação, a cultura ou a agricultura. O direito a água é um dos direitos fundamentais do ser humano, para a garantia de existência digna.

Posteriormente, o Fórum Mundial da Água foi promovido pelo Conselho Mundial da Água, em vários países, com o fito de conscientizar acerca dos problemas diretamente relacionados com a água. Buscou-se um consenso entre os diversos organismos envolvidos, para a elaboração de políticas públicas mundiais e regionais¹⁵ garantidoras dessa condição digna essencial.

Já em 2002 na Declaração de Johannesburgo, foram propostas para os Países, as “Metas do Milênio”, com o objetivo de reduzir pela metade a população sem acesso à água potável e sem sistema básico de saneamento (aproximadamente 1,4 e 2,3 bilhões de pessoas, respectivamente). E em seu artigo 26, ratifica todo o exposto acerca da participação pública na gestão ambiental e hídrica.

¹⁴ Agenda 21, 1992.

¹⁵ Barbosa, Erivaldo Moreira, Mota, Tercio de Sousa, Mota, Gabriela Brasileiro Campos Mota. Recursos hídricos: Direito Internacional e legislação pátria. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=9044&n_link=revista_artigos_leitura. Acesso em 10 setembro 2016.

4 GESTÃO DOS RECURSOS HÍDRICOS

Conforme já referimos, a crise hídrica não é consequência apenas de fatores climáticos e geográficos, mas principalmente do uso irracional dos recursos hídricos. Entre as causas do problema figuram: o fato de a água não ser tratada como um bem estratégico no País, a falta de integração entre a Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH) e as demais políticas públicas, os graves problemas na área de saneamento básico e a forma como a água doce é compreendida, visto que muitos a consideram um recurso infinito.

Para preservar os corpos hídricos e garantir o acesso a eles, o Brasil terá de promover uma gestão eficiente, que busque a equalização interregional e intertemporal da água. Definir marcos regulatórios principais e capacidade de suporte de cada bacia, é tarefa na qual imprescindível conhecer as necessidades dos diversos usuários e a capacidade de oferta e de renovação das fontes naturais¹⁶.

O comprometimento da qualidade da água pela contaminação por esgotos domésticos, muitas vezes lançados no ambiente sem tratamento prévio, implica, entre outras consequências, o aumento da incidência de doenças de veiculação hídrica.

Nos países em desenvolvimento, 90% das doenças infecciosas são transmitidas pela água¹⁷. A solução para esses problemas certamente perpassa pela adoção de políticas públicas eficazes e investimento no tratamento de água e de esgotos, o que é, por vezes, relegado a segundo plano. A racionalização do uso dos recursos hídricos passa pela redução do consumo, pela reutilização e a reciclagem. A redução do consumo será realizada pela simples economia de água, por meio da eliminação de vazamentos e da diminuição do gasto em atividades domiciliares, industriais e agrícolas, dentre outras. A reutilização ou reaproveitamento, pode ser definida como o uso de água já utilizada para determinada função, mesmo que sua qualidade tenha sido reduzida durante esse uso inicial. A reciclagem consiste no reaproveitamento da água que já passou pela rede de esgoto e por uma estação de tratamento.

4.1 LEGISLAÇÃO E POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE RECURSOS HÍDRICOS NO BRASIL

A Constituição¹⁸, ao definir que todas as águas pertencem à União ou aos Estados – incluído o Distrito Federal –, conforme sua localização, caracterizou a água como um bem público.

Toda água é insuscetível de apropriação privada e livre para o consumo humano, animal e para fins agrícola e industrial, segundo José Afonso da Silva¹⁹, tanto é que as águas situadas em terras particulares devem seguir seu leito, não podendo ser retidas pelo particular como coisa de sua

¹⁶ FREITAS, Marco Aurélio Vasconcelos de & SANTOS, Afonso Henriques Moreira. Importância da Água e da Informação Hidrológica. In: O Estado das Águas no Brasil. Brasília: ANEEL e ANA, 1999.

¹⁷ FREITAS, Marco Aurélio Vasconcelos de & SANTOS, Afonso Henriques Moreira. Importância da Água e da Informação Hidrológica. In: O Estado das Águas no Brasil. Brasília: ANEEL e ANA, 1999.

¹⁸ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado 1988.

¹⁹ SILVA, José Afonso da. Direito ambiental constitucional. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997. p. 13 e s.

propriedade.

Discorre Machado²⁰ que a característica relevante do conceito de “bem de domínio público” não é o fato de este pertencer à União ou aos Estados. Segundo ele, “a dimensão jurídica do domínio público hídrico não deve levar o Poder Público a conduzir-se como mero proprietário do bem, mas como gestor que presta contas, de forma contínua, transparente e motivada”.

Inspirada no modelo francês, a Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997, que instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH), dirimiu qualquer dúvida sobre a extinção dos conceitos de águas comuns, municipais e particulares, anteriormente previstos no Código de Águas (Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934). Entre os fundamentos da PNRH figura a disposição de que a água é um bem de domínio público.

Outros fundamentos da PNRH são: a) a água é um recurso natural limitado, dotado de valor econômico, Granziera²¹ enfatiza que a constatação de que os recursos hídricos são esgotáveis e vulneráveis, já é entendimento universalmente aceito, inclusive explicitado na Declaração de Dublin, Irlanda, de janeiro de 1992. O reconhecimento da água como bem de valor econômico e passível de cobrança pelo seu uso é também recomendação pela Agenda 21; b) em situações de escassez, o uso prioritário dos recursos hídricos é o consumo humano e a dessedentação de animais; c) a gestão dos recursos hídricos deve sempre proporcionar o uso múltiplo das águas; d) a bacia hidrográfica é a unidade territorial para implementação da PNRH e atuação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (SINGREH); e e) a gestão dos recursos hídricos deve ser descentralizada e contar com a participação do poder público, dos usuários e das comunidades. Os objetivos da PNRH são: (i) assegurar à atual e às futuras gerações a necessária disponibilidade de água, em padrões de qualidade adequados aos respectivos usos; (ii) a utilização racional e integrada dos recursos hídricos, incluindo o transporte aquaviário, com vistas ao desenvolvimento sustentável; e (iii) a prevenção e a defesa contra eventos hidrológicos críticos de origem natural ou decorrentes do uso inadequado dos recursos naturais. Entre as diretrizes gerais de ação para implementação da PNRH figuram: (i) a gestão sistemática dos recursos hídricos, sem dissociação dos aspectos de quantidade e qualidade; (ii) a adequação da gestão de recursos hídricos às diversidades físicas, bióticas, demográficas, econômicas, sociais e culturais das diversas regiões do País; (iii) a integração da gestão de recursos hídricos com a gestão ambiental; (iv) a articulação do planejamento de recursos hídricos com o dos setores usuários e com os planejamentos regional, estadual e nacional; (v) a articulação da gestão de recursos hídricos com a do uso do solo; e (vi) a integração da gestão das bacias hidrográficas com a dos sistemas estuarinos e zonas costeiras.

Nas palavras de Freitas²²: “a Lei 9.433, configura um marco que reflete uma profunda mudança valorativa no que se refere aos usos múltiplos da água, às prioridades desses usos, ao seu valor

²⁰ MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p. 329.

²¹ GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Direito de águas e meio ambiente. São Paulo: Editora Ícone, 1993. p. 16 e ss.

²² FREITAS, Vladimir de Passos (org). Água: Aspectos Jurídicos e Ambientais. Curitiba: Juruá, 2000. p. 66.

econômico, à sua finitude e à participação popular na sua gestão".

Da leitura dos tópicos acima, depreende-se a preocupação do legislador com o desenvolvimento sustentável e a gestão integrada e sistemática dos recursos hídricos, assegurada a participação dos usuários e da sociedade civil, a fim de garantir a oferta de água em quantidade suficiente e com qualidade satisfatória para as atuais e futuras gerações, além de resguardar o uso múltiplo das águas. A Lei nº 9.433, de 1997, mostra-se, antes de tudo, um importante mecanismo de planejamento da exploração das águas. Para serem colocadas em prática e não serem excluídas do cotidiano do gerenciamento hídrico, as diretrizes precisam estar inseridas nas várias etapas dos procedimentos de outorga do direito de uso das águas, na elaboração dos Planos de Recursos Hídricos e na efetivação do sistema de cobrança pelo uso das águas²³.

Para atingir esses objetivos e implementar essas diretrizes de ação, a Lei nº 9.433, de 1997, criou uma série de instrumentos, dentre os quais merecem destaque os Planos de Recursos Hídricos, a outorga dos direitos de uso e a cobrança por esse uso. O Singreh, criado pela Lei nº 9.433, de 1997, tem organização distinta da estrutura administrativa existente (União, estados, Distrito Federal e municípios). A lei cria organismos necessários à execução das novas atividades, as quais, por terem base territorial diversa da divisão político-administrativa do País, não poderiam ser exercidas pelos órgãos existentes, que têm base municipal, estadual ou federal. As Agências de Água têm como área de atuação uma ou mais bacias hidrográficas e suas competências primordiais são o planejamento dos recursos hídricos da bacia e a cobrança pelo uso da água²⁴. A lei promove a descentralização da gestão: da sede do poder público para a esfera local da bacia hidrográfica, buscando parceria entre o poder público e a sociedade civil organizada. O Estado cede parcela dos seus poderes que, por sua natureza, podem ser compartilhados ou delegados. O poder decisório passa a ser compartilhado nos Comitês de Bacia Hidrográfica e nos Conselhos Nacional ou Estaduais de Recursos Hídricos. A lei autoriza a delegação, às Agências de Água, da cobrança pelo uso desse recurso natural, mas mantém como atribuição do poder público conceder outorgas de direito de uso. A lei busca assegurar ao sistema viabilidade financeira (ao destinar parte dos recursos arrecadados com a cobrança pelo uso da água ao custeio dos organismos que integram o sistema e ao financiamento das intervenções identificadas pelo processo de planejamento) e administrativa (ao criar organismos de apoio técnico, financeiro e administrativo aos colegiados do sistema).

De acordo com a Lei nº 9.433, de 1997, modificada pela Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, que criou a Agência Nacional de Águas (ANA), o Singreh é integrado por: Conselho Nacional de Recursos Hídricos (CNRH); Secretaria de Recursos Hídricos e Ambiente Urbano (SRHAU) do Ministério do Meio Ambiente (MMA) – Secretaria-Executiva do CNRH; ANA; Comitês de Bacia Hidrográfica; órgãos do poder público federal, estadual e municipal, cujas competências se

²³ MACHADO, Paulo Affonso Leme. Recursos Hídricos – Direito Brasileiro e Internacional. Malheiros Editores: São Paulo, 2002.

²⁴ KETTELHUT, Júlio Thadeu Silva et. al. Aspectos Legais, Institucionais e Gerenciais. In: O Estado das Águas no Brasil. Brasília: ANEEL e ANA, 1999.

relacionam com a gestão de recursos hídricos; Agências de Água²⁵.

4.2 POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE RECURSOS HÍDRICOS

No Brasil, a implementação de políticas públicas referentes aos recursos hídricos de domínio da União está concentrada na ANA-Agência Nacional de Águas. Dentre os vários programas conduzidos pela entidade, destacamos:

PRODES – Programa Despoluição de Bacias Hidrográficas: foi criado em março de 2001, conhecido como “programa de compra de esgoto tratado”. Trata-se de uma iniciativa inovadora que não financia obras ou equipamentos, mas paga pelos resultados alcançados, ou seja, pelo esgoto efetivamente tratado. O Prodes consiste na concessão de estímulo financeiro pela União, na forma de pagamento pelo esgoto tratado, a Prestadores de Serviço de Saneamento que investirem na implantação e operação de estações de tratamento de esgotos, desde que cumpridas as condições previstas em contrato²⁶.

Produtor de Água: tem como objetivo a redução da erosão e do assoreamento dos mananciais nas áreas rurais. O programa, de adesão voluntária, prevê o apoio técnico e financeiro à execução de ações de conservação da água e do solo, como, por exemplo, a construção de terraços e bacias de infiltração, a readequação de estradas vicinais, a recuperação e proteção de nascentes, o reflorestamento de áreas de proteção permanente e reserva legal, o saneamento ambiental, entre outros. Prevê também o pagamento de incentivos (ou uma espécie de compensação financeira) aos produtores rurais que, comprovadamente, contribuem para a proteção e recuperação de mananciais, gerando benefícios para a bacia e a população. A concessão dos incentivos ocorre somente após a implantação, parcial ou total, das ações e práticas conservacionistas previamente contratadas. Os valores a serem pagos são calculados de acordo com os resultados: abatimento da erosão e da sedimentação, redução da poluição difusa e aumento da infiltração de água no solo²⁷.

Programa Nacional de Avaliação da Qualidade das Águas (PNQA): tem por meta geral oferecer à sociedade conhecimento adequado da qualidade das águas superficiais brasileiras, para subsidiar a tomada de decisão na definição de políticas públicas para a recuperação da qualidade das águas. O Programa surgiu da constatação de uma série de questões, como a existência de lacunas geográficas e temporais no monitoramento de qualidade da água no Brasil, a falta de padronização e de informações sobre a realização das coletas e análises laboratoriais e a divulgação insuficiente de informações para a população e os tomadores de decisão, o que gera dificuldades para a análise efetiva da evolução da qualidade das águas e elaboração de um diagnóstico nacional²⁸.

²⁵ SANTOS, Thereza Christina Carvalho e CÂMARA, João Batista Drummond (Orgs.). GEO Brasil 2002 – Perspectivas do Meio Ambiente no Brasil. Brasília: Edições Ibama, 2002.

²⁶ Fonte: www.ana.gov.br (Acesso em 16 de outubro de 2016)

²⁷ Fonte: www.ana.gov.br (Acesso em 16 de outubro de 2016).

²⁸ Fonte: www.ana.gov.br (Acesso em 16 de outubro de 2016).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Notadamente o crescimento populacional, a industrialização, a expansão da agricultura e as mudanças climáticas, fenômenos inerentes ao desenvolvimento do país, vem constante e inevitavelmente contribuindo para o processo de degradação e escassez dos recursos hídricos. A intensa urbanização também favorecerá o aumento da demanda da água - seja para seu consumo, seja com relação à descarrega de recursos hídricos contaminados, sendo fundamental que a infraestrutura de abastecimento acompanhe este fenômeno. Desta forma, a atual crise hídrica brasileira decorre, fundamentalmente de duas questões: a escassez e a qualidade do recurso hídrico. A escassez das águas relaciona-se às políticas públicas, e aos instrumentos de gestão desses recursos, enquanto que a qualidade dos corpos hídricos relaciona-se às questões de saneamento e gestão de resíduos sólidos e líquidos, conforme mencionamos anteriormente. Estas políticas inicialmente, precisam por fim a paradigmas que não vislumbram esta questão de forma holística, para assim, pensarmos em uma gestão mais participativa da sociedade e dos Governos. Em outras palavras, as Políticas de Recursos Hídricos, de Saneamento Básico e de Resíduos devem ser implementadas de maneira integrada. O Estado precisa demonstrar capacidade de atuar de forma planejada e sistêmica em suas esferas de governo, estabelecendo e conhecendo a estrutura gerencial dos recursos hídricos. Até a publicação da Lei 9.433/97, que instituiu a PNRH, a gestão das águas no Brasil se restringia à emissão de outorgas de uso pelos estados sem nenhum planejamento. A partir da Constituição de 1988, que a questão dos recursos hídricos passou a compor a pauta política, graças aos seus mandamentos, como a extinção da propriedade privada sobre a água, entregando-a à União e aos Estados, e a criação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos. Reconheceu-se, afinal a natureza difusa dos recursos hídricos ao estabelecer a sua característica de domínio público e, com a introdução de ferramentas de gerenciamento integrado e descentralizado dos recursos hídricos, a Lei 9.433/97 inaugurou no ordenamento brasileiro um novo paradigma, passando-se a reconhecer a finitude dos recursos e seu enorme valor econômico e social, devendo portanto, serem preservados para utilização e permanência das presentes e futuras gerações.

5 REFERÊNCIAS

Agenda 21, 1992.

BARBOSA, Erivaldo Moreira, Mota, Tercio de Sousa, Mota, Gabriela Brasileiro Campos Mota. **Recursos hídricos: Direito Internacional e legislação pátria**. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=9044&n_link=revista_artigos_leitura. Acesso em 10 setembro 2016.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília,DF:Senado 1988.

CUNHA, LUIZ VEIGA D., **Gestão das Águas: Principais Fundamentos e sua Aplicação em Portugal**, Fundação Calouste Gulbenkian. 1982.

FREITAS, Marco Aurélio Vasconcelos de & SANTOS, Afonso Henriques Moreira. **Importância da Água e da Informação Hidrológica**. In: O Estado das Águas no Brasil. Brasília: ANEEL e ANA, 1999.

FREITAS, Vladimir de Passos (org). **Água: Aspectos Jurídicos e Ambientais**. Curitiba: Juruá, 2000. p. 66.

GLEICK, P. H. **The world's water**. 2000-2001. Report on Freshwater Resources. Island Press, 2000. 315p.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito de águas e meio ambiente**. São Paulo: Editora Ícone, 1993. p. 16 e ss.

KETTELHUT, Júlio Thadeu Silva et. al. **Aspectos Legais, Institucionais e Gerenciais**. In: O Estado das Águas no Brasil. Brasília: ANEEL e ANA, 1999.

LEAL, Márcia Souza. **Gestão Ambiental dos Recursos Hídricos – Princípios e Aplicações**. 1998.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p. 329.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Recursos Hídricos – Direito Brasileiro e Internacional**. Malheiros Editores: São Paulo, 2002.

ROGERS, P. P. et al. (ed.) **Water crisis: myth or reality?** London: Fundación Marcelino Botín, Taylor & Francis, 2006. 31p.

SANTOS, Thereza Christina Carvalho e CÂMARA, João Batista Drummond (Orgs.). **GEO Brasil 2002 – Perspectivas do Meio Ambiente no Brasil**. Brasília: Edições Ibama, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997. p. 13 e s.

SOMLYODY, L; VARIS, O. **Freshwater under pressure**. international Review for Environmental strategies, v.6, n.2, 181-204, 2006.

TUCCI, C. e . M. Águas urbanas. **Estudos avançados** , v.22, n.63, p.1-16, 2008.

TUNDISI, J. G.; MATSUMURA-TUNDISI, T. **Limnologia**. São Paulo: oficina de textos, 2008. 631p.

TUNDISI, J. G.; SCHEUENSTUHL, M. (ed.) **Bridging water research and management: new perspectives for the americas**. II e, IIBRH, Ianas, Brazilian academy of sciences, IAP, 2008.

www.ana.gov.br (Acesso em 16 de outubro de 2016).

SUSTENTABILIDADE AMEAÇADA: A CONSTITUIÇÃO E O DÉFICIT PROCEDIMENTAL DE SUAS NORMAS E PRINCÍPIOS

Dhieimy Quelem Waltrich¹

Recebido em: 02 jun. 2017

Aceito em: 13 jun. 2017

Resumo: O presente artigo busca refletir acerca da Constituição e o déficit procedimental no manejo de suas normas e princípios, tendo como foco a sustentabilidade. Para sua execução, buscou-se compreender a Constituição como provedora de efeitos horizontais de direitos, liberdades e garantias, consoante Canotillho, na teoria-jurídica-constitucional dos Direitos Fundamentais. O presente foi dividido em duas partes: a primeira realiza a apresentação da concepção sistemática e orientada dos direitos fundamentais, nos moldes de Alexy e a necessidade de ponderação entre norma e princípio. Já a segunda parte, trata de apresentar a recorrente desobediência da norma, promovida pelos interesses revestidos de padrões vagos, que realizam a interpretação da norma e da princiologia constitucional de acordo com o interesse utilitarista e destoado de razoabilidade, visto, por Dworkin, como as chamadas “cláusulas de proteção”, para violar uma igualdade. Por fim, como ilustração analisa a decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que anulou sentença de primeira instância que extinguiu sem julgamento ação civil pública do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Processo nº 2003.34.00.034026-7/DF). A ação pedia que a União e o estado impedissem a utilização do glifosato em soja transgênica por causa dos riscos à saúde pública e ao meio ambiente provocados pela substância. Mas a Justiça Federal extinguiu o processo por entender que não há autorização do Ministério da Agricultura para utilização do herbicida. Para sua elaboração foi utilizado o método indutivo, com as técnicas do referente, das categorias, do fichamento e da revisão bibliográfica.

Palavras-chave: Sustentabilidade. Constituição. Norma. Princípios.

THREATENED SUSTAINABILITY: A CONSTITUTION AND THE PROCEDURAL DAMAGE OF ITS RULES AND PRINCIPLES

Abstract: This article seeks to reflect on the Constitution and the procedural deficit without direction of its norms and principles, focusing on sustainability. For an execution, the Constitution was sought as proof of horizontal effects of rights, freedoms and guarantees, according to Canotillho, in the legal-constitutional theory of Fundamental Rights. The present was divided in two parts: a first realization the presentation of the systematic and oriented conception of the fundamental rights, in the mold of Alexy and the need to balance between norm and principle. In the second part, it tries to present an appellant of disobedience of the norm, promoting the copyright, according to the interpretation of the norm and the constitutional legislation according to the utilitarian interest and unfolded of reasonability, seen, by Dworkin, as the Called "protective clauses" to violate an equality. Finally, as an illustration, it analyzes the decision of the Federal Regional Court of the 4th Region, which annulled a lower court decision that extinguished without judgment a public civil action by the Brazilian Institute

¹ Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí- UNIVALI – SC. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Possui graduação em Direito pela Faculdade Meridional- IMED. Docente na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul- UNIJUÍ – RS - Brasil e no Instituto Federal Farroupilha em Santo Augusto- RS - Brasil; Advogada. E-mail: dhieimy@yahoo.com.br.

of Consumer Protection (Process nº 2003.34.00.034026-7 / DF). The suit called on the Union and the state to prevent the use of glyphosate in transgenic soybeans because of the risks to public health and the environment caused by the substance. But the Federal Justice extinguished the process because it understands that it does not exist in the Ministry of Agriculture for the use of the herbicide. For its elaboration it was used the inductive method, with the techniques of the referent, the categories, the file and the bibliographic revision.

Keywords: Sustainability. Constitution. Standard. Principles.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo busca tecer algumas considerações acerca da Constituição e o déficit procedimental no manejo de suas normas e princípios, tendo como foco a sustentabilidade. É sabido que por si só o tema já consegue demonstrar sua importância, traçando-se considerações acerca das transformações da norma e sugerindo novas soluções para problemas antigos.

Para tanto se buscou compreender a Constituição como provedora de efeitos horizontais de direitos, liberdades e garantias, como leciona Canotilho, para que assim se possa dar o tom e o dom na teoria-jurídica-constitucional dos Direitos Fundamentais.

Para o desenvolvimento do presente, o mesmo foi dividido em duas partes: a primeira realiza a apresentação da concepção sistemática e orientada dos direitos fundamentais, juntamente com a definição de norma, proposta por Alexy e a necessidade de ponderação entre norma e princípio.

Já a segunda parte, trata de apresentar a recorrente desobediência da norma, promovida pelos interesses revestidos de padrões vagos, que realizam a interpretação da norma e da principiologia constitucional de acordo com o interesse utilitarista e destoadado de razoabilidade, visto, por Dworkin, como as chamadas “cláusulas de proteção”, para violar uma igualdade.

Para ilustrar a presente situação, o artigo resgata a decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que anulou sentença de primeira instância que extinguiu sem julgamento ação civil pública do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Processo nº 2003.34.00.034026-7/DF). A ação pedia que a União e o estado impedissem a utilização do glifosato em soja transgênica por causa dos riscos à saúde pública e ao meio ambiente provocados pela substância. Mas a Justiça Federal extinguiu o processo por entender que não há autorização do Ministério da Agricultura para utilização do herbicida. Ou seja, segundo o juiz não há como impedir a utilização de um produto não autorizado.

Para sua elaboração foi utilizado método indutivo, com as técnicas do referente, das categorias, do fichamento e da revisão bibliográfica.

2 DEFINIÇÃO DE NORMA E PRINCÍPIO E A NECESSIDADE DE PONDERAÇÃO

ENTRE AMBOS

Toda a narrativa dos direitos fundamentais apresenta a concepção da existência de normas.

Alexy² define que “uma norma é, portanto, o significado de um enunciado normativo”.

Pela teoria dos direitos fundamentais de Alexy³, devemos nos valer de critérios racionais para a aplicação dos direitos fundamentais. Mas e o que seriam normas de direitos fundamentais? “São aquelas normas que são expressas por disposições de direitos fundamentais, e disposições de Direito Fundamental são os direitos previstos nos enunciados”.⁴

Desde o reconhecimento do caráter normativo dos princípios inscritos na Constituição, deixando de serem meras recomendações morais, tal como postulado pelos positivistas, a ponderação se apresenta como a melhor maneira de coalisar princípios, para que haja uma relativa igualdade jurídica.

A regra de ouro proposta por Alexy define que “regra” trata de cuidar de casos concretos, já “princípios” cuidam de uma multiplicidade de situações. Podendo se valer do exemplo do Inquérito Policial no primeiro exemplo e a presunção de inocência, o ônus da prova no segundo.

Em suma, os direitos fundamentais não existem fora das normas constitucionais.

Resumindo, princípios valem como mandamentos que o julgador deverá aplicar da melhor forma, lembrando, da primazia da regra.

Tais observações se fazem necessárias para que haja um procedimento/processo, com uma narratividade emancipatória. Seja como for, a decisão acerca dos direitos fundamentais nos procedimentos de decisão da competência dos poderes públicos afetam ou podem afetar direitos, influenciando, inclusive, no desenvolvimento da personalidade dos indivíduos, consoante doutrinado por Canotilho.⁵

Convém, no entanto, trazer as contribuições de Hesse⁶:

A concretização do conteúdo de uma norma constitucional e sua realização, são, por conseguinte, somente possíveis com o emprego das condições da “realidade” que essa norma está determinada a ordenar”.

A interpretação constitucional quando envolve uma questão jurídico-constitucional deve, sobretudo, pensar no acolhimento do direito ao procedimento no âmbito dos direitos fundamentais, visando a obtenção de um resultado determinado e com razoável probabilidade e em medida suficiente e adequado aos direitos fundamentais.

² ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Vergílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 54.

³ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Vergílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

⁴ Idem, p. 65.

⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estudos sobre Direitos Fundamentais. 1 ed. brasileira, 2 ed. portuguesa. Coimbra/São Paulo: Coimbra/Revista dos Tribunais, 2008, p. 73.

⁶ HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Trad. Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998, p. 50.

2.1 CONCEPÇÃO SISTEMÁTICA E ORIENTADA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O mundo contemporâneo é caracterizado pelo fenômeno da globalização, movimento não apenas econômico, mas e também social e político, que supera fronteiras nacionais e se sobrepõe a discursos ideológicos até aqui tradicionais para alguns e clássicos para outros.⁷

Ademais, entende-se que as ações de Estado e de Governo em favor do meio ambiente integram o conceito de Função Social, elemento essencial do Estado Constitucional Democrático de Direito, constituindo-se em dever de agir do ente público que precisa ser traduzido em agir permanentemente legitimado, eficiente, eficaz e efetivo.⁸

Como se pode observar, é fundamental o trabalho de conscientização e sensibilização no sentido de não serem mais admitidas nem toleradas, como exigência da Sociedade contemporânea e até mesmo da sustentabilidade da economia capitalista globalizada, a formação de novos passivos ambientais.

É importante remarcar que a finalidade precípua da proteção ambiental é a prevenção, principalmente mediante a incorporação das práticas de gestão e planejamento ambientais, atreladas a políticas, planos, programas e projetos de atividades concebidos e implementados sob a perspectiva do tripé da Sustentabilidade (econômica, ecológico-ambiental e social).

No momento atual, a Sociedade Mundial está carente de um “upgrade” civilizatório. As últimas gerações são devedoras de um efetivo avanço do que se poderia chamar de um mundo solidário e humanizado. No que pese a modernidade ter caracterizado um significativo avanço (apesar de baseada no individualismo), o mundo atual é complexo demais para seus obsoletos paradigmas teóricos.⁹

A esta altura, os estudos sobre direitos fundamentais de Canotilho servem como “espelho” ao cidadão

[...] no campo das prestações existenciais mínimas de direito à vida, tem um direito subjectivo (originário e definitivo) a prestações existenciais, ao qual corresponde um dever correlativo por parte deste. Essa ideia de correlatividade (direito-dever) deixa em aberto alguns problemas. Se o cidadão tem direito a prestações existenciais mínimas, entendidas como dimensão indeclinável do direito à vida, não se afirma que ele tenha um direito de *ação* (exigência) perante os poderes públicos. Uma coisa é afirmar a existência de um direito, outra coisa é determinar quais os modos ou formas de proteção desse direito¹⁰.

Quando de seus escritos, Canotilho afirmou que as estruturas constitucionais não correspondem

⁷ PASOLD, Cesar. O discurso nuclear do direito portuário brasileiro e o meio ambiente. IN: CRUZ, Paulo Márcio; SOBRINHO, Liton Lanes Pilau; GARCIA, Marcos Leite. Meio ambiente, transnacionalidade e sustentabilidade. Vol. 2. Dados eletrônicos. Itajaí- SC: UNIVALI, 2014, p. 33.

⁸ Idem, p.50.

⁹ SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de. 20 anos de sustentabilidade: reflexões sobre avanços e desafios. IN: CRUZ, Paulo Márcio; SOBRINHO, Liton Lanes Pilau; GARCIA, Marcos Leite. Meio ambiente, transnacionalidade e sustentabilidade. Vol. 2. Dados eletrônicos. Itajaí- SC: UNIVALI, 2014, p. 80.

¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estudos sobre Direitos Fundamentais. 1 ed. brasileira, 2 ed. portuguesa. Coimbra/São Paulo: Coimbra/Revista dos Tribunais, 2008, p. 57-58.

a uma estrutura procedimental/processual adequada e eficaz para conferir plena realização prática aos direitos fundamentais.¹¹

O presente trabalho ilustra tal situação, quando na análise da apelação julgada pelo TRF-1, que leva o leitor a fazer reflexão acerca da inconstitucionalidade de algumas normas (10.688/03 (oriunda da conversão da Medida Provisória 113/03) e 10.814/03 (oriunda da conversão da Medida Provisória 131/03), frente à Constituição Federal de 1988.

Diga-se de passagem, o dilema a ser enfrentado pela sociedade global é como superar a escassez de recursos naturais diante do consumo exacerbado e coadunar a produção aos estreitos limites do intolerável (uso de herbicidas). Assim, pode-se dizer que o desenvolvimento sustentável não se pode valer da exploração dos recursos naturais, como também o novo modismo de economia verde coaduna com o processo de globalização por uma ecologia do desejo.

O desejo de termos, sim, um planeta que suporte as condições mínimas da subsistência sobre a terra e não a subsistência do mercado voraz pelo lucro. Sem ambiente não somos nada, a vida só se mantém na terra se soubermos utilizar seus recursos com respeito e dignidade.¹²

O ideal é que toda a sociedade respeite as normas, e o poder público fiscalize sua aplicabilidade, conferindo normatividade adequada aos mandamentos constitucionais, evitando-se, assim, a desobediência da norma.

3 A DESOBEDIÊNCIA DA NORMA CONSUBSTANCIADA AOS INTERESSES

UTILITARISTAS

A gênese do presente estudo se consubstancia nos arts. 170 e 225 da Constituição Federal/88, que prevê a necessidade de fiscalização por parte do poder público. No caso em questão, analisar-se-á o uso do glifosato na lavoura de soja transgênica.

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:

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação". (grifou-se).

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;

¹¹ Idem, p. 72.

¹² SOBRINHO, Liton Lanes Pilau. Transformações comunicacionais do meio ambiente. IN: CRUZ, Paulo Márcio; SOBRINHO, Liton Lanes Pilau; GARCIA, Marcos Leite. Meio ambiente, transnacionalidade e sustentabilidade. Vol. 2. Dados eletrônicos. Itajaí- SC: UNIVALI, 2014, p. 183.

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

[...]

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;

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". (grifou-se).¹³

Quando se percebe que o legislador positiva interesses/direitos, e estes, são ignorados, cumpre ao poder público o agir. Nota-se em seguida, que acima de qualquer interesse econômico, mormente quando interessar a poucas pessoas, deve prevalecer a proteção à vida e à integridade física da pessoa humana.

Assim, o emprego indevido e indiscriminado de agrotóxicos compostos do princípio ativo glifosato na agricultura, inclusive no cultivo da soja transgênica resistente a esse princípio ativo, traz e pode continuar trazendo, prejuízos irreparáveis tanto aos consumidores dos produtos submetidos a esses agrotóxicos, quanto ao meio ambiente, na medida em que contaminam não apenas o resultado da produção, como também o solo, a água, o ar, os aquíferos, a fauna e a flora, conduzindo a um cenário de destruição generalizada. Em face da potencial amplitude devastadora, e por conseguinte, da grande importância que merece o tema, o legislador constituinte elevou a nível de princípio constitucional a proteção aos interesses do consumidor e ao meio ambiente. Nesse sentido, além do art. 170, V e VI; e do art. 225, § 1º, I, 11, IV, V e VII da Constituição Federal, transcritos anteriormente, outros preceitos constitucionais merecem destaque:

Art 5º, XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
[...]

VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;

[...]

VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico ".

Logo, Dworkin¹⁴ leciona que o direito não corresponde a um sistema de regras a partir do qual casos isolados poderiam ser avaliados. O direito abarca regras e princípios; e, estes, de justiça, políticos e morais. O direito se constitui, portanto, não através de uma sucessão hierárquica de instâncias superiores, mas, sim, através de princípios que devem ser interpretados.

¹³ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> . Acesso em maio 2016.

¹⁴ DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

O interesse dos povos deverá ser comum e geral, distante, portanto, de padrões vagos, como se fossemos equivaler: interesses e o devido processo legal, perante as leis. É sabido também, que a justiça precisa de um padrão a ser observado, seria uma “exigência” de justiça ou equidade. Verifica-se que a desobediência à norma perpassa por critérios de ingresso, que visa dificultar ou favorecer alguém, já que a igualdade prática não existe. O que temos, são argumentos utilitaristas, que mostram-se arriscados e amplamente complicados.¹⁵

Todo o arcabouço utilizado na argumentação jurídica pelos tribunais se reveste na interpretação de princípios, que lançam em solo fértil, os “precedentes”.

Nestas condições, existem inúmeras dificuldades em se definir o que são direitos e obrigações jurídicas, o que gera perplexidades conceituais. Os juristas denominados nominalistas preferem ignorar esses problemas; segundo o autor, não podemos aceitar o convite prematuro dos nominalistas. Ao perguntarmos o que é o direito e o que são as obrigações jurídicas estamos pedindo uma teoria sobre como utilizar esses conceitos e sobre os compromissos conceituais que o seu uso implica.

Assim, tal tese sustenta o fato de que quando alguém é encarregado de tomar decisões segundo padrões estabelecidos por determinada autoridade, se vale de interpretações, que podem se dar em dois sentidos. Em sentido fraco, significa usar discernimento na aplicação dos padrões que foram estabelecidos por uma autoridade; em sentido forte, não há limitações de padrões da autoridade em questão (mas não significa que se está livre para decidir sem recorrer a padrões de bom senso e equidade, mas apenas que a decisão não é controlada por um padrão formulado por uma autoridade em particular).

Na realidade, toda a interpretação positivista juiz possui poder discricionário quando não há uma regra clara estabelecida disponível; assim, quando esgota as regras à sua disposição, o juiz não está obrigado por quaisquer padrões derivados da autoridade, isto é, os padrões jurídicos que não são regras e são usados pelos juízes não impõem obrigações a estes (são padrões extrajurídicos tipicamente utilizados nos tribunais); consoante será visto, na análise e interpretação do caso submetido ao TRF 1.

3.1 A DECISÃO DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região anulou sentença de primeira instância que extinguiu sem julgamento ação civil pública do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Processo nº 2003.34.00.034026-7/DF).

A ação pedia que a União e o estado impedissem a utilização do glifosato em soja transgênica por causa dos riscos à saúde pública e ao meio ambiente provocados pela substância. Mas a Justiça Federal extinguiu o processo por entender que não há autorização do Ministério da Agricultura para utilização do herbicida. Ou seja, segundo o juiz não há como impedir a utilização de um produto não

¹⁵ Ibidem.

autorizado.

Ocorre que tal parecer é “questionável” em razão das Medidas Provisórias nº 113 e 131, de 2003, convertidas nas Leis nº 10.688 e 10.814, do mesmo ano. As normas legalizam o cultivo de soja transgênica desenvolvida especialmente para resistir ao glifosato, sendo que as leis autorizam “indiretamente” a utilização do herbicida.

A referida anulação se deu com o recurso de apelação apresentado pelo INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - IDEC:

DIREITO CONSTITUCIONAL, AMBIENTAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. UTILIZAÇÃO DE PRODUTO AGROTÓXICO (GLIFOSATO) EM SOJA TRANSGÊNICA. TUTELA CAUTELAR DO MEIO AMBIENTE (CF, ART. 225, CAPUT). DIREITO DIFUSO DOS CONSUMIDORES. CARÊNCIA DE AÇÃO NÃO CARACTERIZADA.

I – Versando a pretensão, como no caso, acerca da inibição do uso de produto agrotóxico (glifosato) em soja geneticamente modificada, a suposta falta de autorização normativa para a sua utilização, não tem o condão, por si só, de caracterizar ausência de interesse de agir do autor, mormente quando a postulação se sustenta no argumento de que o seu uso vem sendo praticado, indiscriminadamente, circunstância essa que reclama a regular instrução processual, para fins de sua eventual constatação.

II – De igual forma, cabendo ao Estado o exercício do poder de polícia, com vistas na inibição de produto nocivo à saúde pública e à preservação do meio ambiente, ecologicamente equilibrado afigura-se manifesto o interesse processual, na espécie, na medida em que se busca, também, a determinação judicial, no sentido de que se proceda à regular fiscalização, nesse sentido.

III – Ademais, a tutela constitucional, que impõe ao Poder Público e a toda coletividade o dever de defender e preservar, para as presentes e futuras gerações, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, como direito difuso e fundamental, feito bem de uso comum do povo (CF, art. 225, **caput**), já instrumentaliza, em seus comandos normativos, o **princípio da precaução** (quando houver dúvida sobre o potencial deletério de uma determinada ação sobre o ambiente, toma-se a decisão mais conservadora, evitando-se a ação) e a conseqüente **prevenção** (pois uma vez que se possa prever que uma certa atividade possa ser danosa, ela deve ser evitada), exigindo-se, assim, 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 (CF, art. 225, § 1º, IV).

V – Apelação provida. Sentença anulada, com a determinação do regular processamento do feito. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 2003.34.00.034026-7/DF, Processo na Origem: 200334000340267, Sexta Turma do Tribunal Regional Federal - 1ª Região – Em 11/04/2008, Relator: Desembargador Federal SOUZA PRUDENTE)¹⁶

Os fundamentos do recurso afirmam estar presente o interesse de agir, na medida em que o produto em referência, não obstante a ausência de regular autorização para o seu uso, vem sendo utilizando, indiscriminadamente, na produção de soja transgênica, em virtude da edição das inconstitucionais Leis nºs 10.814/2003 e 11.092/2005, que disciplinam o plantio e a comercialização de soja transgênica no país, para as safras de 2004 e 2005, respectivamente.

Acrescentou, ainda, que, após o ajuizamento da demanda, a Agência Nacional de Vigilância

¹⁶ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. Apelação n.º: 2003.34.00.034026-7. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?trf1_captcha_id=cdd5346a76de3d58ac2f22c053fc228c&trf1_captcha=42r5&enviar=Pesquisar&proc=200334000340267&secao=TRF1>. Acesso em 30 maio 2016.

Sanitária, de forma açodada, teria alterado a monografia toxicológica do produto glifosato, de forma a permitir a ampliação, em 50 (cinquenta) vezes, do limite da sua utilização, circunstância essa que estaria a permitir o uso desse produto na composição de diversos herbicidas utilizados por inúmeras empresas, a caracterizar o risco a que estão expostos os consumidores, notadamente em virtude do fato de que os resíduos do referido produto poderão ser transferidos para o produto final da referida soja transgênica, que, inclusive, detém capacidade de degradar o agrotóxico glifosato, o qual pode ser aplicado diretamente em seus ramos e folhas sem causar dano à planta, no caso da soja transgênica produzida pela empresa Monsanto.

Sustentou, mais, as graves consequências que a aplicação direta do agrotóxico nas partes aéreas da soja pode acarretar à saúde humana e ao meio ambiente, bem como a omissão do Poder Público no seu dever de fiscalizar a aplicação deste agrotóxico, não coibindo seu uso ilegal.

Por fim, não restam dúvidas de que a interpretação/prestação jurisdicional esbarra muitas vezes no procedimentalismo exacerbado, como foi o caso, em que o judiciário, em primeiro momento, olvidou de dar andamento à causa, por afirmar ser **DESNECESSÁRIO O PROVIMENTO JURISDICIONAL** (grifou-se) para proibir a utilização de um produto que, efetivamente, não pode ser utilizado.

Percebe-se aqui, que o maior déficit procedimental é causado pelo descumprimento das normas, e aquele que é chamado às correções – **JUDICIÁRIO**- venda os olhos ao caos.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como objetivo analisar a existência da norma, em suma, a Constituição, e o déficit procedimental no manejo de suas normas e princípios, tendo como foco a sustentabilidade.

Sobretudo se pensar que existem regras e estas são amplamente descumpridas pela sociedade, no geral, resta ao estudioso da temática tecer considerações acerca da necessidade de evidenciar os critérios que levam a tal dificuldade de procedimentalidade.

No tocante à referida problemática do déficit procedimental, foi proposta uma análise da apelação julgada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, no processo que trata de coibir o uso do herbicida glifosato. Tal ação, em seio originário foi extinta, sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, incisos I e VI, do CPC, sob o fundamento de carência de ação. Entendeu o juízo monocrático, amparando-se nas informações carreadas nos autos, que o produto, cuja utilização se pretende inibir, não detém qualquer autorização dos órgãos competentes, razão por que não poderia mesmo ser utilizado, a caracterizar, na espécie, a desnecessidade de qualquer provimento jurisdicional, nesse sentido.

Por unanimidade, foi dado provimento ao recurso de apelação, para anular a sentença recorrida, determinando-se, por conseguinte, o regular prosseguimento do feito, perante o juízo monocrático, que agora, valer-se-á, mais uma vez, dos critérios de interpretação da norma e de princípios, com o

fim de dar celeuma protetiva aos fundamentos elencados na presente ação, quais sejam: de impedir a utilização do produto denominado glifosato, na soja transgênica, e obrigar as promovidas à fiscalização e responsabilização pelos danos que venham a ser causados pela utilização do referido produto.

5 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Vergílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. 669 p.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> . Acesso em maio 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. 1 ed. brasileira, 2 ed. portuguesa. Coimbra/São Paulo: Coimbra/Revista dos Tribunais, 2008. 273 p.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007, 568 p.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998 (capítulo dos Direitos Fundamentais).

PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA. **Tribunal Regional Federal anulou sentença de primeira instância que extinguiu sem julgamento ação civil pública do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor**. Disponível em: < http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_meio-ambiente-e-patrimonio-cultural/uniao-e-rs-respondem-a-acao-contr-a-uso-de-herbicida-em-soja-transgenica>. Acesso em maio 2016.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. **Apelação n.º: 2003.34.00.034026-7** . Disponível em: < https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?trf1_captcha_id=cdd5346a76de3d58ac2f22c053fc228c&trf1_captcha=42r5&enviar=Pesquisar&proc=200334000340267&secao=TRF1>. Acesso em 30 maio 2016.

AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DA PRIVACIDADE E LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO MARCO CIVIL DA INTERNET

Andrei Pasqualotti¹
Jociane Machiavelli Oufella²

Recebido em: 28 abr. 2017

Aceito em: 30 maio 2017

Resumo: O presente trabalho vem discutir o uso das garantias constitucionais da privacidade e liberdade de expressão em face da vigência da Lei nº 12.965/14, a Lei do Marco Civil da Internet. O objetivo geral da pesquisa é investigar sobre, quais as garantias constitucionais devem prevalecer dentro das relações pessoais praticadas na Internet. São objetivos específicos: definir as garantias constitucionais da liberdade de expressão e da privacidade; discutir a regulamentação e a importância de uma legislação que discorra sobre o uso da internet dentro do território nacional, e avaliar as situações e o uso das garantias constitucionais da liberdade de expressão e da privacidade com o advento da Lei no 12.965/2014. Conclui-se que se faz necessário o julgador aplicar o melhor princípio que atenda os interesses da sociedade sem prejudicar a Estado Democrático de Direito, ou seja, não se pode restringir a liberdade das pessoas.

Palavras-chave: Internet. Marco Civil. Privacidade. Liberdade de Expressão.

THE CONSTITUTIONAL GUARANTEES OF PRIVACY AND FREEDOM OF EXPRESSION IN THE INTERNET CIVIL LANDMARK

Abstract: This work is to discuss the use of constitutional guarantees of privacy and freedom of expression in the face of the enactment of Law No. 12,965 / 14, Law of Civil Marco Internet. The overall objective of the research is to investigate on what constitutional guarantees should prevail within personal relationships practiced on the Internet. Specific objectives: define the constitutional guarantees of freedom of expression and privacy; discuss the regulation and the importance of legislation discourse on the use of internet within the national territory, and assess situations and the use of constitutional guarantees of freedom of expression and privacy with the enactment of Law 12,965 / 2014. It follows that if the judge is necessary to apply the principle that best meets the interests of society without harming the democratic rule of law, that is, it can not restrict the freedom of people.

Keywords: Internet. Civil Marco. Privacy. Freedom of expression.

1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 12.965/2014, representa uma efetiva conquista do Brasil em termos de estabelecer uma norma que regulamenta o uso da internet no seu território, pois foi a primeira lei construída de forma

¹ Acadêmico da 10ª fase do Curso de Direito, da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe – Caçador - SC.

² Doutoranda do Doutorado em Ciências Jurídicas da Pontifícia Universidad Católica da Argetina (Buenos Aires). Possui graduação em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (1999) e mestrado em Direito Economia e Política - Università degli Studi di Padova (2000). Atualmente é Coordenadora do Curso de Direito da UNIARP – Universidade Alto Vale do Rio do Peixe, professor titular da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe- Caçador e professor titular da Universidade do Oeste de Santa Catarina.

colaborativa entre o governo e a sociedade, e o seu texto estabelece princípios, garantias, direitos e deveres dos usuários da internet.

Verifica-se também que a criação de uma legislação que discorra sobre o tema se fez necessária ante a evolução descontrolada das tecnologias bem como do fácil acesso à internet da população nos dias atuais. Por tal motivo, vê-se que a origem do Marco Civil da Internet, interferiu justamente na segurança dos cidadãos quanto ao uso dessa ferramenta.

Pode-se dizer que neste sentido, dois são os pilares que dão conteúdo ao Marco Civil, quais sejam: O reforço da garantia constitucional da liberdade de expressão no ambiente virtual, procurando equilibrá-la com a proteção da intimidade, da honra e da imagem das pessoas, além de tratar como uma regra quanto ao uso da internet; E a introdução do tema da privacidade dos usuários e dos dados pessoais neste sistema como um dos direitos a ser observados.

O desenvolvimento do presente estudo deu-se em três capítulos.

O capítulo inaugural estudará o real significado da Constituição da República Federativa do Brasil promulgada no ano de 1988, conjuntamente com um estudo sobre os direitos da personalidade.

O segundo capítulo analisará a evolução tecnológica. Concomitantemente, será abordada a evolução dos relacionamentos entre os homens, uma vez que com o surgimento de novas ferramentas tecnológicas contribuiu-se para um novo tipo de relacionamento.

É nesta parte que será observado que a história mostra que o Estado sempre foi eficaz em transformar o Direito para aquilo que a sociedade necessita e assim sendo, compreende-se que o Estado tem a obrigação de criar novas leis e diretrizes.

Por fim, serão apresentadas as inovações legislativas no que se refere ao direito digital, conhecendo os dispositivos da Lei do Marco Civil da Internet. Verificar-se-á também onde se encontram as garantias constitucionais da liberdade de expressão e da privacidade no texto da lei nº 12.965/2014.

2 A CONSTITUIÇÃO E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, doravante denominada Constituição Federal configurou uma nova organização fundamental do Estado, após transcorridos mais de 25 anos de governos militares autoritários e representando um marco inicial da restauração do Estado democrático no Brasil. Significou, sobretudo, a reafirmação dos direitos fundamentais, principalmente os de cidadania.³

A Constituição Federal consolidou a redemocratização da vida política nacional, estabelecendo

³ PINHO, Judicial Sudário. Temas de direito constitucional e o supremo tribunal federal. São Paulo: Atlas S.A, 2005, p. 21

um novo pacto social. Segundo José Afonso da Silva.

É um texto moderno, com inovações de relevante importância para o constitucionalismo brasileiro e até mundial. Bem examinada, a Constituição Federal, de 1988, constitui hoje, um documento de grande importância para o constitucionalismo em geral. É a constituição Cidadã, na expressão de Ulysses Guimarães, presidente da Assembleia Constituinte que a produziu, porque teve ampla participação popular na sua elaboração e especialmente porque se volta decididamente para a plena realização da cidadania.⁴

A vigente Constituição definiu princípios fundamentais e fins para o Estado democrático de direito brasileiro. “Já no seu preâmbulo, o constituinte originário deixou clara sua intenção de instituir um”:⁵

Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.⁶

No âmbito das classificações dos direitos fundamentais, é importante destacar os direitos e garantias. “Há, no Estatuto Político, direitos que têm como objeto imediato um bem específico da pessoa (vida, honra, liberdade). Há também outras normas que protegem esses direitos indiretamente que limitam o exercício do poder”.⁷

Cada direito possui a correspondente garantia constitucional. Pode ser que um único dispositivo constitucional traga embutido em sua redação tanto um direito quanto uma garantia. Tal explicação verifica-se na doutrina de André Puccinelli Júnior:

Ocorre no caso do art. 5º, X, da CF/88, que em sua parte inicial estabelece o direito à intimidade, privacidade, honra e imagem das pessoas, assegurando, logo em seguida, na parte final do enunciado, a garantia de indenização em caso de dano material ou moral ocasionado pela violação de quaisquer daqueles direitos.⁸

O art. 1º da CF estabelece os princípios fundamentais:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I – a soberania;
- II – a cidadania;
- III – dignidade da pessoa humana;
- IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

⁴ SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 82

⁵ PINHO, Judicial Sudário. Temas de direito constitucional e o supremo tribunal federal. p. 30

⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. <http://www.planalto.gov.br>

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, Biblioteca Digital da Saraiva, Disponível em: <http://161871.leitor.editorsaraiva.com.br/#reader/161871>. ISBN 978850262276-3, cap. 1

⁸ PUCCINELLI, André Júnior. **Curso de direito constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, Biblioteca Digital da Saraiva, disponível em: <http://165480.leitor.editorasaraiva.com.br/#reader165480>. ISBN 978850262761-1, cap. 2

V – o pluralismo político⁹

A dignidade da pessoa humana, prevista no art. 1º, inciso III da Constituição da República Federativa do Brasil, é um princípio que se desdobra em outros mais específicos. Tal princípio encerra em si uma série de bens jurídicos determináveis. Lendo-se o art. 5º, caput e seus incisos da Constituição Federal, percebe-se claramente esse fenômeno.¹⁰ A inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, assegurada no Constituição (art. 5º, inciso X da CF/88).

“O direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, dentre outros, aparecem como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil”.¹¹

3 O ESTADO E O DIREITO

Diante das grandes mudanças introduzidas pela globalização e pelo nascimento dos novos poderes, que geralmente escapam do tradicional controle político e jurídico, baseando-se na garantia dos direitos do homem em relação ao Estado, “é difícil ter certeza quanto ao futuro da democracia e se a história humana se encaminha para o aumento da desigualdade e marginalização, ou, então, para uma democracia internacional.”¹²

Norberto Bobbio¹³, dizia em seus ensinamentos que a história, principalmente a deste século, ensina que a democracia só se cria com o direito, e o direito só se cria com a razão.

Em decorrência do processo de globalização, o Estado, como institucionalização do poder político, está recebendo novos papéis e redesenhando seu perfil. Partindo da insuficiência do instrumental disponível, deverá adaptar-se à convivência com uma multiplicidade de ordens jurídicas nos mais variados campos de atuação.¹⁴

Eis que neste momento, surge uma questão: O que é internet?

A resposta não é clara nem completa. “Sob o ponto de vista técnico, a Internet é uma imensa rede que liga elevado número de computadores em todo o planeta.”¹⁵

A Internet que conhecemos hoje é “uma grande rede interligada mundialmente que emite e recebe informação de forma rápida e fácil e que para isso utiliza determinada codificação para

⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. <http://www.planalto.gov.br>

¹⁰ FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 2 ed. Porto Alegre: SAFEditor, 2000, p. 128

¹¹ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 4 ed. São Paulo: Jurídico, 2002, p. 60

¹² CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos jurídicos da Internet**. São Paulo: Saraiva, 2000, p.135

¹³ BOBBIO, Norberto. apud PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e internet – liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 14

¹⁴ PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e internet – liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**.

7. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 15

¹⁵ PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e internet – liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. p.

12

transferência de dados.”¹⁶

Segundo Gustavo Testa Corrêa:

A Internet é um sistema global de rede de computadores que possibilita a comunicação e a transferência de arquivos de uma máquina a qualquer outra máquina conectada na rede, possibilitando, assim, um intercâmbio de informações sem precedentes na história, de maneira rápida, eficiente e sem a limitação de fronteiras, culminando na criação de novos mecanismos de relacionamento¹⁷.

Existem aspectos relevantes na Internet: A constatação de que se depara com uma gigantesca fonte de informações destinadas ao navegador da Internet, que é uma pessoa. Portanto, a rede de comunicação é uma oportunidade de encontro, de confronto, de troca de opiniões, do crescimento das relações sociais.¹⁸

4 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO VERSUS PRIVACIDADE NA LEI DO MARCO CIVIL DA INTERNET

Chega-se em um momento onde se questiona a posição do meio ambiente digital na tutela jurídica no século XXI, pois este século ficou conhecido pela evolução das tecnologias das informações, proporcionando mudanças repentinas em nosso processo civilizatório, ou seja, com o advento da internet criou-se um novo espaço de troca de informações e de relações sociais.¹⁹

O fato é que o advento de novas tecnologias, como a internet, provocou uma verdadeira revolução que, conforme ilustra Manuel Castells, caracteriza-se como uma:

[...] aplicação dos conhecimentos e da informação para a geração de conhecimentos e de dispositivos de processamento/comunicação da informação em um ciclo de realimentação cumulativo entre a tecnologia e seu uso.²⁰

Nesse sentido, é importante avaliar a dimensão funcional da comunicação na contemporaneidade, reconhecendo que o uso da internet apresenta um campo de investigação de grande importância para o direito brasileiro na atualidade.²¹

No que tange à privacidade na nova era digital percebe-se que é muito vulnerável frente ao imenso mundo da internet. O resultado para solucionar essa fragilidade foi a lei do Marco Civil, que regulamentou a “utilização da internet e procurou proteger esse valor tão essencial para a intimidade

¹⁶ MORESCHI, Laís. Direito à privacidade e as relações na internet. Jurisway. Disponível em: <<http://www.jurisway.org.br>> Acesso em 29 mai 2016. p.1

¹⁷ CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos jurídicos da Internet**. p.135

¹⁸ CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos jurídicos da Internet**. p. 135

¹⁹ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Princípios constitucionais do direito da sociedade da informação: a tutela jurídica do meio ambiente digital**. São Paulo: Saraiva, 2015, Biblioteca Digital Saraiva, Disponível em: <http://central-usuario.editorasaraiva.com.br/leitor/epub:161694>, ISBN 978850223063-7, cap. 5

²⁰ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 10 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007, p. 50

²¹ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Conte, Cristyai Pegorari. **Crimes no meio ambiente digital**. cap 5

dos usuários de rede móvel de computador, tanto em modo *off-line* quanto em modo *on-line*²²”.

Ao que trata a proteção da privacidade o capitulo II da Lei nº 12.965, discorre sobre os direitos e garantias dos usuários da internet.

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;

III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial;[...]²³

De acordo com Anderson Soares, observa-se que neste ponto, “a Lei nº 12.965 impõe aos provedores de dever de sigilo geral com os acessos de usuários ao mundo da internet, estabelecendo inclusive punições²⁴”.

O Ministro Gilmar Mendes do Supremo Tribunal Federal, em sua obra diz: “O termo vida privada se estende para além do mero direito de viver como se quer, livre de publicidade, para incluir também o direito de estabelecer e desenvolver relações com outros seres humanos.²⁵”

Na seara do direito da privacidade, o artigo 10 da lei é bem enfático sobre o tema, que tratou de guardar todos os registros de conexão, bem como os dados pessoais das comunicações privadas:

Art. 10º A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas²⁶.

Anderson Soares confirma que “o legislador pensando em proteger esse direito impediu que os provedores de internet violassem o direito a intimidade e a vida privada dos seus usuários”.²⁷ O que se sabe, é que, proteger a privacidade das pessoas não é fácil quando se convive em comunidades virtuais, já que o próprio usuário se expõe na rede mundial de computadores.

Por outro lado, ao tratar sobre a liberdade de expressão, sabe-se que “é essencial para que se concretize o princípio da dignidade humana, como forma de proteger a sociedade de opressões”²⁸ por tal motivo, o artigo 2º da Lei nº 12.965 é bastante claro quanto à proteção dos direitos das personalidades aos usuários de internet e aos princípios constitucionais civis:

²² SOARES, Anderson. Marco civil da internet e a garantia constitucional da privacidade e liberdade de expressão. Jusnavegandi. Disponível em: < <http://www.jus.com.br/> >. Acesso em 20 set 2015

²³ BRASIL. Lei 12.965, de 23 de abril de 2014, que institui o marco civil da internet. Disponível em: < www.planalto.gov.br > Acesso em 22 set 2015

²⁴ SOARES, Anderson. Marco civil da internet e a garantia constitucional da privacidade e liberdade de expressão. p. 1

²⁵ FERREIRA, Gilmar Mendes. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 218

²⁶ BRASIL. Lei 12.965, de 23 de abril de 2014, que institui o marco civil da internet. Disponível em: < www.planalto.gov.br > Acesso em 22 set 2015

²⁷ SOARES, Anderson. Marco civil da internet e a garantia constitucional da privacidade e liberdade de expressão. p. 1

²⁸ SOARES, Anderson. Marco civil da internet e a garantia constitucional da privacidade e liberdade de expressão. p. 1

Art. 2º A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como[...]²⁹

Ainda, a lei do Marco Civil da Internet, em seu artigo 3º discorre sobre a garantia desse princípio a luz da Constituição Federal de 1988.

Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:
I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal;[...]³⁰

Assim, de acordo com a nossa Constituição Federal “todo cidadão tem direito de manifestar o seu pensamento, oralmente ou por escrito mediante as condições e sobre tudo dentro dos limites prescritos em lei³¹”.

Ainda sobre o tema, discorre Anderson Soares:

A restrição da liberdade de expressão de um indivíduo, é infração de um amparo constitucional, dado pelo artigo 5º, incisos IV e IX da CF, quando ampara que liberdade de manifestação do pensamento é livre, dando maior amplitude no rol de direitos e garantias individuais³².

A liberdade de expressão por ser entendida como uma das mais importantes garantias para a existência do ser humano deve ser tutelada com respeito, por isso, “é fundamental a importância de assegurar a liberdade de expressão na Lei do Marco Civil da Internet, tendo em vista ser um direito fundamental e intransferível, inerente a todas as pessoas.”³³

Acontece que “os direitos assegurados constitucionalmente podem entrar em rota de conflito, tendo em vista que o exercício de um pode prejudicar a proteção de outro, como acontece com a liberdade de expressão e o direito à privacidade.”³⁴

O avanço da internet não trouxe apenas a facilidade das comunicações, mas também poderá trazer grandes transformações para os valores da sociedade, logo, é necessário fazer uma ponderação sobre como relativizar estes direitos constitucionais. “Tais direitos, se mantidos de forma rígida, correm o risco de ser obstáculo não só para o bom funcionamento da rede mundial de computadores, como também para a sociedade atual”.³⁵

²⁹ BRASIL. **Lei 12.965**, de 23 de abril de 2014, que institui o marco civil da internet. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em 22 set 2015

³⁰ SOARES, Anderson. Marco civil da internet e a garantia constitucional da privacidade e liberdade de expressão. p. 1

³¹ SOARES, Anderson. Marco civil da internet e a garantia constitucional da privacidade e liberdade de expressão. p. 1

³² SOARES, Anderson. Marco civil da internet e a garantia constitucional da privacidade e liberdade de expressão. p. 1

³³ SOARES, Anderson. Marco civil da internet e a garantia constitucional da privacidade e liberdade de expressão. p. 1

³⁴ TEIXEIRA, Tarcísio. **Curso de direito e processo eletrônico**: doutrina, jurisprudência e prática. 3 ed. São Paulo:

Saraiva, 2015, Biblioteca Digital Saraiva. Disponível em: <<http://165587.leitor.editorasaraiva.com.br/#reader/165587>>

Livro digital. ISBN 9788502-62805-2, cap. 2

³⁵ FARIAS, Talden. Internet, direito e liberdade de expressão. Disponível em:

<<http://www.cbeji.com.br/novidades/artigos/index.asp?id=1056>>. Acesso em: 12 de out. 2016, p. 1

Demócrito Reinaldo Filho³⁶ pondera que a liberdade de expressão pode ser vista como resultado da garantia da privacidade do homem, pois, se a este for sonogada a liberdade de pensar, de crença, religiosa ou de qualquer forma de expressão, estar-se-á afrontando a sua dignidade, sua intimidade, o que nega a própria natureza humana. No entanto, o autor concorda que, em outras ocasiões, a liberdade de expressão funciona limitando a privacidade individual.

Haveria a possibilidade de os provedores impedirem a entrada de mensagens oriundas de determinados servidores coniventes com o spam. Entretanto, se isso acontecer, esses provedores estariam exercendo o papel de um órgão de censura, infringindo o disposto no inc. IX do art. 5º quanto à liberdade de expressão.³⁷

Desse modo, o jurista deverá harmonizar as disposições constitucionais com vistas a satisfazer as exigências da ordem pública e do bem estar da sociedade³⁸. É necessário ainda harmonizar, coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, “evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realização uma redução proporcional do alcance de cada um dos direitos”.³⁹

5 CONCLUSÃO

O presente estudo analisou a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, onde percebeu-se que ante a origem pós ditadura militar os direitos da personalidade são princípios fundamentais da pessoa humana.

Trata-se que a Dignidade da Pessoa Humana é o direito que deve prevalecer nas relações pessoais, logo, não pode, em nenhum momento o legislador ao criar um novo ordenamento jurídico, esconder esses direitos.

Verificou-se ainda no presente trabalho, as constantes evoluções do direito em nosso Estado brasileiro.

Tais mudanças são decorrentes das relações entre as pessoas.

Destaca-se que nos últimos anos, a mudança nas relações interpessoais sofreu uma enorme mudanças haja vista a evolução tecnológica.

A internet evoluiu de forma tão rápida, que o direito não conseguiu acompanhar a evolução, causando assim uma consequência jurídica, ou seja, não existia em nosso país um ordenamento jurídico que estabelecesse regras, princípios, direitos e deveres no uso da internet em nosso território nacional.

Foi então, que diante da evolução tecnológica e do alto uso dessas tecnologias, que o legislador

³⁶ FILHO, Demócrito Reinaldo. **Responsabilidade por publicações na internet**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 137-139

³⁷ TEIXEIRA, Tarcísio. **Curso de direito e processo eletrônico**: doutrina, jurisprudência e prática. cap. 4

³⁸ FILHO, Demócrito Reinaldo. **Responsabilidade por publicações na internet**. p. 37

³⁹ MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 1999, 6 ed., p. 59

se viu obrigado a criar uma lei que atendesse a essa nova demanda.

Eis que, surge a Lei nº 12.965/14 - a Lei do Marco Civil da Internet.

O Marco Civil da Internet é oriundo de um longo debate aberto e coletivo, onde passou a estabelecer os princípios e diretrizes inerentes à rede de computadores.

O fato é que também com o advento de novas tecnologias, como a internet, provocou uma revolução nos direitos da personalidade humana.

Com a origem do Marco Civil da Internet é importante avaliar a dimensão funcional da comunicação da internet no nosso território, havendo a necessidade de uma nova discussão.

Ao analisar a Lei nº 12.964/14, indaga-se, que tanto a liberdade de expressão como a privacidade, são direitos garantidos previstos nesta lei, contudo, uma dessas garantias parece ser mais importante do que a outra.

Esta foi o objetivo principal deste trabalho, ou seja, qual garantia constitucional - liberdade de expressão ou privacidade - deve prevalecer no ambiente digital.

O trabalho se pautou em estudar essas duas garantias.

Estudou-se sobre a privacidade e percebeu-se que trata-se de um direito expressamente previsto na Constituição Federal, e se reflete na inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas.

O direito à privacidade é subjetivo, pois é inerente a cada indivíduo delimitar os fatos e informações que deseja manter sob sigilo.

É possível ainda perceber que a violação da privacidade, dá à vítima o direito de buscar a reparação do dano junto ao agente causador no Poder Judiciário, devendo comprovar o dano e nexo causal.

No que tange à liberdade de expressão, analisa-se que é outro direito com previsão constitucional, porém, há uma maior preferência, tudo porque a Constituição Federal é pós época ditadura militar, logo, concluiu-se que impedir as pessoas em exercer sua liberdade em se expressar é um retrocesso em nosso Estado Democrático de Direito.

6 REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. apud PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e internet – liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2014;

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.
<http://www.planalto.gov.br>

_____. Lei 12.965, de 23 de abril de 2014, que institui o marco civil da internet. Disponível em: <
www.planalto.gov.br>

- CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 10 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007;
- CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos jurídicos da Internet**. São Paulo: Saraiva, 2000;
- FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2 ed., 2000;
- FARIAS, Talden. Internet, direito e liberdade de expressão. Disponível em: <<http://www.cbeji.com.br/novidades/artigos/index.asp?id=1056>>. Acesso em: 12 de out. 2016.
- FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1989;
- FILHO, Demócrito Reinaldo. **Responsabilidade por publicações na internet**. Rio de Janeiro: Forense, 2005;
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Conte, Cristaiy Pegorari. **Crimes no meio ambiente digital**. São Paulo: Saraiva, 2013. Biblioteca Digital da Saraiva, disponível em: <http://3869.leitor.editorasaraiva.com.br/#reader/3869>. ISBN 978-85-02-18733-7;
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, Biblioteca Digital da Saraiva, Disponível em: <http://161871.leitor.edtorsaraiva.com.br/#reader/161871>. ISBN 978850262276-3;
- MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 4 ed. São Paulo: Jurídico, 2002;
- MORESCHI, Laís. Direito à privacidade e as relações na internet. Jurisway. Disponível em: <<http://www.jurisway.org.br>>;
- PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e internet – liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2014;
- PINHO, Judicial Sudário. **Temas de direito constitucional e o supremo tribunal federal**. São Paulo: Atlas S.A, 2005;
- PUCCINELLI, André Júnior. **Curso de direito constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, Biblioteca Digital da Saraiva, disponível em: <http://165480.leitor.editorasaraiva.com.br/#reader165480>. ISBN 978850262761-1;
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997;
- SOARES, Anderson. Marco civil da internet e a garantia constitucional da privacidade e liberdade de expressão. Jusnavegandi. Disponível em: < <http://www.jus.com.br/> >. Acesso em 20 set 2015;
- TEIXEIRA, Tarcísio. **Curso de direito e processo eletrônico: doutrina, jurisprudência e prática**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, Biblioteca Digital Saraiva. Disponível em: <<http://165587.leitor.editorasaraiva.com.br/#reader/165587>> Livro digital. ISBN 9788502-62805-2.

O TEMPO COMO PENA PROCESSUAL E COMO BARREIRA À RESSOCIALIZAÇÃO DO INFRATOR

Lucas Phelipe Rocha Silva¹
Flávio Schlickmann²
Rafaela Borgo Koch Schlickmann³

Recebido em: 21 dez. 2016

Aceito em: 29 mar. 2017

Resumo: O presente trabalho científico tem como tema central o tempo como pena processual relacionado com a ressocialização do infrator. O presente artigo tem como objetivo geral estudar os aspectos relativos à demora no processo penal, sendo tratada a prisão processual como barreira à ressocialização do infrator, em razão do não cumprimento do prazo razoável a resolução dos processos. Neste sentido, estuda-se a finalidade da pena e sua evolução, bem como analisa-se o sistema carcerário brasileiro. Ao final, analisa-se a demora no processo penal como barreira à ressocialização. Com relação à metodologia empregada, adotou-se o método indutivo de pesquisa, o qual parte da análise de casos específicos para se chegar à conclusão do tema.

Palavras-chave: Direito Penal. Sanção Penal. Processo Penal. Duração do Processo. Ressocialização.

TIME AS A PROCESSUAL PENALTY AND AS A BARRIER TO SOCIALIZATION INFRATOR

Abstract: The present research has a central theme the time as procedural penalty related to the resocialization of the offender. The present article has as general goal to study the aspects related to the delay in the Criminal Procedure, being treated the procedural arrest as a barrier to the resocialization of the offender, due to failure to comply with a reasonable time for, the resolution of the proceedings. Therefore, the purpose of the sentence and its evolution is studied, as well as the Brazilian prison system. Then, the delay in Criminal Procedure is analyzed as a barrier to resocialization. For the development of this scientific article, the Methodology employed was the logical inductive basis, which was carried out through bibliographical research, using the referent, category and operational concept techniques.

Keywords: Criminal Law. Penalty Sanction. Criminal Procedure. Process Duration. Resocialization.

¹ Graduando do 6º período do Curso de Bacharelado em Direito pela UNIVALI – Campus Itajaí. Email: lucas.odireito@gmail.com.

² Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Especialista em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera – UNIDERP. Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Professor da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI nas cadeiras de Direito Penal (Parte Geral), Direito Processual Penal, Núcleo de Prática Jurídica (Direito Penal), Estágios Especializantes (Penal). Advogado. Email: schlickmann@univali.br.

³ Doutoranda do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica – PPCJ – UNIVALI. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI e Especialista em Direito Processual Civil pela mesma instituição. Professora da Graduação nos cursos de Direito e de Gastronomia na Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Advogada. E-mail: rafaelabkoch@univali.br.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo central investigar o tempo como pena processual e como barreira à ressocialização do infrator.

Inicialmente, o artigo trata de considerações sobre a finalidade da pena e sua evolução histórica, onde verificar-se-á que a punição sempre acompanha o homem, desde os primórdios da civilização. Faz-se uma análise superficial sobre o sistema carcerário brasileiro.

Estuda-se, ainda, a demora no processo penal como sendo uma barreira à ressocialização do infrator, posto que a demora excessiva descumpra a disposição constitucional quanto a duração razoável do processo.

Assim, o presente estudo tem como problema a possibilidade de se afirmar que a prisão processual e o não respeito a duração razoável do processo podem ser consideradas barreiras à ressocialização do infrator. Nesse sentido, analisa a utilização de métodos que possam contribuir para um melhor andamento do processo, ou seja, diminuindo o tempo do indivíduo na prisão, para o julgamento em um prazo razoável.

Ao final, analisa-se a aplicação correta do princípio da intervenção mínima como alternativa à demora no processo penal. Nas diversas fases deste artigo, empregou-se o método indutivo à pesquisa desenvolvida, sendo operacionalizado através das técnicas do referente, da pesquisa bibliográfica dos conceitos operacionais.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A FINALIDADE DA PENA E SUA EVOLUÇÃO

HISTÓRICA

O direito surge exatamente com a sociedade - *ubi societas ibi jus*, que diante dos inevitáveis conflitos próprios do convívio humano, converge para a necessidade do disciplinamento penal, sem o qual, a harmonização necessária para a perpetuação dos princípios sociais, seria inevitavelmente extinta.⁴

Neste contexto, visualiza-se o vínculo existente entre a sociedade e o direito penal, e como não poderia ser diferente, no decurso da história percebe-se a evolução de ambos, sendo que as normas penais são modificadas, pela força do fato social, que é ponderada de acordo com os valores sociais, que por sua vez são modificados ao longo do tempo, notadamente numa concepção sociológica do direito.⁵ Não por outro motivo, encontra-se na história diferentes finalidades da aplicação da pena.

A história do Direito Penal se encontra dividida em períodos: vingança privada, vingança

⁴ LIMA, Robson Gomes. **A demora no Processo Penal e sua repercussão na ressocialização do infrator**. Disponível em: www.robsongomes.jusbrasil.com.br. Acessado em 26/05/2016.

⁵ LIMA, Robson Gomes. **A demora no Processo Penal e sua repercussão na ressocialização do infrator**. Disponível em: www.robsongomes.jusbrasil.com.br. Acessado em 26/05/2016.

divina, vingança pública, humanitário e científico. Devido a esse fato, o estudo histórico da legislação penal deve ser feito de forma autônoma, separado do estudo das ideias penais de cada época.⁶

A sanção penal brasileira, por preceito constitucional, deve ser individualizada. Dispõe o art.5º, XLVI, da Constituição da República:

A lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.

A individualização já começa na elaboração da lei (individualização legislativa), quando são escolhidos os fatos puníveis, as penas aplicáveis, seus limites e critérios de fixação. A individualização feita na sentença, para o réu no caso concreto, correspondente à segunda fase (individualização judicial), seguida da individualização executória, durante o cumprimento da pena.

Como expressa a CRFB/88 a pena deve ser individualizada, ou seja, trata-se de um princípio que garante que as penas dos infratores não sejam igualadas, mesmo que tenham praticado crimes idênticos. Isto porque, independente da prática de mesma conduta, cada indivíduo possui um histórico pessoal diferente, devendo cada qual receber apenas a punição que lhe é devida. A individualização judicial é uma garantia do réu e deve ser sempre fundamentada, não de forma vazia, com a repetição dos dizeres da lei e termos abstratos, mas com a indicação precisa dos fatos provadas nos autos.⁷

Conforme descreve o artigo 59 do Código Penal, o juiz deve estabelecer as penas aplicáveis, dentre as cominadas; graduar a pena escolhida dentro dos limites legais; e determinar o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade. A cominação constante da norma incriminadora, que prevê o tipo e a pena, pode ser isolada; cumulativa ou alternativa. A escolha de uma ou de outra tem a razão de ser e por isso deve estar fundamentada.⁸

3 CONSIDERAÇÕES SOBRE O SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

A desestruturação do sistema prisional traz à baila o descrédito da prevenção e da reabilitação do condenado. Nesse sentido, a sociedade brasileira encontra-se em momento de extrema perplexidade em face do paradoxo que é o atual sistema carcerário brasileiro, pois se tem de um lado o acentuado avanço da violência, o clamor pelo recrudescimento de pena e, do outro lado, a superpopulação prisional e as nefastas mazelas carcerárias.⁹

São vários os fatores que culminaram para que se chegasse ao atual sistema prisional.

⁶ SCHECARIA; Corrêa Junior, 2002, p.23. Disponível em www.conteudojuridico.com.br. Acessado em 26/05/2016.

⁷ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Aplicação da pena**. 5. ed, atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: AJURIS,2013. p. 12.

⁸ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Aplicação da pena**. 5. ed, atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: AJURIS,2013. p. 12.

⁹ ARRUDA, Sande Nascimento de. **Sistema carcerário brasileiro: A ineficiência, as mazelas e o descaso presentes nos presídios superlotados e esquecidos pelo poder público**. Disponível em: www.revistavisaojuridica.uol.com.br. Acessado em 26/05/2016.

Entretanto, o abandono, a falta de investimento e o descaso do poder público ao longo dos anos vieram por agravar ainda mais o caos chamado sistema prisional brasileiro. Sendo assim, a prisão que outrora surgiu como um instrumento substitutivo da pena de morte, das torturas públicas e cruéis, atualmente não consegue efetivar o fim correccional da pena, passando a ser apenas uma escola de aperfeiçoamento do crime, além de ter como característica um ambiente degradante e pernicioso, acometido dos mais degenerados vícios, sendo impossível a ressocialização de qualquer ser humano.¹⁰

A superpopulação nos presídios representa uma verdadeira afronta aos direitos fundamentais. Nesse aspecto, basta citar o art. 5º, XLIX, da Carta Magna (a qual assegura aos presos o respeito à integridade física e moral), bem como lembrar que a dignidade da pessoa humana é um dos princípios basilares da Constituição.¹¹

Impende salientar que a própria Lei de Execução Penal, no seu art. 88, estabelece que o cumprimento da pena se dê em cela individual, com área mínima de seis metros quadrados. Ademais, o art. 85 da LEP prevê que deve haver compatibilidade entre a estrutura física do presídio e a sua capacidade de lotação.¹²

Nesse contexto, a superlotação tem como efeito imediato a violação a normas e princípios constitucionais, trazendo como consequência para aquele que foi submetido a uma pena privativa de liberdade uma "sobrepêna", uma vez que a convivência no presídio trará uma aflição maior do que a própria sanção imposta. A superlotação no sistema penitenciário impede que possa existir qualquer tipo de ressocialização e atendimento à população carcerária, o que faz surgir forte tensão, violência e constantes rebeliões.¹³

No Brasil, a situação do sistema carcerário é tão precária que no Estado do Espírito Santo chegaram a ser utilizados contêineres como celas, tendo em vista a superpopulação do presídio. Tal fato ocorreu no município de Serra, Região Metropolitana de Vitória. A unidade prisional tinha capacidade para abrigar 144 presos, mas encontrava-se com 306 presos. Sem dúvida, os direitos e garantias individuais que o preso possui não foram respeitados. Dessa forma, os presos são literalmente tratados como objetos imprestáveis que jogamos em depósitos, isto é, em contêineres. Afinal, para parte de uma sociedade alienada, o preso não passa de "lixo humano".¹⁴

Um fenômeno rotineiro nas prisões é a corrupção, em que alguns agentes públicos recebem vantagens indevidas (propinas) oferecidas pelos presos para a obtenção de certos privilégios. Isto

¹⁰ ARRUDA, Sande Nascimento de. **Sistema carcerário brasileiro**: A ineficiência, as mazelas e o descaso presentes nos presídios superlotados e esquecidos pelo poder público. Disponível em: www.revistavisaojuridica.uol.com.br. Acessado em 26/05/2016.

¹¹ Fonte: Revista Visão Jurídica. www.revistavisaojuridica.uol.com.br. Acessado em 26/05/2016.

¹² Fonte: Revista Visão Jurídica. www.revistavisaojuridica.uol.com.br. Acessado em 26/05/2016.

¹³ Fonte: Revista Visão Jurídica. www.revistavisaojuridica.uol.com.br. Acessado em 26/05/2016.

¹⁴ ARRUDA, Sande Nascimento de. **A ineficiência, as mazelas e o descaso presentes nos presídios superlotados e esquecidos pelo poder público**. Disponível em: <http://www.revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/59/artigo213019-5.asp>. Acessado em 26/05/2016.

acontece ora por parte da população carcerária privilegiada com determinadas vantagens pessoais, ora porque as relações existentes na prisão celebram-se com o envolvimento de dinheiro e do tráfico de drogas. A corrupção é verificada pelos órgãos de segurança quando realizam vistorias e operações internas em busca de objetos proibidos.¹⁵

Tal fato comprova o poder de comunicação dos detentos com as pessoas que se encontram fora dos presídios, culminado muitas vezes em sequestro, comando do tráfico de drogas e em extorsões, além da corrupção efetiva dos agentes de segurança prisional no tocante à entrada de entorpecentes e objetos escusos que indubitavelmente adentram aos presídios durante as visitas familiares e íntimas.¹⁶

Insta salientar que nem mesmo as disposições do artigo 319-A¹⁷ do Código Penal é medida de rigor suficiente para impedir o acesso do apenado a instrumentos e comunicação com o mundo exterior. Assim, quanto maior a demora no tempo em que o apenado fica no estabelecimento penal, maior o prejuízo à ressocialização, exatamente contrário ao objetivo da Lei de Execução Penal.

4 A DEMORA DO PROCESSO PENAL COMO BARREIRA À RESSOCIALIZAÇÃO DO INFRATOR

Ao defender que atualmente a ressocialização deixou de ser vista como finalidade da persecução penal, passando a ser tida como característica eminentemente da execução penal, está em outras palavras, afirmando que a ressocialização está condicionada ao cumprimento da pena. Portanto, o processo penal deve ser visto como o meio de levar o delinquente até a execução da pena, para, a partir de então, iniciar as medidas ressocializadoras.¹⁸

Entendendo-se que as medidas ressocializadoras só se iniciam pela efetiva execução penal, o tempo expendido entre o cometimento do delito e a definitiva condenação não terá influência sobre o indivíduo infrator, pelo menos não para ressocializar, e como se passará a discorrer, tem efeito inverso à ressocialização.

Por mais humanitárias e modernas que sejam as leis brasileiras, os estabelecimentos prisionais estão longe de tais adjetivos. Tem-se um sistema carcerário que remonta a época medieval das masmorras, úmidas e propícias ao desenvolvimento de doenças, - o que em si constitui uma das maiores crueldades e contradições da atualidade. Assim, como pregar uma reinserção ao seio social,

¹⁵ ARRUDA, Sande Nascimento de. **A ineficiência, as mazelas e o descaso presentes nos presídios superlotados e esquecidos pelo poder público**. Disponível em: <http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/59/artigo213019-5.asp>. Acessado em 26/05/2016.

¹⁶ ARRUDA, Sande Nascimento de. **A ineficiência, as mazelas e o descaso presentes nos presídios superlotados e esquecidos pelo poder público**. Disponível em: <http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/59/artigo213019-5.asp>. Acessado em 26/05/2016.

¹⁷ Art. 319-A. Deixar o Diretor de Penitenciária e/ou agente público, de cumprir seu dever de vedar ao preso o acesso a aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo. Pena: detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

¹⁸ LIMA, Robson Gomes. **A demora no Processo Penal e sua repercussão na ressocialização do infrator**. Jus Brasil. Disponível em: www.robsongomes.jusbrasil.com.br. Acessado em 26/05/2016.

se a primeira intervenção estatal sobre o delinquente (que na maioria das vezes sempre viveu à margem, longe do alcance do mirrado braço beneficente estatal) é no sentido de submetê-lo a tão desumano tratamento. Essas masmorras se encarregam de imprimir em seus submissos o sentimento de descarte. As prisões não evoluíram com a legislação e só servem para o modelo antigo de segregações do condenado.¹⁹

Hoje a demora do processo penal, além de desacreditar o Estado, que, aos olhos de seus subordinados passa a figurar como incapaz de uma resposta em tempo razoável estimula o infrator a persistir na prática de crimes, passando a especializar-se nisso até o momento da custódia estatal, que por demorar tanto chega num momento de difícil reversão.

Trazendo crédito a tal afirmação, Beccaria²⁰ exprime seus anseios por um processo penal mais célere e prisões mais humanas, afirma que “as prisões não deveriam deixar nenhuma nota de infâmia sobre o acusado cuja inocência foi judicialmente reconhecida”, e acrescenta:

À medida que as penas forem mais brandas, quando as prisões não forem a horrível mansão do desespero e da fome, quando a piedade e a humanidade penetrarem nas masmorras, quando enfim os executores impiedosos dos rigores da justiça abrirem os corações à compaixão, as leis poderão contentar-se com indícios mais fracos para ordenar a prisão.

Com a crueldade exprimida nas prisões brasileiras, jamais se pode dizer que se espera a ressocialização daqueles a quem o Estado submete a tal tratamento. E ainda mais, os que estão na iminência de serem submetidos à pena de reclusão serão pela demora do processo penal, tentados a viver ainda mais intensamente à prática de crimes.²¹

Devido à crise que se encontra o sistema prisional brasileiro, a pena privativa de liberdade tornou-se apenas um meio de retirar da sociedade o indivíduo que praticou algum ato contrário ao ordenamento jurídico. Assim é de suma importância que se busque alternativas para mudar o cenário encontrado hoje no país, afinal o Estado tem o dever de fazer cumprir suas leis e não pode simplesmente ignorá-las.

4.1 O RESPEITO À INTERVENÇÃO MÍNIMA NO DIREITO PENAL COMO ALTERNATIVA

O Direito Penal, para os fins deste artigo, pode ser entendido como o ramo do Direito que cuida da proteção a determinados bens jurídicos, através da aplicação da sanção penal. Nesse sentido, o Estado, detentor do *Jus Puniendi*, exerce seu poder coercitivo através da aplicação da sanção penal para o indivíduo que transgride a norma penal. Este exercício do “poder de punir” do Estado não está desvinculado, muito pelo contrário, pois este encontra diversas limitações, notadamente as limitações

¹⁹ LIMA, Robson Gomes. **A demora no Processo Penal e sua repercussão na ressocialização do infrator.** Disponível em: www.robsongomes.jusbrasil.com.br. Acessado em 26/05/2016

²⁰ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das Penas.** 6ª ed. São Paulo. CL EDIJUR. Editora e Distribuidora Jurídica, 2006. P. 25.

²¹ LIMA, Robson Gomes. **A demora do processo penal e sua repercussão na ressocialização do infrator.** Disponível em AmbitoJuridico.com.br. Acessado em 26/05/2016.

dos princípios informadores do Direito Penal.

A criação de novos tipos penais gera um aumento na legislação denominada inflação legislativa. Com o surgimento de novas normas penais, o Direito Penal deixou de ser considerado a *ultima ratio* e passou a tutelar bens jurídicos pertencentes a outros ramos do direito, tendo o princípio da intervenção mínima perdido totalmente o sentido.²²

Pelo princípio da intervenção mínima cabe ao legislador deixar de incriminar qualquer conduta que não tenha grande importância para o Direito Penal e ao intérprete incumbe a função de analisar se determinada situação pode ser resolvida com a atuação de outros ramos da ciência jurídica.²³

Assim é necessário uma reforma no Direito Penal voltado ao cumprimento do princípio da mínima intervenção, para que a pena privativa de liberdade seja utilizada somente nos casos em que não exista outra solução para a proteção do bem jurídico, evitando assim a prisão desnecessária de muitos indivíduos e conseqüentemente o aumento da população carcerária.²⁴

Assim, a intervenção mínima, inicialmente, tem por objetivo impedir que o Estado interfira desnecessariamente na vida do indivíduo, uma vez que existem outros ramos do Direito com competência para a solução de eventuais conflitos sem a necessidade de aplicação do Direito Penal.

A intervenção mínima estabelece que a lei penal só deverá intervir quando for absolutamente necessário para a sobrevivência em paz da comunidade, aplicada como *ultima ratio*, só devendo aplica-la se existir possibilidade de ter eficácia.²⁵

O princípio da intervenção mínima, que também é conhecido como última razão, orienta e limita o poder incriminador do Estado, estabelecendo que somente se autoriza a criminalização de uma conduta se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Defende Bitencourt²⁶ que:

Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade.

Portanto, o Direito Penal considerado como *ultima ratio* é considerado a última cartada do legislativo, quando percebe que não existe outra solução para por fim a determinado problema que ameaça a paz social, e assim, cria o tipo penal incriminador, fazendo com que a solução seja encontrada para a proteção de determinado bem jurídico seja através da aplicação da sanção penal.

²² ROSSINI, Tayla Roberta Dolci. **O sistema prisional brasileiro e as dificuldades de ressocialização do preso**. Disponível em: www.direitonet.com.br. Acessado em: 26/05/2016.

²³ ROSSINI, Tayla Roberta Dolci. **O sistema prisional brasileiro e as dificuldades de ressocialização do preso**. Disponível em: www.direitonet.com.br. Acessado em: 26/05/2016.

²⁴ ROSSINI, Tayla Roberta Dolci. **O sistema prisional brasileiro e as dificuldades de ressocialização do preso**. Disponível em: www.direitonet.com.br. Acessado em: 26/05/2016.

²⁵ PRADO, Luis Regis. **Curso de direito penal brasileiro**, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120. p. 190.

²⁶ BITENCORT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 159.

Desta feita, pelo princípio da intervenção mínima, o Estado deve intervir através da utilização do Direito Penal apenas em último caso, quando as demais áreas do Direito não obtiverem êxito na resolução dos conflitos; ao Direito Penal, resguarda-se a punição pelos atos mais graves cometidos, por sua característica de fragmentariedade. Por esta razão, com a interferência do Direito Penal sendo realizada da maneira adequada, ou seja, em respeito ao princípio da intervenção mínima, seria uma interessante alternativa à problemática apresentada.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme estudado no presente artigo, o tempo sempre esteve presente em tudo o que o homem faz. Até mesmo no campo do processo ele é cogitado como questão relevante: a duração do processo.

É no campo processual penal, pois, que a duração do processo merece seu destaque, pois é nele que se debate acerca de um bem jurídico precioso: a liberdade física, a liberdade de ir e vir, que se encontra presente na Constituição Federal de 1988.

O tempo processual, no entanto, não pode ser analisado apenas pelo aspecto da sua objetividade, de contagem de dias, meses e anos. Ele deve ser analisado também pela ótica da consciência do acusado, do estado psicológico do mesmo, pela ótica da subjetividade. E nesta análise deve-se ater ainda o mal que a antecipação da sanção penal pela prisão processual pode causar ao acusado e a sociedade, posto que pode impedir a ressocialização do infrator.

No presente trabalho, verificou-se que a crueldade exprimida nas prisões brasileiras, jamais se pode dizer que se espera a ressocialização. Devido à crise que se encontra o sistema prisional brasileiro, a pena privativa de liberdade tornou-se apenas um meio de retirar da sociedade o indivíduo que praticou algum ato contrário ao ordenamento jurídico.

Assim, verificou-se que a duração razoável do processo ainda é uma falácia, sendo que o Estado não está estruturado para cumprir os prazos que ele próprio se determina. Neste sentido, é necessária a busca por alternativas para o sistema carcerário brasileiro, e uma delas seria agilizar o processo penal para que uma pessoa possa ser julgada no tempo certo, evitando assim, a necessidade de prisão processual.

Outra alternativa seria a aplicação correta do princípio da intervenção mínima, já que este determina que o Direito Penal seja considerado como *ultima ratio*, sendo na verdade utilizado quando se percebe que não existe outra solução para por fim a determinado problema que ameaça a paz social, e assim, cria o tipo penal incriminador.

Quanto o problema do presente artigo, verifica-se que a ausência de duração razoável do processo e a prisão processual podem ser consideradas verdadeiras barreiras à ressocialização, posto que a prisão processual submete o acusado desde logo ao sistema carcerário, que encontra-se falido.

6 REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Aplicação da pena**. 5. ed, atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: AJURIS,2013.

ARRUDA, Sande Nascimento de. **A ineficiência, as mazelas e o descaso presentes nos presídios superlotados e esquecidos pelo poder público**. Disponível em: <http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/59/artigo213019-5.asp>. Acessado em 26/05/2016.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das Penas**. 6ª ed. São Paulo. CL EDIJUR. Editora e Distribuidora Jurídica, 2006.

BITENCORT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Revista Visão Jurídica. www.revistavisaojuridica.uol.com.br. Acessado em 26/05/2016.

LIMA, Robson Gomes. **A demora do processo penal e sua repercussão na ressocialização do infrator**. Disponível em [Âmbito juridico.com.br](http://Ambitojuridico.com.br). Acessado em 26/05/2016.

PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica: ideias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito**. 7. ed. rev. atual. amp. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2002.

PRADO, Luis Regis. **Curso de direito penal brasileiro: volume 1: parte geral, arts. 1º a 120**.

ROSSINI, Tayla Roberta Dolci. **O sistema prisional brasileiro e as dificuldades de ressocialização do preso**. Disponível em: www.direitonet.com.br. Acessado em: 26/05/2016.

O DIREITO TRANSNACIONAL AMBIENTAL E SUA APLICAÇÃO PELOS TRIBUNAIS NACIONAIS

Patrícia Pasqualini Philippi¹

Recebido em: 07 abr. 2017

Aceito em: 11 maio 2017

Resumo: O presente artigo tem como objeto de pesquisa a aplicação do Direito Transnacional Ambiental pelos Tribunais Nacionais, de maneira a fomentar a reflexão acerca da necessidade e urgência de se ter uma regra única, seja por lei, ou por meio de um tratado acerca do Direito Ambiental, bem como, do ingresso desta norma e de sua aplicação em cada Estado-Nação que compõe o planeta, sem prejuízo da soberania que cada um dispõe. Parte-se do pressuposto de que o Direito Ambiental, um ramo do direito ainda em construção, trata de questões urgentes e que necessitam de um novo olhar, uma nova cultura e uma nova educação, sob pena de extermínio de toda a espécie. Princípios como solidariedade e fraternidade devem unir os indivíduos e seus Estados-Nações, na esperança de garantir qualidade de vida às presentes e futuras gerações. Neste linear, é preciso pensar num Direito Ambiental planetário, transnacional, aplicável a todos, muito embora cada país tenha sua soberania e suas leis internas. A soberania já ultrapassa o conceito de fronteiras e para o Direito Ambiental já não faz mais sentido. Por certo que existem Tratados que tratam da questão ambiental, e que muitos já estão ultrapassados e para que sejam implementados, necessária à adesão (voluntariedade) de cada país. Deve-se pensar de modo diferente, compreender o Direito Ambiental como um direito difuso, transnacional e transindividual, que necessita de uma norma única (seja por uma lei supranacional – o ideal), seja por Tratados, muito embora necessitem estes evoluir para ter um alcance cogente, ampliando as barreiras para aqueles que não forem aderi-los. Para a composição deste artigo, foi utilizado o Método Indutivo tanto na fase de investigação quanto na apresentação do relato dos seus resultados e, conjuntamente, foram adotadas as Técnicas do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica.

Palavras-chave: Direito ambiental. Transnacional. Soberania. Estados-Nações.

TRANSNATIONAL AMBIENTAL LAW AND ITS APPLICATION BY NATIONAL COURTS

Abstract: This article aims to research the application of Transnational Environmental Law by the National Courts, in order to encourage reflection on the necessity and urgency of having a single rule, either by law, or by means of a treaty on the Environmental Law, as well as the entry of this norm and its application in each nation-state that makes up the planet, without prejudice to the sovereignty that each one has. It is based on the assumption that Environmental Law, a branch of law still under construction, addresses urgent issues that require a new look, a new culture and a new education, under penalty of extermination of all kinds. Principles such as solidarity and fraternity must unite individuals and their nation-states in the hope of guaranteeing quality of life for present and future generations. In this linear, one must think of a planetary, transnational Environmental Law, applicable to all, even though each country has its sovereignty and its internal laws. Sovereignty already surpasses the concept of borders and

¹ Advogada; Professora de Direito Penal, Processual Penal, Prática Jurídica e Introdução ao Direito da UNIDAVI – Centro Universitário para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí; Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI e doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI.

for Environmental Law no longer makes sense. Certainly there are Treaties dealing with the environmental issue, and many of them are already outdated and implemented, which is necessary for the adhesion (voluntary) of each country. One must think differently, to understand Environmental Law as a diffuse, transnational and transindividual right that needs a single norm (either by a supranational law - the ideal) or by Treaties, although they need to evolve to have a Reaching barriers, for those who do not adhere to them. For the composition of this article, the Inductive Method was used both in the research phase and in the presentation of the report of its results and, together, the Techniques of the Referent, the Category, the Operational Concept and the Bibliographic Research were adopted.

Keywords: Environmental law. Transnational. Sovereignty. Nations-Nations.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo a análise do Direito Ambiental, não apenas do modo que ele se apresenta, mas também como uma possibilidade do Direito que deverá ser.

Parte-se do pressuposto de que o Direito Ambiental é um direito em construção e que por excelência tem a característica de ser transnacional, difuso e transindividual, um direito que deverá garantir a sobrevivência do planeta, conseqüentemente, do próprio Direito.

Trata-se no primeiro capítulo de apresentar a questão ambiental como um Direito novo, planetário, e que requer um novo olhar dos indivíduos e dos Estados-Nações, um olhar de princípio solidário e fraterno, para que todos possam desenvolver-se sem abrir mão da própria existência.

O segundo capítulo dedica-se por sua vez a estudar e conceituar a soberania dos Estados-Nações e como esta soberania, também em construção, perdeu sua característica limitada por fronteiras. O Direito Ambiental, quebra o paradigma dos limites territoriais para que todos os Estados-Nações utilizem adotem uma regra única de proteção ambiental.

No terceiro e último capítulo, analisa-se a necessidade de implementação de uma ordem única ambiental, seja por lei, seja por tratado, evidenciando-se que atualmente dispõe-se apenas do último instrumento, que já se mostra defasado e nada cogente, porquanto, é necessária a adesão do Estado-Nação para que integre e seja aplicado pelos Tribunais Nacionais.

Na elaboração do artigo foi utilizado o Método Indutivo, tanto na Fase de Investigação quanto na apresentação do relato dos seus resultados e, conjuntamente, foram adotadas as Técnicas do Referente², da Categoria³, do Conceito Operacional⁴ e da Pesquisa Bibliográfica⁵.

² Conceitua-se Referente como “a explicitação prévia do(s) motivos, do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. p. 54).

³ Denomina-se Categoria “a palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia.” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. p. 25).

⁴ Conceito Operacional é a “definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos”. (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. p. 37).

⁵ Pesquisa Bibliográfica é expressão que indica a “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais.” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. p. 209).

Para este fim, visando estabelecer uma ordem didática que permita uma compreensão adequada dos aspectos envolvidos na pesquisa, optou-se por conceituar as diversas categorias na medida em que forem apresentadas, procurando identificar os seus contornos e variáveis.

Delimitado o conteúdo que se tratará e indicada a metodologia a ser utilizada, inicia-se com uma abordagem do direito ambiental, partindo-se logo em seguida para uma abordagem da soberania híbrida que hoje permeia os Estados-Nações, correlacionando-os, chegando ao final à ideia de implementação do Direito Transnacional Ambiental pelos Tribunais Nacionais, como medida de urgência e sobrevivência.

2 DIREITO AMBIENTAL E SEU ASPECTO TRANSNACIONAL

O direito ambiental é uma questão transnacional por excelência, pois sem o planeta, evidentemente, não poderemos viver. A perpetuação dos recursos do meio ambiente para as presentes e futuras gerações, exige um pensar, solidário, responsável e urgente face à exploração abusiva dos recursos naturais.

Segundo Gabriel Real Ferrer, o Direito Ambiental surgiu pela necessidade de autodefesa da sociedade diante dos males que poderiam afetá-la diretamente e que, até então, não vinham sendo percebidos como próprios e ou comuns e, por esse motivo, não despertavam interesses e muito menos reações de ordem jurídica.⁶

A modernidade vem indicando uma nova forma de olhar a questão ambiental, já que o consumo desenfreado dos recursos do meio ambiente, para uso e deleite da Sociedade⁷ moderna e globalizada põe em risco nossa própria existência.

De certa forma o consumo é algo inato ao ser humano e tem como desdobramentos a utilização de quantidades cada vez maior dos recursos naturais, levando à sua escassez e a poluição do meio ambiente. A assustadora consequência desse impacto ambiental pode ser vista e sentida no meio ambiente natural, artificial, cultural e do trabalho.⁸

Junto com a modernidade e a busca pelo desenvolvimento de alguns países caminha o Direito Ambiental, um direito em construção e que exige novas reflexões. Satisfazer as necessidades do presente, sem comprometer a capacidade para que as futuras gerações possam satisfazer suas próprias necessidades é um desses desafios que este direito transnacional busca equacionar.

⁶ Ferrer, Gabriel Real. La construcción del Derecho Ambiental. In: **Revista Arazandi de Derecho Ambiental**. Pamplona (España), n. 1, v.1, 2002, p. 73-93.

⁷ “[...] se a Categoria **ESTADO** merece ser grafada com a letra E maiúscula, muito mais merece a Categoria **SOCIEDADE** ser grafada com a letra E em maiúscula, porque, afinal, a **SOCIEDADE** é a criadora e mantenedora do Estado! Por coerência, pois, se a criatura/mantida (Estado) vem grafada com E maiúsculo, também e principalmente a criadora/mantenedora (Sociedade) deve ser grafada com o S maiúsculo!”. Conforme PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 169. (negritos e destaques no original)

⁸ SÉGUIN, Élida. **O Direito Ambiental. Nossa Casa Planetária**. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. p. 57.

A sustentabilidade entendida como objetivo da humanidade é a proposta de Gabriel Ferrer para se pensar no Direito Ambiental Transnacional. Contudo, explica o mesmo que tudo o que se fala até então sobre sustentabilidade é o que está inserido nos objetivos do milênio, ou melhor, nas metas (uma das oito) apresentadas pela Organização das Nações Unidas (ONU) na Declaração do Milênio e com pretensão de serem alcançadas até 2015.⁹

Nesta toada, precisa-se compreender que a perspectiva da sustentabilidade há de ser muito mais que uma proposta. Há de ser levada a sério e efetivada, pelo menos nesse momento da história, a qual parece ser a única esperança de se corrigir em tempo o processo de deterioração do planeta.

Daí, a necessidade urgente de se construir um direito de grupo, para todos e para sempre, visando um cenário jurídico transnacional.

A Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, segundo Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva, concluiu que muitas das atuais tendências do desenvolvimento resultam em número cada vez maior de pessoas pobres e vulneráveis, além de causarem dano ao meio ambiente, sendo necessário um novo tipo de desenvolvimento capaz de manter o progresso humano não apenas em alguns lugares por alguns anos, mas em todo planeta em um futuro longínquo. A fórmula para tanto sugerida é a do desenvolvimento sustentável.¹⁰

Para aumentar a emblemática ressalta Guido Fernando Silva Soares, que as contradições entre os direitos humanos, em especial o direito ao desenvolvimento, e as normas internacionais de proteção ambiental são inúmeras. Isto se dá porque há profundas controvérsias entre os Estados industrializados, preocupados com uma “limpeza” do mundo, que eles desde há muito tem “sujado”, e os Estados em desenvolvimento, que pretendem ter seu lugar no restrito mundo dos países desenvolvidos e industrializados.¹¹

O fato é que o Direito Ambiental tem seu espaço num cenário transnacional, logo, deve garantir a equivalência de direitos a toda humanidade. Antes, porém, é necessário que essa humanidade esteja viva e para isso, os recursos naturais não podem se esgotar.

A palavra transnacional – formada pelo prefixo trans, que tem origem latina e significa além de, através, para trás, em troca de ou ao revés – concebe a ideia de espaço que atravessa o nacional, que perpasso o Estado, que está além da concepção soberana do Estado e, por consequência, carrega consigo, também, a ausência da dicotomia pública e privada.¹²

A transnacionalidade emerge assim, evidenciada pela desterritorialização dos relacionamentos político-sociais, fomentado por sistema econômico capitalista ultra valorizado e que articula o

⁹ FERRER, Gabriel Real. Aula ministrada em 25 e 26 de setembro de 2012 no Curso de Mestrado da Univali – Itajaí, SC.

¹⁰ SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento. **Direito Ambiental Internacional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Thex Ed., 2002. p. 47.

¹¹ SOARES, Guido Fernando Silva. **A proteção internacional do meio ambiente**. São Paulo: Manole, 2003. p. 175.

¹² STELZER, Joana. **O Fenômeno da Transnacionalização da Dimensão Jurídica**. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (org.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 24-25.

ordenamento jurídico planetário à margem das soberanias de cada Estado¹³.

Neste contexto, explica Gabriel Ferrer Real, que a questão ambiental e a sustentabilidade (garantia de permanência dos recursos naturais) devem passar primeiramente pela ideia de educação. Tudo se inicia e se passa pelo mote da educação.

Além disso, é preciso que os países assumam a existência de princípios não apenas éticos, mas jurídicos para garantia de sobrevivência do planeta. Somente com a ideia de sustentabilidade e por meio de princípios jurídicos como da solidariedade e da fraternidade, dentre tantos outros existentes e tão importantes quanto, é que os países poderão caminhar lado a lado com as questões humanitárias, o desenvolvimento social e político e econômico, sem afrontar o direito ambiental transnacional e transindividual (de todos).¹⁴

A solidariedade, como explica o autor, converte a ação dispersa em ação coletiva, o privado em público. Em sua faceta ética e moral, o sentimento de solidariedade nos impulsiona a compartilhar aventuras e desventuras um com o outro, a podermos ao lado do desfavorecido, perceber problemas e emoções como se fossem próprios. A sociedade futura deve estar sustentada pela solidariedade e pela empatia.¹⁵

O princípio da solidariedade entre gerações postula o dever de observância dos interesses vindouros, haja vista a escassez de recursos naturais. Para tanto, cabe a promoção de princípios como a prevenção, do desenvolvimento sustentável e do aproveitamento dos recursos naturais. Como afirma Gomes Canotilho, os comportamentos ecológica e ambientalmente relevantes da geração atual condicional e comprometem as condições de vida das gerações futuras.¹⁶

De igual tom, é possível compreender das lições de Gabriel Real Ferrer, que não se pode mais pensar só em grupos organizados politicamente, mas há que se compreender que a humanidade tem uma única casa, que é o mundo que se conhece e se habita.¹⁷

A fraternidade é ainda um conceito aberto, muito embora tenha suas raízes na Revolução Francesa (trilogia: liberdade, igualdade, fraternidade). Por certo que seu desaparecimento logo após a Revolução, não retira sua presença na história política e cultural do mundo ocidental.

Pelo contrário, ela se apresenta como um elemento para fundar um novo paradigma cultural capaz a ajudar a compor e orientar a história de vida do planeta e traz o juízo de reconhecimento do

¹³ STELZER, Joana. **O Fenômeno da Transnacionalização da Dimensão Jurídica**. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (org.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2011, p.16.

¹⁴ FERRER, Gabriel Real. Aula ministrada em 25 e 26 de setembro de 2012 no Curso de Mestrado da Univali – Itajaí, SC.

¹⁵ FERRER, Real Gabriel. Artigo Científico elaborado pelo autor e entregue em aula do Curso de Mestrado da Univali. Sustentabilidade, transnacionalidade e transformações do Direito. Itajaí, 25 de setembro de 2012.

¹⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. **O direito ao ambiente como direito subjetivo**. In: *A tutela jurídica do meio ambiente: presente e futuro*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - *Stvdia Iuridica* 81, *Colloquia* 13. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 47.

¹⁷ FERRER, Real Gabriel. Artigo Científico elaborado pelo autor e entregue em aula do Curso de Mestrado da Univali. Sustentabilidade, transnacionalidade e transformações do Direito. Itajaí, 25 de setembro de 2012.

outro em contraposição à lógica do amigo-inimigo.¹⁸

A questão fundamental é que todos independente de raça, cultura, religião, ou desenvolvimento social necessitamos de um ambiente saudável para sobreviver, pois a casa é o nosso planeta.

3 DO DIREITO AMBIENTAL E DA SOBERANIA HÍBRIDA DOS ESTADOS-NAÇÕES.

Partindo-se da premissa de que o Direito Ambiental é um direito transacional, ou seja, planetário, uma das emblemáticas a se transpassar é a soberania de cada Estado-país em relação ao um ordenamento ambiental mundial.

Como conciliar culturas, interesses políticos, sociais e econômicos distintos (de cada país) com a ideia de urgência, supremacia, transindividualidade e transnacionalidade que envolve o Direito Ambiental.

Ao tratar de atributos inerentes à soberania, Darcy Azambuja esclarece que a soberania do Estado é considerada geralmente sob dois aspectos: o interno e o externo. A soberania interna quer dizer o poder do Estado nas leis e ordens que edita aos seus indivíduos e que predomina, sem contrastes e sem interferência de nenhum outro poder. A soberania externa, por sua vez, significa que, nas relações recíprocas entre os Estados, não há subordinação nem dependência, e sim igualdade.¹⁹

Priorizou-se, assim, o pensamento quase intocável segundo o qual um país não obedeceria às normas internacionais a que não tivesse aderido ou se obrigado por meio de pactos internacionais.

A atual fase mundial, contudo, exige um pensar diferente.

Em seu artigo Sustentabilidade, Transnacionalidade e Transformações do Direito, Gabriel Ferrer Real²⁰ explica que a soberania dos povos e dos estados tem sido um dos princípios inspiradores do mundo moderno, tendo a comunidade internacional se articulado em torno desse paradigma, fazendo com que neste momento (atual) a hibridação da soberania se faça necessária, haja vista o cenário ambiental mundial que se tem pela frente.

Como híbrido entende-se os elementos de distinta natureza. Como explica o citado autor: “a soberania que permanecerá na sociedade global será híbrida, pois será consequência e expressão tanto para clássicas estruturas políticas dos Estados modernos como das complexas relações próprias do espaço transnacional”.²¹

¹⁸ RESTA, Eligio. **Direito Fraterno**. Tradução: Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004, p. 139.

¹⁹ AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 41 ed. São Paulo: Editora Globo, 2001, p. 50.

²⁰ FERRER, Real Gabriel. Artigo Científico elaborado pelo autor e entregue em aula do Curso de Mestrado da Univali. Sustentabilidade, transnacionalidade e transformações do Direito. Itajaí, 25 de setembro de 2012.

²¹ FERRER, Real Gabriel. Tradução do rodapé apostro no Artigo Científico elaborado pelo autor e entregue em aula do Curso de Mestrado da Univali. Sustentabilidade, transnacionalidade e transformações do Direito. Itajaí, 25 de setembro de 2012.

Sabemos também que a força dos tratados é limitada, limitados a aceitação de cada país, consoante a sua soberania nacional frente ao direito internacional, até o momento em que se torne regra internacional de aceitação pela maioria ou costume internacional. Daí a necessidade de preceitos gerais e cogentes na comunidade internacional, que integre e possa ser exigido por cada país.

A evolução do direito, bem como o conceito de soberania, frente ao mundo globalizado será encarada sob um novo prisma, de acordo com a complexidade das organizações internacionais e respeitando o direito de igualdade entre os povos. A soberania como tantos outros institutos está em plena metamorfose.

Ives Granda Silva Martins afirma que o Estado Moderno está em sua formulação clássica de soberania clássica, falido.²² Ou seja, há na atual conjuntura necessidade de universalização do Estado em nível de poderes decisórios, aceitando-se a Federal Universal de países e eliminando-se a Federal de cada país, que detém um poder intermediário quase sempre pesado e inútil.

Soberania (modelo surgido no final da Idade Média e que tem ainda como seu principal aspecto a territorialidade/fronteiras) significa um poder que não reconhece o outro a ele superior, seja no plano interestatal, seja no plano interno está certamente com os dias contatos. Um “ente novo” – composto de Comunidades de Estados que está a surgir, de caráter federalista, terá como lei suprema não uma Constituição, mas um Tratado, o qual será adotado de acordo com as regras do direito internacional e somente alterável de conformidade com estas.²³

Até que ponto um Estado pode agir de forma a prejudicar toda a humanidade? Até que ponto pode um Estado destruir seu patrimônio natural e cultural, ou colocar em risco a sobrevivência e a qualidade de vida de todas as espécies do planeta, com base na sua “soberania – fronteiras”?

As fronteiras são construções artificiais criadas pelos Estados, mais do que nunca, nos dias de hoje, há necessidade de enfrentarmos os desafios decorrentes desse fato e seus reflexos no direito.

É diante de uma perspectiva sombria, especialmente de ordem ambiental, que a comunidade internacional começa a raciocinar sobre instrumentos jurídicos passíveis de preservar valores reputados como prevalentes no conjunto de toda a humanidade.

O direito ambiental deve constituir objeto de tutela por parte das entidades jurídicas de revelo supranacional, porquanto, o apreço pela incolumidade da soberania não pode denotar condição para que o meio ambiental seja continuamente depredado, pois não há soberania sem nação, sem ecossistemas, enfim, sem vida.

A causa de proteção do meio ambiente, sua reivindicação e sua transformação na mentalidade do ser humano e nos meios produtivos, certamente é a mais imprescindível questão de ordem transnacional, porquanto o futuro da raça humana poderá ser sua extinção com a destruição dos

²² MARTINS, Ives Granda da Silva. **O Estado do Futuro**. São Paulo: Pioneira, 1998, p. 102-113.

²³ FILHO, Manuel Gonçalves Ferreira. **Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 10.

elementos, que mantém o equilíbrio da natureza.²⁴

A destruição do meio-ambiente (conhecido este como um novo direito ou direito de terceira geração) não se detém as fronteiras do país que originou a mesma. Por isso, não há como se pensar e se manter o caráter de soberania atual, ligado a fronteiras.

4 DA APLICAÇÃO DO DIREITO TRANSNACIONAL AMBIENTAL PELOS TRIBUNAIS NACIONAIS

O ordenamento jurídico internacional é constituído por disposições pactuadas pelos entes estatais soberanos denominados acordos ou tratados internacionais, que tratam de organizar, balizar e disciplinar as condutas dos Estados nacionais signatários. Não há, por assim, dizer um ordenamento ambiental único e supranacional. O que se tem hoje é alguns tratados/convenções dispendo do assunto e que já se encontram defasados, que quando ingressam no ordenamento interno servem de base analítica dos Tribunais Nacionais.

Neste contexto é que se sustenta o Direito Ambiental, um direito de todos, transnacional (planetário), portanto, público. É um novo ramo do direito, que semelhante ao Direito Internacional Público, deve espelhar um conjunto de normas autônomas, regras e princípios, que disciplinam ou regulam as relações entre os Estados soberanos.²⁵ Definido também como “direito das gentes”²⁶, um unido de regras que preceituam as relações mútuas dos Estados e, subsidiariamente, as demais pessoas internacionais, como determinadas organizações, e dos indivíduos.²⁷

No âmbito do direito ambiental transnacional, como ainda não foi possível a implementação de uma norma planetária única e atualizada, os tratados (ainda que defasados) aparecem como um dos instrumentos (de direito) para controle do caos ambiental e, em contrapartida, para preservação do planeta, uma vez que regulam os assuntos de maior importância, bem como, por serem os mais democráticos, já que os Estados participam diretamente de sua formação, sendo assim o processo legislativo de maior relevância na sociedade internacional, já que estamos longe de estabelecer uma norma ambiental supranacional, cogente a todo planeta.

Neste sentido, faz-se *mister* dar o conceito de tratado, que nas palavras de Accioly e Nascimento e Silva, “é o ato jurídico por meio do qual se manifesta acordo de vontades entre duas ou

²⁴ STELZER, Joana. **O Fenômeno da Transnacionalização da Dimensão Jurídica**. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (org.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 190.

²⁵ REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 11.

²⁶ Direito das gentes é conceituado por Rezek como “**direito das Nações**”, que ordena os direitos e deveres internacionais dos Estados soberanos. REZEK, José Francisco, **Direito Internacional Público: curso elementar**. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 03.

²⁷ ACCIOLY, Hildebrando e; NASCIMENTO e SILVA, Geraldo Eulálio do. **Manual de Direito Internacional Público**. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 4.

mais pessoas internacionais.”²⁸

Na visão de Celso de Mello²⁹, “os tratados, devido a sua multiplicidade e também por regulamentarem as matérias de maior relevância, representam a mais importante fonte do Direito Internacional, muito embora o artigo 38³⁰ do Estatuto da Corte Internacional de Justiça – Corte de Haia, não faça qualquer menção à existência de algum grau de hierarquia entre as fontes do Direito Internacional”.

Considerado um dos mais importantes documentos de direito internacional público, A Convenção de Viena de 1969³¹ regula o direito dos tratados internacionais e reúne regras gerais sobre os tratados entre Estados, regulando também matérias ainda não consolidadas.³²

A relação dos tratados internacionais no ordenamento jurídico interno no Brasil, por exemplo, segue duas linhas distintas, retratadas pelas concepções dualistas e monista. Para Celso de Mello³³ a concepção dualista representa e propõe a completa independência entre as duas ordens jurídicas: a interna e a internacional. Melhor dizendo, “o direito internacional regularia as relações entre os Estados, enquanto que o direito interno destinar-se-ia à regulação da conduta do Estado com os indivíduos”.³⁴

Logo, para regular uma questão interna e possa ser alvo de decisões pelos respectivos Tribunais é preciso que o Tratado tenha sido incorporado a este ordenamento por um procedimento receptivo que o transforme em lei nacional.

Reflete Francisco Rezek que o dualismo destaca a diversidade das fontes na forma de produção das normas jurídicas, observando o alcance da legalidade no direito interno, e salientando que “a

²⁸ ACCIOLY, Hildebrando e; NASCIMENTO e SILVA, Geraldo Eulálio do. *Ob. cit.*, p. 26.

²⁹ MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro. Renovar, 2001, p. 200.

³⁰ **Artigo 38. 1.** A Corte, cuja função seja decidir conforme o direito internacional as controvérsias que sejam submetidas, deverá aplicar; 2. As convenções internacionais, sejam gerais ou particulares, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes; 3. O costume internacional como prova de uma prática geralmente aceita como direito; 4. Os princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações civilizadas;

³¹ Existe um rol de princípios que foram recepcionados pela convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 no artigo 53: a) Proibição do uso ou ameaça de força; b) solução pacífica das controvérsias; c) não-intervenção nos assuntos internos dos Estados; d) dever de cooperação internacional; e) igualdade de direitos e autodeterminação dos povos; f) igualdade soberana dos Estados; g) boa-fé no cumprimento das obrigações internacionais. Itamaraty, Ministério das Relações Exteriores. **Convenção de Viena sobre o direito dos Tratados**. Disponível em <http://www2.mre.gov.br/dai/dtrat.htm>. Acesso em 10.04.2017.

³² “Entre as regras basilares de direito internacional reconhecidas pela Convenção de Viena de 1969, pode ser citada a regra *pacta sunt servanda* (art. 26) e o seu corolário segundo o qual o direito interno não pode legitimar a não execução de um tratado (art. 27); também, recorda-se o reconhecimento da cláusula *rebus sic stantibus*, que permite a denúncia de um tratado quando passa a existir uma mudança fundamental nas circunstâncias que tenha ocorrido em relação àquelas existentes ao tempo da estipulação do mesmo (art. 62). A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, aliás, reveste-se de autoridade jurídica, mesmo para aqueles Estados que dela não são signatários, em virtude de ser ela geralmente aceita como “declaratória de direito internacional geral”, expressando direito consuetudinário, consubstanciado na prática reiterada dos Estados no que diz respeito à matéria nela contida.” BARILE, Paolo; CHELI, Enzo; GRASSI, Stefano *apud* MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos Humanos, Constituição e os Tratados Internacionais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 26.

³³ MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 110.

³⁴ TRIEPEL, Carl Heinrich *apud* MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos Humanos, Constituição e os Tratados Internacionais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p.115.

norma do direito das gentes não opera no interior de qualquer Estado senão quando este, havendo-a aceito, promove-lhe a introdução no plano doméstico.”³⁵

Já para a ordem monista, o direito é um sistema integrado tanto pelo direito interno como pelo direito internacional, constituindo um todo harmônico e homogêneo. O direito internacional e o direito interno são elementos de uma única ordem jurídica, de modo que haveria uma norma hierarquicamente superior, seja ela a de direito interno (monismo com prevalência do direito interno), seja a de direito internacional (monismo com prevalência do direito internacional).³⁶

A problemática em torno de ambas está no ponto da incorporação dos tratados internacionais ao direito interno para julgamento e análise dos casos apresentados aos Tribunais Nacionais, já que os dualistas se posicionam no sentido de que existem dois ordenamentos jurídicos distintos e normas de sobreposição, sendo que uma norma internacional só passa a surtir efeitos no âmbito interno após a sua transformação em lei interna. Por seu turno, os monistas acreditam que existe apenas um ordenamento com prevalência (ou não) de uma norma sobre a outra, sendo inexistente a necessidade dessa incorporação, porque não há separação entre o direito interno e o direito internacional.

A legislação brasileira não traz de forma expressa qual das ordens adota. Sustenta-se, no entanto, com maior vigor, sua proximidade com a tese dualista moderada, condicionando a vigência dos tratados internacionais à promulgação de norma jurídica interna.³⁷

Para essa vertente da doutrina dualista não é necessária a edição de uma lei interna para que um tratado internacional passe a ter repercussão no ordenamento interno de um Estado, bastaria apenas um ato formal de internalização (um decreto ou um regulamento, por exemplo).

O Estado, ao firmar um tratado internacional, obriga-se moralmente a incorporar os preceitos do tratado no seu ordenamento interno. Para os dualistas, no caso de o Estado não proceder à incorporação legislativa do tratado no seu ordenamento interno, levando em consideração essa independência entre as duas ordens jurídicas, a consequência seria a responsabilização do Estado tão somente no plano internacional.

O fato é que, para que um país se obrigue ao cumprimento dos Tratados, Convenções ou até mesmo acordos, é necessário que o mesmo deseje, aceite, venha expressamente aderi-lo. Não há como obrigar um país a integrar um Tratado.

Também não há uma legislação supranacional, o que se daria por ideal para proteção do meio ambiente.

Daí resulta mais uma das dificuldades de se estabelecer a proteção ambiental. Primeiro, dado

³⁵ REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000, p.05.

³⁶ GALINDO, George Rodrigo Bandeira, **Tratados internacionais de direitos humanos e constituição brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.10.

³⁷ BRASIL. STF, Supremo Tribunal Federal. *Carta Rogatória (CR 8279/AT ARGENTINA)*. Rel. Min. Presidente Celso de Mello, DJ, 14.05.1998. p. 34.

as diversidades culturais, políticas e sociais de todos os países. Segundo, seus interesses econômicos e comerciais. Terceiro não há uma norma cogente mundial a estabelecer o cumprimento de qualquer obrigação ambiental, tampouco pena a seu descumprimento, nem tampouco a obrigação de se firmar um tratado.

Por certo, no máximo o que se estabelece são mecanismos políticos, diplomáticos, ou embargos comerciais, que já não se mostram suficientes.

Marcos Leite Garcia, citando os professores Paulo Márcio da Cruz e Zenildo Bodnar, ressalta que a causa de destruição de nosso entorno natural, a questão da paz e do consumo global de bens, por exemplo, são todos exemplos de questões que trazem consigo de imediata e efetiva defesa e por isso mesmo a construção de espaços transnacionais é uma emergência de nossa era.³⁸

Em verdade, de nada adiantaria, por exemplo, uma nação cuidar e ter uma excelente legislação e consciência social solidária e consciência ecológica no seio de seu povo, se o país vizinho não a tem, já que esta ficaria à mercê da poluição causada por seus vizinhos.

Bem por isso, que a conscientização e legislação ambiental têm que ter um tratamento transnacional e ser compartilhada entre todos os membros da comunidade – seja regional ou internacional – para cuidar das questões ambientais e de outras questões dos direitos provenientes do processo de especificação.³⁹

É urgente e indispensável para sobrevivência do planeta contribuir para a criação e a integração de um direito internacional ambiental e contribuir para a consagração do meio ambiente como um valor coletivo e que condiciona a vida e a saúde.

E ainda, evoluir não apenas na competência universal dos tribunais com relação aos crimes ecológicos, com na criação de um tribunal penal internacional do meio ambiente, acessível aos Estados e às ONGs.⁴⁰

Fica assim evidente a necessidade de criação de uma norma supranacional e de mecanismo de aplicação em cada Estado-Nação; bem como, um espaço transnacional, para que toda a comunidade internacional possa proteger questões urgentes para o ser humano e continuidade das espécies, a exemplo do direito ambiental, um direito fundamental, difuso e transfronteiriço e, portanto, transnacional. Um direito que se dá muito mais no caminho da prevenção do que da repressão, muito embora, em alguns casos se faça esta necessária.

O assunto, portanto, não se dá por encerrado. É preciso muito para se alcançar a implementação de um direito ambiental planetário, bem como a aplicação deste direito dentro de cada Estado-Nação

³⁸ STELZER, Joana. **O Fenômeno da Transnacionalização da Dimensão Jurídica**. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (org.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2011, p.181.

³⁹ STELZER, **O Fenômeno da Transnacionalização da Dimensão Jurídica**. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (org.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2011, p.181.

⁴⁰ MACHADO, Paulo Affonso Leme Machado. **Desafios do Direito Ambiental no Século XXI**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 195.

por juízes e Tribunais Nacionais. É preciso uma educação ambiental, a prevalência da prevenção e de princípios como fraternidade e solidariedade, dentre tantos outros. É preciso enxergar o direito ambiental como um direito fundamental, difuso, planetário, acima de fronteiras ou de soberanias.

É preciso compreender que um direito ambiental transnacional se faz urgente e necessário para sobrevivência das gerações presentes e futuras e que sem ele (seja por meio de tratados ou pela concretização de uma ordem-norma única supranacional e que obrigue a todos), toda a vida terrestre estará fadada a extinção.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como é possível identificar no desenvolvimento deste trabalho, a questões relacionadas ao Direito Ambiental, um direito ainda em construção, estão longe de ser encerradas.

Diante das catástrofes ambientais naturais, do consumo descontrolado de recursos naturais e dos danos provocados pelas atividades humanas, cresce cada vez mais a preocupação com o futuro do planeta e com a sobrevivência das espécies.

De plano, constatou-se a urgência de implementação de um Direito Ambiental planetário (transnacional), difuso e único. Um Direito que satisfaça aos anseios sociais e o desenvolvimento humano ao mesmo tempo em que garanta a sustentabilidade e manutenção das gerações presentes e futuras. Afinal, a vida do planeta está em risco.

Para isso é necessário pensar num Direito Ambiental que além de perpassar a vida educacional e cultural, tenha sintonia com os princípios da solidariedade e fraternidade, que seja preventivo, cogente, se necessário punitivo e intimidador, e mais que isso, que seja aceito e respeitados por todos.

Constatou-se a par disso, que o conceito de soberania, condicionado aos limites territoriais, já não se sustenta. Não há como garantir a proteção à vida do planeta, acreditando cada Estado-Nação ter a sua melhor ordem jurídica.

Há necessidade de uma ordem única, seja por uma lei supranacional (o que, deveras, é difícil de ocorrer, sobretudo, dadas as questões culturais, sociais, políticas e econômicas que envolvem cada país), seja por meio dos Tratados, o que se existe.

A questão emblemática, é que estes Tratados além de defasados necessitam da aceitação de cada Estado-Nação para que ingresse no ordenamento jurídico interno (teoria monista ou teoria dualista), ou seja, não há como forçar um país a aderir a determinado Tratado, como também, não há maiores embargos (salvo os comerciais, políticos e diplomáticos), quando não cumpridos estes.

Por fim é de concluir que, embora o tema não se esgote e mereça de muito mais estudo e aprofundamento, por esta breve reflexão já é possível afirmar que o Direito Ambiental é um bem da humanidade, de toda e qualquer Nação, sem importar-se com limites, sejam eles de que ordem for. É o Direito Ambiental um direito de urgência, preventivo, solidário, fraterno, transnacional e difuso,

que aspira uma ordem única, de cumprimento e alcance planetários, sob pena de extinção de todo o ser que habita nosso planeta.

6 REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando e; NASCIMENTO e SILVA, Geraldo Eulálio do. **Manual de Direito Internacional Público**. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 41. ed. São Paulo: Editora Globo, 2001.

BERARDO, Telma. **Soberania, um Novo Conceito?** Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, n. 40,julho/setembro 2002.

BRASIL. STF, Supremo Tribunal Federal. Carta Rogatória (*CR 8279/AT ARGENTINA*). Rel. Min. Presidente Celso de Mello, DJ, 14.05.1998.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

CANOTILHO, J.J. Gomes. O direito ao ambiente como direito subjetivo. In: **A tutela jurídica do meio ambiente: presente e futuro**. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - Studia Iuridica 81, Colloquia 13. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

FERRER, Gabriel Real. La construcción del Derecho Ambiental. In: **Revista Arazandi de Derecho Ambiental**. Pamplona (Espana), n. 1, v.1, 2002.

FILHO, Manuel Gonçalves Ferreira. **Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira, **Tratados internacionais de direitos humanos e constituição brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

MACHADO, Paulo Affonso Leme Machado. **Desafios do Direito Ambiental no Século XXI**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos Humanos, Constituição e os Tratados Internacionais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MARTINS, Ives Granda da Silva. **O Estado do Futuro**. São Paulo: Pioneira,1998.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito internacional Público**. Rio de Janeiro. Renovar, 2001.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática** – 12. ed. Florianópolis: Conceito Editorial/Millennium, 2011.

RESTA, Eligio. **Direito Fraternal**. Tradução: Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

SÉGUIN, Élida. **O Direito Ambiental. Nossa Casa Planetária.** 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento. **Direito Ambiental Internacional.** 2. ed. Rio de Janeiro: Thex Ed., 2002.

SOARES, Guido Fernando Silva. **A proteção internacional do meio ambiente.** São Paulo: Manole, 2003.

STELZER, Joana. O Fenômeno da Transnacionalização da Dimensão Jurídica. *In*: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (org.). **Direito e Transnacionalidade.** Curitiba: Juruá, 2011.

GRADES QUE CALAM: A INOBSERVÂNCIA DAS PARTICULARIDADES DE GÊNERO NO SUBMUNDO DO CÁRCERE FEMININO

Simone Taieti¹
Ricardo Emilio Zart²

Recebido em: 27 abr. 2017

Aceito em: 11 maio 2017

Resumo: O presente trabalho foi concebido com o objetivo de tratar sobre o sistema carcerário feminino no que concerne às particularidades de gênero; versa acerca dos temas mais relevantes atinentes ao processo penal, principalmente no que diz respeito à execução penal, aplicado em nosso país como forma de entender a prática desses institutos desde a investigação referente ao cometimento de um delito até o cumprimento cabal da reprimenda e, por derradeiro, o contraponto entre o que prevê a lei e a realidade de nosso sistema penitenciário.

Palavras-chave: Mulher. Cárcere. Falência. Gênero. Desrespeito.

GROUNDNS THAT CALL: THE INSSERVANCE OF GENDER PARTICULARITIES IN THE SUBDIVISION OF THE FEMALE KERNEL

Abstract: The present work was conceived with the objective of treating about the female prison system with regard to the particularities of gender; On the most relevant issues pertaining to the criminal process, especially with regard to criminal enforcement, applied in our country as a way of understanding the practice of these institutes from investigation of the commission of an offense to the full execution of the reprimand and, Last, the counterpoint between what the law foresees and the reality of our penitentiary system.

Keywords: Woman. Jail. Bankruptcy. Gender. Disrespect.

1 INTRODUÇÃO: CONCEITUANDO O SER MULHER

A conceituação do ser mulher se mostra mais pungente no sentido biológico e que se mostra aquela a que mais se remete. A mulher é definida por aquilo que em seu corpo é mais importante em nome da evolução das espécies e reprodução, seus óvulos. A palavra *fêmea*, usada para definir a mulher, é utilizada de maneira pejorativa. Simone de Beauvoir magistralmente pontua que: “Na boca do homem o epíteto “fêmea” soa como um insulto; no entanto, ele não se envergonha de sua animalidade, sente-se, ao contrário, orgulhoso se dele dizem: “É um macho!”. A acepção de minimização trazida pelo termo “fêmea” neste contexto está atrelado a significância que a sociedade patriarcal lhe atribui, não havendo aqui qualquer menção a sua natureza de maneira pura, mas sim ao

¹ Bacharel em Direito pelo Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC, Campus Videira e autora do livro “Uma vida para sempre”, da Editora Novo Século.

² Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Professor Titular da Graduação e Pós-Graduação em Direito da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe – UNIARP e da Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC e Advogado militante em Caçador/SC E-mail: ricardo.zart@gmail.com.

confinamento da mulher em seu sexo, em seu gênero, tido como limitado e inferior³.

Em um ponto de vista psicanalítico, a sexualidade da mulher é abordada como fator preponderante para a conceituação do feminino. Aqui já não há a consideração mor quanto o resumo da mulher a importância tão somente de seu útero e conseqüentemente, de seus óvulos, mas sim de seu órgão sexual como ponto de afirmação de seu prazer, da utilidade que este representa para a afirmação da mulher como ser, respeitando as peculiaridades que lhe são inerentes. “A mulher é uma fêmea na medida em que se sente fêmea. [...] Não é a natureza que define a mulher: esta é que se define retomando a natureza em sua afetividade”⁴.

2 FEMINISMO

Da opressão nasce a luta e o cerne do feminismo pode ser assim determinado. A Inquisição procedida pela Igreja Católica foi ferrenha perseguidora das mulheres que ousassem desafiar os “dogmas insofismáveis” que esta impunha. Tem-se registro que a primeira onda do feminismo ocorreu no final do século XIX, remontando-se a Inglaterra, considerado berço da luta, em que algumas mulheres, conhecidas como sufragistas, insurgiram-se pelo direito ao voto feminino. Foram denominadas *sufrajetese* organizarão grandes manifestações. No reino Unido o direito ao voto foi conquistado em 1918. Já no Brasil, as *sufrajetes* foram lideradas pela bióloga e cientista Bertha Lutz e aqui também realizaram grandes manifestações, tendo conquistado esse direito em 1932, através do Código Eleitoral⁵.

Dessa primeira onda do feminismo é importante citar a “União das Costureiras, Chapeleiras e Classes Anexas”, em suma, operárias que iniciaram o movimento de modo a lutar por mais direitos em prol da mulher trabalhadora. Em 1917, em um manifesto expressaram: “Se refletirdes um momento vereis quão dolorida é a situação da mulher nas fábricas, nas oficinas, constantemente, amesquinhas por seres repelentes”⁶.

Dentro do contexto do movimento feminista inicia-se para as mulheres o processo de desfazer-se dos grilhões que até então as aprisionavam, em razão da cultura da submissão e pertencimento ao sexo oposto, tido como mais forte. Essa tomada e descoberta de si mesmo podem ser denominadas como *apropriação de si*, uma vez que o que ocorre é justamente a revelação de ser um sujeito de direitos e que dentre estes direitos estão a liberdade e autonomia que até então lhes pareciam tão distante. Ao passo que as mulheres tomam consciência da importância do feminismo, nos moldes do que o movimento feminista demonstra

[...] passam a perceber que existem de fato como pessoas, que possuem um corpo que lhes pertence, enfim, que possuem vontades e desejos próprios que podem ser expressos e

³ BEAUVOIR, Simone de. **O Segundo Sexo**. 4. ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro. 1970. p. 25.

⁴ BEAUVOIR, Simone de. **O Segundo Sexo**. p. 59

⁵ PINTO, Céli Regina Jardim. **Uma história do feminismo no Brasil**. 2003. p. 16.

⁶ PINTO, Céli Regina Jardim. **Uma história do feminismo no Brasil**. p. 16.

vivenciados dentro e fora de suas casas.⁷

A década de 1960 representou uma efervescência em todos os sentidos. A Guerra do Vietnã eclodira e com ela os *hippies* encabeçando inúmeros movimentos pregando “paz e amor”. Havia uma nova maneira de pensar, uma transformação daqueles costumes tidos até então como inquebrantáveis e sob esse prisma firmou-se a luta pelo feminismo, que buscava o reconhecimento da mulher não apenas como sujeito de direitos, mas também como dona de si, de seu próprio corpo e de suas escolhas, sem haver a necessidade de limitar-se a convenções sociais previamente impostas muito menos a figura masculina.⁸

Já na década de 1980 deu-se início a redemocratização brasileira, que viria a concretizar-se no ano de 1985. Nesse período, o movimento feminista no Brasil entrou em verdadeira ebulição, tornando absolutamente amplo o foco de debate acerca dos direitos femininos, abarcando todas as esferas: “violência, sexualidade, direito ao trabalho, igualdade no casamento, direito à terra, direito à saúde materno-infantil, luta contra o racismo, opções sexuais”. A Criação do CNDM (Conselho Nacional da Condição da Mulher) em 1984 foi uma das conquistas mais importantes da luta feminista no Brasil. Posteriormente a Constituição Federal veio a firmar os direitos básicos reconhecidos a todo indivíduo, afirmando a igualdade entre todos.⁹

3 A LEI MARIA DA PENHA

Maria da Penha Maia Fernandes é uma bioquímica cearense e foi vítima por duas vezes de tentativa de homicídio perpetradas por aquele que à época era seu marido, o economista e professor universitário Marco Antônio HerrediaViveros, com quem tem três filhas. A primeira tentativa de assassinato deu-se em 29 de maio de 1983, em que seu então marido deu-lhe um tiro nas costas enquanto Maria da Penha dormia, tendo para tanto forjado um roubo. Desse episódio, Maria da Penha restou paraplégica. Passada pouco mais de uma semana, adveio a segunda tentativa de assassinato, empurrando-a de sua cadeira de rodas, bem como tentando eletrocuta-la enquanto esta tomava banho.¹⁰

Em junho de 1983 foram iniciadas as investigações, porém a denúncia referente ao caso fora recebida apenas em setembro de 1984. A condenação, então, adveio apenas em 1991 em uma pena de 8 anos de prisão pelo Tribunal do Júri. O réu recorreu em liberdade e, não bastasse, um ano após a condenação conseguiu a anulação de seu julgamento. O novo julgamento ocorreu em 1996, oportunidade em que o réu foi condenado a dez anos e seis meses de prisão. Dessa nova condenação também recorreu e quase vinte anos depois, apenas no ano de 2002, o ex-marido de Maria da Penha cumpriu dois anos de prisão em regime fechado, tendo progredido após esse período para o regime

⁷ CISNE, Mirla. **Feminismo e Consciência de Classe no Brasil**. São Paulo: Cortez. 2014. p. 176-177.

⁸ PINTO, Céli Regina Jardim. **Uma história do feminismo no Brasil**. p. 17.

⁹ PINTO, Céli Regina Jardim. **Uma história do feminismo no Brasil**. p. 20.

¹⁰ PENHA, Maria da. **Sobrevivi... Posso Contar**. 2º Ed. São Paulo: Armazem da Cultura. 2012. p. 25.

aberto.¹¹

Se no Brasil a história pareceu não ter causado tanta comoção, o furor ocorreu internacionalmente, sendo que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos requereu ao governo brasileiro um posicionamento acerca do caso. Tendo ignorado o pedido, o Brasil foi condenado pela Comissão em 2001 a pagar indenização de 20 mil dólares para Maria da Penha, bem como foi responsabilizado pela omissão frente a violência doméstica, o que acarretou na recomendação de medidas para a prevenção e principalmente para desburocratizar os procedimentos atinentes a apuração de crimes tais.¹²

Assim, a Lei nº 11.340/2006 que é popularmente conhecida como Lei Maria da Penha é a significância dos resultados da luta advinda dos movimentos feministas ao longo do tempo em prol do fim da cultura de violência contra a mulher. Através dessa lei os direitos mais básicos da mulher encontram-se assegurados de forma a proporcionar-lhes principalmente segurança, bem como uma forma de criminalizar especificamente uma prática ocorrida desde os primórdios, que é a violência em âmbito doméstico contra a mulher, sendo essa prática reconhecida, através dessa Lei como uma forma de violação dos direitos humanos.¹³

É certo que o art. 5º da Constituição em vigência (BRASIL, 1988) preconiza que “todos são iguais perante a lei”, sendo esta a igualdade formal. Entretanto, entende-se que para tratar acerca da igualdade não há meios de fazê-lo senão tomando por parâmetro a própria desigualdade. Tal pensamento traz à baila a máxima do filósofo Aristóteles: "tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que eles se desigualem". Também, o jurista Hans Kelsen¹⁴ traz pontual consideração acerca do tema:

[...] a igualdade dos indivíduos sujeitos a ordem pública, garantida pela Constituição, não significa que aqueles devem ser tratados por forma igual nas normas legisladas com fundamento na Constituição, especialmente nas leis. Não pode ser uma tal igualdade aquela que se tem em vista, pois seria absurdo impor os mesmos deveres e conferir os mesmos direitos a todos os indivíduos sem fazer quaisquer distinções, por exemplo, entre crianças e adultos, são de espírito e doentes mentais, homens e mulheres.

E o Supremo Tribunal Federal, na Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC nº 19, de 9 de fevereiro de 2012, declarou a constitucionalidade da Lei Maria da Penha, justamente em razão da aplicabilidade da igualdade substancial, descrita pela máxima: “tratar desigualmente os desiguais, na medida da sua desigualdade”.

¹¹ DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 13.

¹² PENHA, Maria da. **Sobrevivi... Posso Contar**. p. 25.

¹³ BRASIL. Secretaria Especial de Políticas para Mulheres. Disponível em: <http://www.spm.gov.br/assuntos/violencia/lei-maria-da-penha>. Acesso em: 07, abril. 2016.

¹⁴ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Coimbra: Arménio Amado, 1974. p. 203.

4 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E OS DIREITOS DOS PRESOS

Por mais que estejam em codificações diversas é imperioso que a legislação presente nos Códigos Penal e de Processo Penal seja aplicada consoante as previsões trazidas pela Constituição Federal. Assim, afasta-se o desrespeito aos direitos e garantias fundamentais inerentes ao ser humanos, proporcionando segurança ao adimplemento de suas necessidades mais básicas. Assim, após a arrastada vigência solitária do Código de Processo Penal de 1941, que vigia arbitrariamente, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 chegou como uma salvação e as garantias por esta trazidas devem, a todo custo, ser mantidas e aplicadas.¹⁵

O princípio da dignidade da pessoa humana é o precursor, por assim dizer, dos princípios aplicados ao processo penal, sendo a partir deste que todos os demais princípios são invocados. Por ser este o mais importante e basilar, há de esmiuçá-lo. Ensina-nos Nucci que há dois prismas básicos sob os quais tal análise deve ser realizada, um objetivo, no qual fala sobre um “mínimo existencial ao ser humano”, ou seja, o suprimento de suas necessidades mais básicas, englobando desde a alimentação até a previdência social; já em análise subjetiva trata-se, sobretudo acerca do respeito existencial para com o humano, configurando estes direitos irrenunciáveis.¹⁶

4.1. CUMPRIMENTO DA PENA CONSOANTE GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

A Constituição da República Federativa do Brasil norteia tudo que se refere a aplicação dos direitos e garantias fundamentais no Brasil. Principalmente, em seu art. 5º, que conta com setenta e oito incisos, percebemos a abordagem de diversos aspectos do cotidiano que nos dizem respeito em razão de nossos direitos. Dentre estes, encontram-se incisos que ali foram dispostos com o escopo de assegurar direitos básicos à pessoa presa, lembrando que o que aqui está previsto está disposto de forma semelhante na Lei de Execuções Penais, a qual já foi extensamente abordada. O pressuposto essencial para tal aplicação advém do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual já foi abordado no capítulo anterior. Todavia, aqui abordado de forma completamente voltada para o tema em questão, é importante pontuar as palavras de Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli¹⁷:

O princípio da humanidade é o que dita a inconstitucionalidade de qualquer pena ou consequência do delito que crie um impedimento físico permanente (morte, amputação, castração ou esterilização, intervenção neurológica, etc.), como também qualquer consequência jurídica indelével do delito. [...] A república pode ter homens submetidos à pena, ‘pagando suas culpas’, mas não pode ter ‘cidadãos de segunda’, sujeitos considerados afetados por uma *capitis diminutio* para toda a vida.

Dentre os principais direitos daqueles que já encontram-se enclausurados em estabelecimentos

¹⁵ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. 3º Ed. Rev. Atual. São Paulo: Atlas. 2012. p. 132.

¹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 10º Ed., ver. Atual. e amp, São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014. p. 90.

¹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raul e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 220.

prisoinais pode-se citar a assistência religiosa àqueles que encontram-se encarcerados, em suma, o art. 5º, inciso VII da CF de 1988 traz que “é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva”. Ademais, a pena deve ser cumprida respeitando algumas peculiaridades, o que é previsto no art. 5º, inciso XLVIII da CRFB (BRASIL, 1988): “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”.

De igual forma, há a previsão da integridade dos presos, que é, mais objetivamente, abordada no art. 5º, incisos III, prevendo que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” e XLIX prevendo que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”.¹⁸

4.2 A MULHER PRESA

Mediante um estudo encomendado pela UNB (Universidade de Brasília) obteve-se o seguinte resultado¹⁹:

[...] no Brasil, são poucas as unidades penais exclusivamente para mulheres. Quando existem são, em geral, estabelecimentos pequenos, anexos das prisões masculinas, ou prédios antigos destinados anteriormente a outros fins. Quando inexistentes, a solução é a destinação de setores ou alas de estabelecimentos masculinos – cadeias públicas, delegacias, presídios, penitenciárias – para o alojamento de mulheres.

As políticas de planejamento pensadas para o sistema penitenciário brasileiro é, na verdade, um pensamento voltado para abrigar a população carcerária masculina, havendo em porcentagem ínfima, políticas e planejamentos voltados para as mulheres presas, mesmo estas possuindo particularidades pungentes. Esse descaso em relação a população carcerária feminina acaba se mostrando tão somente um reflexo daquilo que é vivenciado quando em liberdade, a submissão e o segundo plano. De forma alguma pode subsistir a consideração de que a criminalidade e as formas de tratá-la se resumem a uma única coisa. Os direitos humanos sim devem ser aplicados a todos de igual forma, pois não preveem distinção de gênero.²⁰

Ainda, do Relatório promovido pelo CEJIL (Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional) é possível perceber que na grande maioria dos casos as penas impostas às mulheres transcendem aquela privativa de liberdade a que foram condenadas, pois acabam sendo punidas duplamente quando, no cumprimento da reprimenda imposta, são negligenciadas de tal maneira. O Estado, aquele que deveria resguardar a integridade destes indivíduos, se comprometendo em proporcionar o cumprimento justo pelos ilícitos que cometeram, é aquele que, em verdade, com sua omissão, fomenta a violência de

¹⁸ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal – Teoria Crítica**. São Paulo: Saraiva, 2014. Versão digital.

¹⁹ DIÓGENES, Jósie Jalles. **Tráfico ilícito de drogas praticado por mulheres no momento do ingresso em estabelecimentos prisionais**. Brasília: 2007. p. 48.

²⁰ FERNÁNDEZ, G. T. **Mujer, Cárcel y Derechos Humanos**. In: **Capítulo Criminológico**, Maracaibo, Venezuela, v.23, n.1, 1995. p. 337.

gênero. Do presente relatório, é possível depreender o que segue²¹:

Ao lado da inadequação dos alojamentos das presas, as condições insalubres dessas cadeias se repetem em todos os estados. Há cadeias superlotadas onde as detentas têm de dormir no pátio a céu aberto e celas sem cama, nas quais todas as detentas dormem amontoadas no chão, inclusive presas doentes, idosas e grávidas. Algumas celas, quando vistas de fora, se assemelham a verdadeiros tapetes humanos.

A violência institucional, praticada por agentes do Estado contra as mulheres encarceradas é frequentemente relatada às organizações da sociedade civil a que elas têm acesso. No entanto, diferentemente da realidade vivenciada pelos homens, os eventos de espancamento coletivos são menos comuns. Torturas individuais são denunciadas, assim como um enfrentamento violento com os funcionários, para os quais o uso da força física é o instrumento de autoridade e poder, apesar das práticas de castigo e humilhação contra as mulheres encarceradas serem frequentes. A tortura psicológica é amplamente utilizada, por meio da ameaça da violência ou constrangimento sexual, nas unidades prisionais onde os funcionários são homens ou as populações, mistas.

Conforme perfil traçado pelo Relatório sobre mulheres encarceradas no Brasil publicado em fevereiro de 2007, estas eram as principais características da mulher presa em terras brasileiras²²:

[...] é jovem, mãe solteira, afrodescendente e na maioria dos casos, condenada por envolvimento com tráfico de drogas (ou entorpecentes). Ela apresenta um vínculo tão forte com a família que prefere permanecer em uma cadeia pública, insalubre, superlotada e inabitável, mas com chance de receber a visita de sua família e filhos, a ir para uma penitenciária distante, onde poderia eventualmente ter acesso à remição da pena por trabalho ou estudo, e a cursos de profissionalização, além de encontrar melhores condições de habitabilidade.

Destarte, percebe-se que o perfil traçado há dez anos não guarda diferenças com aquele que é traçado nos dias atuais, sendo que as características da mulher presa ainda são muito semelhantes, todavia, o estudo mais recente serve para deixar claro algo muito importante: essas proporções vêm crescendo sobremaneira, sendo que “se em 2000 as mulheres representavam 3,2% da população prisional, em 2014 elas passaram a representar 6,4% do total encarcerado”.²³

Em relação a natureza do cometimento de crimes, é uníssono, consoante pesquisa, que a infração penal que culmina em condenações com maior incidência é o tráfico. Relevante constar que este dado não diz respeito tão somente aos homens presos, mas também às mulheres e, inclusive, de maneira muito mais acentuada. Enquanto que, na estimativa de penas de privação da liberdade, 25 % dos homens foram condenados por tráfico, em semelhante estimativa, foram condenadas por tráfico 63% das mulheres presas. Esta estimativa em relação aos crimes pelos quais a população carcerária feminina foi condenada segue com o cometimento dos crimes de furto, que representa 8% e do crime de roubo, que representa 7%, seguidos de receptação e homicídio que também representam 7% cada.

²¹ BRASIL. CEJIL. **Relatório sobre mulheres encarceradas no Brasil**. Fevereiro, 2007. Disponível em: http://www.asbrad.com.br/conte%C3%BAdo/relat%C3%B3rio_oea.pdf. Acesso em: 11 set. 2016. p. 23-24.

²² BRASIL. CEJIL. **Relatório sobre mulheres encarceradas no Brasil**. p. 15.

²³ BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen Mulheres** - Junho de 2014. Departamento Penitenciário Nacional, Ministério da Justiça Brasília, 2015. Disponível em <http://s.conjur.com.br/dl/infopen-mulheres-depen.pdf>. Acesso em: 11 set. 2016.

Para os homens a taxa de cometimento do crime de homicídio é de 14%.²⁴

Percebe-se, de forma clara, que a grande massa de crimes cometidos por mulheres são em razão da tentativa de auferir lucro a partir destes, considerando que uma ínfima porcentagem desses crimes são cometidos com violência ou grave ameaça. Ademais, como dado alarmante, têm-se que mais da metade das mulheres que cumprem penas privativas de liberdade, o fazem em razão do cometimento do crime de tráfico, entretanto, não em sua pura acepção, como na maioria dos casos que envolvem os homens presos. A explicação advém de considerações sociais, como pontualmente ilustra Diógenes²⁵:

É recorrente a tendência de eximir o companheiro ou familiar da culpa, da responsabilidade e do envolvimento com a droga. O fato de elas serem ou de manterem algum tipo de relacionamento com traficantes é motivo para que tentem se justificar. Por conhecerem o grau de reprovação social do binômio tráfico/consumo de drogas e as regras paraestatais do tráfico, tais mulheres se preocuparam em dizer, de alguma forma, que não mantêm mais contato com tais substâncias, ora afirmando que são ex-usuárias, ora informando que o companheiro não trafica mais.

Constatamos que não há uma única motivação para a prática do delito. Detectadas várias razões para o tráfico ilícito de drogas para dentro de presídios, verificamos que, além da vinculação afetiva com traficantes, a situação financeira é uma variável de forte influência na decisão de traficar. A maior parte das mulheres traficaram movidas pela ilusória facilidade com que ganhariam o dinheiro. Outro ponto que deve ser considerado é o vício.

Essa incidência afeta principalmente as mulheres estrangeiras presas no Brasil. Há, em média, 830 estrangeiras que cumprem pena no sistema carcerário, sendo que 97% destas encontram-se encarceradas em razão do crime de tráfico. Em suma, os aliciadores se aproveitam principalmente da fragilidade dessas mulheres que, quase sempre, encontram-se em situações vulneráveis ou de risco, fazendo ofertas, prometendo dinheiro fácil, tão somente para que sirvam de “mulas”, ou seja, geralmente para transportar a droga. Um dos exemplos mais estapafúrdios é o aliciamento para o tráfico de mulheres que residem em países em que o tratamento para o vírus da AIDS é extremamente precário ou inexistente, sendo que “já que o Brasil tem um programa para a Aids gratuito e de qualidade, os traficantes as convencem com o argumento: ‘Mesmo se você for pega, na cadeia terá tratamento retroviral e não morrerá’”.²⁶

Para se ter uma real ideia da discrepância quanto a natureza dos crimes cometidos pelas mulheres, dados divulgados no ano de 2000 pelo Departamento de Homicídios e Proteção à Pessoa (DHPP) da Polícia Civil do estado de São Paulo mostraram que foram contabilizados 5.000 homicídios cometidos durante o ano, sendo que apenas um destes havia sido cometido por uma mulher. Ademais, ainda consagrando o entendimento da motivação da grande maioria dos crimes cometidos por mulheres, Nana Queiroz²⁷ aduz:

²⁴ BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen Mulheres** - Junho de 2014.

²⁵ DIÓGENES, Jôsie Jalles. **Tráfico ilícito de drogas praticado por mulheres no momento do ingresso em estabelecimentos prisionais**. p. 12.

²⁶ QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam**. 1. ed. - Rio de Janeiro : Record, 2015. p. 88-89.

²⁷ QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam**. p. 36.

Uma tese em voga entre ativistas da área é a de que a emancipação da mulher como chefe da casa, sem a equiparação de seus salários com os masculinos, tem aumentado a pressão financeira sobre elas e levado mais mulheres ao crime no decorrer dos anos. Dados comprovam a teoria. Os delitos mais comuns entre mulheres são aqueles que podem funcionar como complemento de renda. Como mostram Ieda e Marta, tráfico de entorpecentes lidera o ranking de crimes femininos todos os anos no Censo Penitenciário. Os próximos da lista, e para os quais vale o mesmo raciocínio, são os crimes contra o patrimônio, como furtos e assaltos. Os crimes cometidos por mulheres são, sim, menos violentos; mas é mais violenta a realidade que as leva até eles.

Não há de se encontrar na melhor e mais aclamada doutrina menções às consequências que estão por trás do encarceramento feminino, por mais pungentes que sejam. São, em suma, aspectos sociais, como o próprio distanciamento em razão da família e, principalmente dos filhos. Este, de fato, é um problema de proporções gigantescas, mas que fica assim, na surdina, por trás das cortinas. “(...) Além das sequelas gerais da ‘prisionalização’ sofridas pelos presidiários de um modo geral, independentemente de sexo, a mulher sofre outras consequências mais específicas”.²⁸

4.3 DIREITO À VISITA ÍNTIMA

Em que pese a existência de inúmeros doutrinadores que versem acerca do direito à visita íntima no sistema penitenciário, pouco referem-se à mulher presa. Esta ideia que, apesar de tida essencialmente como um direito, é indiscutivelmente burocratizada nas unidades prisionais, foi pensada por homens e para homens, como uma forma de saciar algo que é constantemente atrelado ao instinto e que, apesar de por acepção biológica pertencer ao humano, independente de gênero, é comumente tratado como algo exclusivamente masculino.²⁹

Hodiernamente, as tentativas de privação da atividade sexual pela pessoa presa já é tida como grave desrespeito aos princípios mais básicos, bem como tratamento cruel, o que conjectura uma punição desmedida e sem razão de ser. Neste sentido, Bitencourt³⁰ aduz:

A imposição de abstinência sexual contraria a finalidade ressocializadora da pena privativa de liberdade, já que é impossível pretender a readaptação social da pessoa e, ao mesmo tempo, reprimir uma de suas expressões mais valiosas. Por outro lado, viola-se um princípio fundamental do direito penal: a personalidade da pena, visto que, quando se priva o recluso de suas relações sexuais normais, castiga-se também o cônjuge inocente.

A LEP regulamenta tão somente o direito à visita, entretanto, não pontua nem distingue esta da visita íntima. Tendo em vista a lacuna existente, foi necessária a publicação da Resolução nº 1/1999 a fim de tratar acerca do assunto, tendo esta disposto que a visita é: “recepção pelo preso, nacional ou estrangeiro, homem ou mulher, de cônjuge ou outro parceiro, no estabelecimento prisional em que

²⁸ DIÓGENES, Jôsie Jalles. **Tráfico ilícito de drogas praticado por mulheres no momento do ingresso em estabelecimentos prisionais**. p. 48.

²⁹ COLOMBAROLI, Ana Carolina de Moraes. **7º Prêmio Construindo a igualdade de gênero: Violação da dignidade da mulher no cárcere: restrições à visita íntima nas penitenciárias femininas**. Brasília: Presidência da República, Secretaria de Políticas para as mulheres, 2011. p. 135.

³⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 220.

estiver recolhido, em ambiente reservado, cuja privacidade e inviolabilidade sejam asseguradas”. Ademais, tal resolução ainda prevê que este direito é reservado não apenas àqueles que comprovem matrimônio, mas também aos que convivem em união estável e que a regularidade da visita íntima deve ser de, no mínimo, uma vez por mês, inclusive, não devendo este direito ser tolhido do preso em razão de represália ou como punição, exceto se a falta que cometeu foi em razão do exercício deste.³¹

Todavia, como trata-se de uma recomendação de um Conselho e não de algo positivado, previsto em lei, a burocratização impera e pouco se percebe no sistema penitenciário brasileiro o respeito a este direito inerente à pessoa presa. Tal desrespeito se agrava de maneira muito mais corriqueira em relação às mulheres que encontram-se encarceradas que, na grande maioria dos casos, a despeito do expressamente previsto na recomendação, precisam comprovar que são, de fato, casadas, de maneira a conseguir que seus companheiros possam se inscrever na lista existente para controle das visitas, o que configura total desrespeito e desigualdade principalmente, visto que tal exigência não é feita em relação aos homens enclausurados. Infelizmente, o direito à visita íntima da mulher presa, ainda é vista tão somente como regalia, não como um direito.³²

As motivações para tal distinção elencadas pelos profissionais que trabalham diretamente com mulheres presas, sejam eles carcereiros ou mesmo os diretores, os que de fato possuem poder de mando dentro das unidades, é justamente o apontamento das diferenças existentes entre homens e mulheres. Tais indivíduos tecem calorosos discursos, pontuando os argumentos de que o desejo sexual das mulheres não é igual ao dos homens e que estas possuem necessidades especiais e particulares a despeito daqueles, uma vez que engravidam. Ademais, com base nesta cultura de repressão, em muitos casos as próprias mulheres são levadas a acreditar que o desejo e satisfação de suas vontades é algo absolutamente errado e vergonhoso³³

As motivações trazidas para afastar da mulher o direito a exercer atividade sexual em seu confinamento, durante o cumprimento de sua pena, principalmente ao considerar que tal direito é amplamente assegurado ao homem preso guardam profunda relação com a submissão histórica e anulação de gênero a que a mulher é submetida na sociedade. Outrossim, por derradeiro: “tais explicações em muito se aproximam daquelas culturas em que se extirpa o clitóris desde criança”.³⁴

³¹ BRASIL, Conselho Nacional de Política Criminal Penitenciária (CNPCCP). **Resolução n° 01, de 30 de março de 1999**, que “Recomenda aos Departamentos Penitenciários Estaduais ou órgãos congêneres seja assegurado o direito à visita íntima aos presos de ambos os sexos, recolhidos aos estabelecimentos prisionais”. Disponível em:

https://www.google.com.br/?gws_rd=ssl#q=resolu%C3%A7%C3%A3o+1%2F+99+cnpcp. Acesso em 16 set. 2016.

³² GUIMARÃES, Mariana Costa. **A problemática da visita íntima no cárcere feminino: um estudo de caso sobre a penitenciária feminina Consuelo Nasser**. Disponível em:

https://www.google.com.br/?gws_rd=ssl#q=A+problem%C3%A1tica+da+visita+%C3%ADntima+no+c%C3%A1rcere+feminino:+um+estudo+de+caso+sobre+a+penitenci%C3%A1ria+feminina+Consuelo+nasser. Acesso em: 17 set. 2016. p. 69.

³³ LIMA, Márcia de. **Da visita íntima à intimidade da visita: a mulher no sistema prisional**. Tese (Mestrado). Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/6/6136/tde-24032008-085201/pt-br.php>. Acesso em 15 set. 2016. p. 79.

³⁴ COLOMBAROLI, Ana Carolina de Moraes. **7° Prêmio Construindo a igualdade de gênero: Violação da dignidade da mulher no cárcere: restrições à visita íntima nas penitenciárias femininas**. p. 138.

4.4 MATERNIDADE NO CÁRCERE

De forma contrária ao que foi explanado acima, com a utilização da capacidade de gerar vida que a mulher possui como instrumento de desigualdade e repressão de direitos, a maternidade deve ser vista como uma particularidade feminina a ser respeitada e, principalmente, assegurada na vivência do cárcere. É preciso lembrar que estas mulheres, muitas vezes, deixam filhos aqui fora. Ademais, comumente são presas enquanto grávidas, sendo que estes bebês vem ao mundo já encarcerados, em condições mínimas, quando estas existem. É preciso ter consciência de que, ao tratar acerca do assunto da maternidade vivenciada no cárcere, não há referência tão somente às mulheres presas, mas também aos seus filhos, sejam eles nascidos durante o cumprimento da pena ou não, e que de forma alguma podem ser penalizados em razão das condições em que encontram-se suas genitoras.³⁵

Levando em considerações os comentários já tecidos acerca das condições estruturais das unidades prisionais no Brasil, principalmente no que se refere ao escasso espaço destinado exclusivamente a mulheres presas, não é novidade alguma o fato de que, na grande maioria dos estabelecimentos, não há qualquer estrutura para as mulheres grávidas, muito menos para que consigam conviver com seus filhos recém nascidos durante o tempo regulamentado. Neste diapasão, inicia-se também a discussão acerca do fato de esses bebês serem criados em estabelecimentos prisionais. De um lado está a necessidade de amamentação e da criação de vínculo entre mãe e filho e de outro está a consideração da inadequação das unidades prisionais para comportar a criação desses bebês, mesmo que na grande maioria apenas em seus primeiros meses de vida.³⁶

A Lei nº 7.210/1984 frequentemente faz alusão aos direitos que a mulher que encontra-se encarcerada e grávida possui, a exemplo do art. 14, § 3º que refere-se a assistência à saúde e todo o acompanhamento necessário em relação ao pré-natal e ao parto, bem como os cuidados necessários após dar à luz, estendendo tais cuidados ao recém-nascido. Ainda o art. 83, § 2º prevê que: “Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade”.

Além disso, no ano de 2009 adveio a Lei nº 11.942, que trouxe algumas alterações ao que dispunham alguns artigos da Lei de Execução Penal em relação a vivência da maternidade no cárcere,

³⁵ BRASIL. Governo Federal e Ministério da Justiça. **Relatório Final Interministerial**. 2007. Disponível em: http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwiB7bj4sarPAhULjJAKHTPcDRMQFggcMAA&url=http%3A%2F%2Fcarceraria.org.br%2Fwpcontent%2Fuploads%2F2012%2F09%2FRELATORIO_FINAL_vers%25C3%25A3o_97-20031.pdf&usg=AFQjCNEiJ8-JOVzPddsRfxL433yhuQ51Ug. Acesso em 11 set. 2016. p. 78.

³⁶ MELLO, Daniela Canazaro de. **Prisão feminina: gravidez e maternidade – um estudo da realidade em Porto Alegre - RS/Brasil e Lisboa/Portugal**. 2014. Disponível em: http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0ahUKEwjZ46ubzarPAhWHTZAKHQoTANwQFggkMAE&url=http%3A%2F%2Frepositorio.pucrs.br%2Fdspace%2Fbitstream%2F10923%2F6671%2F1%2F000459044-Texto%252BParcial%252Bv.10.pdf&usg=AFQjCNH3dMucY3PeWhOVczKm_L8WtEdn4A&bvm=bv.133700528,d.Y2I. Acesso em 14 set. 2016. p. 14.

sendo que seu art. 89 dispõe que os estabelecimentos para mulheres serão dotados “de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa”.

As estimativas presentes nos estudos corroboram os relatos aqui colacionados. Em uma média geral, creca de 85% das mulheres encarceradas são mães. Dos resultados das pesquisas mais recentes realizadas em relação ao sistema carcerário feminino depreende-se que apenas 34% das unidades exclusivamente femininas dispõe de cela ou dormitório adequado para gestantes, sendo que nos estabelecimentos mistos, que representam a esmagadora maioria de unidades em que as mulheres encontram-se encarceradas, apenas 6% dispunham de espaço específico para a acomodação de presas gestantes. Quanto aos berçários, apenas 32% dos estabelecimentos femininos os possuem, enquanto apenas 3% das unidades mistas encontram-se munidas de berçários. Já em relação às creches, há em apenas 5% das unidades exclusivamente femininas, não havendo nenhuma nas unidades de encarceramento misto.³⁷

Antes de entrar para o sistema, quando mulheres que possuem filhos são encarceradas ou começam a definitivamente cumprir pena por alguma condenação, segundo apontamento da Pastoral Carcerária, em cerca de metade dos casos estes filhos acabam sendo criados por parentes próximos, em suma, avós, sendo que apenas cerca de 20% dos pais desta criança passam a criá-los e o restante divide-se entre orfanatos, tendo uma grande incidência de jovens que acabam como internos em reformatórios juvenis ou presos.³⁸

5 SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA

Dados apontam que atualmente há 607.731 (seiscentos e sete mil, setecentos e trinta e um) presos no Brasil, divididos entre apenas 376.669 (trezentas e setenta e seis mil e seiscentas e sessenta e nove) vagas, havendo, assim, um déficit de ao menos 231.062 (duzentas e trinta e uma mil e sessenta e duas) vagas, gerando uma taxa de ocupação de 161% (cento e sessenta e um por cento). Ademais, a constatação de que em muitos estabelecimentos prisionais, além de não haver água quente, a água encanada, quando há, é disponibilizada apenas uma vez ao dia, quando muito e que os sistemas de ventilação, mesmo nas localidades mais quentes do Brasil, em que a temperatura não diminui dos 40 °C (quarenta graus Celsius), em muitos casos não trata-se nem mesmo de serem deficitários, sendo que na verdade não existem.³⁹

O problema estrutural, além de gerar a mais que conhecida superlotação, enseja o descaso existente com aqueles que padecem atrás das grades. Um grande conjunto de fatores, como a periculosidade, a falta de incentivo e principalmente baixíssimos salários, acabam levando os

³⁷ BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen Mulheres** - Junho de 2014.

³⁸ BRASIL. Governo Federal e Ministério da Justiça. **Relatório Final Interministerial**.

³⁹ BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen Mulheres** - Junho de 2014.

profissionais que trabalham diretamente com os detentos, em suma, carcereiros, não se importarem com a situação em que estes se encontram. Em as passagens do livro, Nana Queiroz⁴⁰ traz relatos aterradores:

As poucas detentas para quem Carol revela que sou jornalista se amontoam ao meu redor para contar histórias horríveis em cochicho. Falam das grávidas que viveram as angústias do parto em celas úmidas e depois viram seus bebês nascerem presos porque ninguém se importou de levá-las a um hospital para dar à luz. Na capital de nosso país. Falam da frieza dos carcereiros que permitem que muitas cheguem ao desespero do suicídio sem nunca encaminhá-las a um psiquiatra. Falam das jovens meninas que vão e voltam com frequência da cadeia, por não acharem outra vida possível quando saem livres. Falam dos horrores da comida que é entregue crua, fria e, às vezes, com cabelos e insetos. Quando olho a quentinha do dia, não tenho coragem de comer. Carol conta que chegou a ficar desnutrida ao chegar, grávida, à Colmeia. Não conseguia ingerir nada daquela refeição de higiene duvidosa e capricho quase nulo.

Eugênio Raúl Zaffaroni defende a ideia de que se não há estrutura adequada para o cumprimento da pena e que a forma de cumprimento a que os presos estão submetidos afrontem à sua dignidade ou mesmo lhes coloquem em condições desumanas ou degradantes devem ser colocados imediatamente em liberdade, pois é inaceitável que sejam penalizados pela defasagem do suprimento estatal.⁴¹

Consoante o entendimento firmado em decisões das cortes internacionais, é cada vez mais disseminada a ideia defendida por Zaffaroni, não sendo mais admissível que o cumprimento da pena se transforme em um calvário e que os presos estejam propensos a estes desmandos, sendo punidos pela inércia do ente que lhes deveria prover um mínimo de condições. Ainda, oportunamente, Roig⁴² defende que:

A política de construção de mais e mais unidades prisionais é medida custosa e unicamente paliativa, que deixa justamente de enfrentar a natureza estrutural e sistêmica do sistema penitenciário. Em outros termos, construir mais vagas não resolverá o mau funcionamento crônico do sistema penitenciário, assim como não afastará a sua natureza endêmica.

Quanto aos estabelecimentos prisionais, em tese, como preconiza art. 82 da LEP, devem ser locais apropriados não apenas para o cumprimento da pena, uma vez que não apenas condenados são recolhidos nestes estabelecimentos, mas também aqueles submetidos a medidas de segurança, aos presos provisórios e egressos. Estes locais devem ter estrutura apropriada como referido no artigo 83, *caput*, da Lei de Execução Penal: “o estabelecimento penal, conforme a sua natureza, deverá contar em suas dependências com áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva”. Também, conforme artigo 85 da referida Lei: “o estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com sua estrutura e finalidade”. Entretanto, sabe-se que a realidade do sistema carcerário brasileiro é muito diferente. Fala-se em um sistema falido, que não atende a função que se

⁴⁰ QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam**. p. 51.

⁴¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Sistemas Penales y Derechos Humanos/Informe Final**. Buenos Aires: Depalma, 1986. p. 206.

⁴² ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal – Teoria Crítica**. Versão digital.

destina e que se encontra sensivelmente superlotado.⁴³

6 A RESSOCIALIZAÇÃO VISTA COMO MITO

Sabe-se que a grande maioria das pessoas que acabam enclausuradas em algum estabelecimento prisional já possui um histórico conturbado, nem sempre em relação ao cometimento de crimes, mas principalmente no que concerne aos problemas sociais que enfrentam. Assim como ocorre quando em liberdade, que grande parte dessas pessoas sucumbe ao mundo do crime tendo em vista o acolhimento que ali encontram frente ao descaso do Estado, fenômeno semelhante ocorre dentro das prisões. O encarcerado acaba por se adaptar ao ambiente em que está inserido, aos poucos adotando trejeitos daqueles que passam a ser as pessoas até então estranhas com quem dividirão ínfimo espaço por longo período de tempo, passam a usar gírias características do cárcere, se adaptam principalmente a hierarquia já existente e ao código dos presos, daqueles que já estão ali há mais tempo e dominam o local, dessa forma moldando sua personalidade e relações em razão das circunstâncias da situação.⁴⁴

Há forte corrente que defende que o Estado promove uma verdadeira *caça às bruxas* em relação àqueles indivíduos considerados menos úteis à sociedade, principalmente àqueles pertencentes às camadas mais baixas na linha econômica, funcionando o encarceramento como um verdadeiro “depósito de indesejáveis”, a todo custo.⁴⁵

Dessa forma, quando deixado o controle da política criminal a cargo do Estado, dificilmente se perceberá qualquer tentativa de implementação de política em prol da ressocialização, considerando que, na teoria, isso não atenderia ao seu interesse mor. O incentivo por si, mesmo que velado, acaba sendo pelas situações que facilitam a inserção desses indivíduos que já encontram-se às margens no mundo do crime, bem como promovendo a segregação social e racial e embate entre as camadas, mostrando-se, ainda, amplamente autoritário e conservador.⁴⁶

Assim, pontual relembrar acerca das funções precípuas da pena. Em contrassenso com aquilo a que se dispõe, ao menos em suas teorias, o enclausuramento, ao invés de "frear a delinquência, parece estimulá-la, convertendo-se em instrumento que oportuniza toda espécie de desumanidade", até porque não traz "nenhum benefício ao apenado; ao contrário, possibilita toda sorte de vícios e degradações".⁴⁷

Ademais, como é de se prever com um mínimo de empatia, ficar enclausurado não é uma situação normal para o ser humano, portanto, penosa e de difícil aceitação. Principalmente nesse

⁴³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. p. 1050-1051.

⁴⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. p. 187.

⁴⁵ WACQUANT, Loïc. **A tentação penal na Europa**. In: Discursos sediciosos.11/02. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 10.

⁴⁶ GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 429.

⁴⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. p. 187.

sistema, em que em poucos casos os presos são tratados como humanos, como seres racionais e dignos de direitos. Sabe-se que os problemas psicológicos desencadeados pelo cárcere são muitos e inevitáveis. Levando em consideração tal fato, é no mínimo antagônico imaginar tal indivíduo deixando a prisão como um cidadão de bem, saudável e amplamente disposto a voltar para a sociedade e com ela conviver harmonicamente, sem enfrentar dificuldades para tanto. Neste tocante, tal problema se intensifica sobremaneira, considerando que o preso não é preparado para a ressocialização enquanto encontra-se no cárcere. Assim, uma circunstância agrava a outra, o que culmina na realidade que se tem hodiernamente.⁴⁸

7 CONCLUSÃO

Inevitável estabelecer uma ligação entre o desrespeito às particularidades de gênero e a falência do sistema prisional, principalmente no que concerne à estrutura deficitária para suportar a massa carcerária existente. Todavia, inegável que esse profuso desrespeito traz raízes históricas e culturais em seu cerne. A mulher, que em outrora, formalmente, era objeto de coisificação, embora tenha conquistado inúmeros direitos, espaço e voz ao longo dos anos, ainda traz em suas costas o estigma de gênero imposto pela sociedade. De fato, a sociedade encontra-se longe de livrar-se, como um coletivo, das amarras arcaicas ligadas ao patriarcado. Em pleno século XXI, a despeito da consideração de muitos de que este já é um problema superado, a ideia de submissão de gênero e da consideração do feminino impera, refletida nas mais diversas áreas do cotidiano: na profusa violência cometida contra mulheres, nos salários mais baixos percebidos se comparados aos dos homens por funções idênticas, na escravização e punição da mulher em razão das particularidades a ela inerentes, como visto na presente pesquisa, na cultura do pensamento e afins.

Importante salientar, ainda, que este estudo não representa este estudo uma tentativa *guache* de vitimizar aqueles que cumprem pena por crimes que de fato cometeram. É apenas um alerta para que esses cidadãos, sejam homens ou mulheres, não acabem penalizados duplamente pelos erros que cometeram, sendo uma vez pela reprimenda que devem cumprir e uma segunda vez pela ineficiência e incompetência do Estado em prover um mínimo de estrutura para que essas pessoas, principalmente atendendo às suas particularidades, cumpram sua pena e neste sistema sejam reinseridos na sociedade de forma a harmonizarem-se com esta.

De fato, infelizmente, a ressocialização, nos dias hodiernos, está muito mais próxima de uma utopia que da realidade. Mas não há de se atribuir tal fato aos encarcerados, como se fosse exclusivamente deles a culpa ao voltarem para a rua e delinquirem. Se não há mínima estrutura ou forma de implementação e de prepara-los para uma vida em liberdade, não é de bom senso acreditar que, ao serem cuspidos para a rua, após anos encarcerados, irão facilmente encontrar um emprego e seguir com suas vidas como bons e ilibados cidadãos. Não se pode esperar por milagres, é necessário

⁴⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. p. 199.

fazer com que o cumprimento da pena atenda às suas funções, principalmente o da ressocialização, que deve começar ainda atrás das grades, justamente para isso servindo o sistema em progressão de regimes prisionais.

O conjunto de análise e conclusão do tema proposto vai muito além daquele limitado no título. Vai muito além do flagrante desrespeito às particularidades de gênero da mulher presa. Versa sobre a superlotação carcerária, sobre a incontestável falência de todo um sistema. Depreendeu-se que a necessidade desmedida de tão somente encarcerar pessoas não é a solução para o problema da criminalidade.

É preciso, mormente, repensar o sistema penitenciário como um todo, partindo, não apenas da questão estrutural, o que é paliativo. Só construir estabelecimentos prisionais não é o caminho. Em verdade, têm-se demonstrado um atalho tortuoso.

Especificamente, a mulher deixa o cárcere com uma mácula eterna. Não bastassem as condições em que se dá o cumprimento da pena, geralmente deixa a prisão sem qualquer perspectiva, anda tendo que, na grande maioria das vezes, tentar encontrar os filhos. Árduas guerras judiciais se iniciam para a tentativa de recuperação da guarda ou mesmo do próprio poder familiar. Luta esta que é composta por outras tantas batalhas, como por exemplo, encontrar um emprego, diferente daquele ilegal que antes exercia, na grande maioria, um lugar para morar e reinserir-se na sociedade, carregando consigo os antecedentes que as denunciam como ex-presidiárias.

As causas e o desrespeito em si às particularidades de gênero fazem parte de um círculo. Em suma, já estão presentes antes mesmo da inserção no mundo do crime, se acentuam quando no encarceramento e acompanham a mulher por toda a vida, como se fosse parte de sua sina ser marcada pelo desrespeito, humilhação e submissão tão somente por ter nascido mulher.

8 REFERÊNCIAS

- BEAUVOIR, Simone de. **O Segundo Sexo**. 4. ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro. 1970;
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal - Parte Geral - Vol. 1** – 21. Ed. São Paulo: Saraiva. 2015;
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004;
- BRASIL. CEJIL. **Relatório sobre mulheres encarceradas no Brasil**. Fevereiro, 2007. Disponível em: http://www.asbrad.com.br/conte%C3%BAdo/relat%C3%B3rio_oea.pdf. Acesso em: 11 set. 2016;
- BRASIL. **Código Penal**. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 2016;
- BRASIL, Código de Processo Penal. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 2016;

BRASIL, Conselho Nacional de Política Criminal Penitenciária (CNPCCP). **Resolução n° 01, de 30 de março de 1999**, que “Recomenda aos Departamentos Penitenciários Estaduais ou órgãos congêneres seja assegurado o direito à visita íntima aos presos de ambos os sexos, recolhidos aos estabelecimentos prisionais”. Disponível em:

https://www.google.com.br/?gws_rd=ssl#q=resolu%C3%A7%C3%A3o+1%2F+99+cnpccp . Acesso em 16 set. 2016;

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988;

BRASIL. Governo Federal e Ministério da Justiça. **Relatório Final Interministerial**. 2007. Disponível em:

http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwiB7bj4sarPAhULjJAKHtPcDRMQFggcMAA&url=http%3A%2F%2Fcarceraria.org.br%2Fwpcontent%2Fuploads%2F2012%2F09%2FRELATORIO_FINAL_vers%25C3%25A3o_97-20031.pdf&usq=AFQjCNEiJ8-JOVzPddsRfxL433yhuQ51Ug. Acesso em 11 set. 2016;

BRASIL. **Lei de Execução Penal**. Lei n° 7.210 de 21 de julho de 1984;

BRASIL, **Lei n° 11.942/2009** que “Dá nova redação aos arts. 14, 83 e 89 da Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, para assegurar às mães presas e aos recém-nascidos condições mínimas de assistência”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/111942.htm. Acesso em 15 set. 2016;

BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen Mulheres** - Junho de 2014. Departamento Penitenciário Nacional, Ministério da Justiça Brasília, 2015. Disponível em <http://s.conjur.com.br/dl/infopen-mulheres-depen.pdf>. Acesso em: 11 set. 2016;

BRASIL, **Resolução n° 14**, de 11 de novembro de 1994. Resolve fixar as regras mínimas para o tratamento do preso no Brasil. Diário Oficial da União, 2 dez. 1994;

BRASIL. Secretaria Especial de Políticas para Mulheres. Disponível em:

<http://www.spm.gov.br/assuntos/violencia/lei-maria-da-penha>. Acesso em: 07, abril. 2016;

CISNE, Miria. **Feminismo e Consciência de Classe no Brasil**. São Paulo: Cortez. 2014;

COLOMBAROLI, Ana Carolina de Moraes. **7° Prêmio Construindo a igualdade de gênero: Violação da dignidade da mulher no cárcere: restrições à visita íntima nas penitenciárias femininas**. Brasília: Presidência da República, Secretaria de Políticas para as mulheres, 2011;

DIAS, Maria Berenice. A **Lei Maria da Penha** na Justiça: a efetividade da Lei **11.340/2006** de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2007;

DIÓGENES, Jôsie Jalles. **Tráfico ilícito de drogas praticado por mulheres no momento do ingresso em estabelecimentos prisionais**. Brasília: 2007;

FERNÁNDEZ, G. T. **Mujer, Cárcel y Derechos Humanos**. In: **Capítulo Criminológico**, Maracaibo, Venezuela, v.23, n.1, 1995;

GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Revan, 2008;

-
- GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 11 ed. Re. Atual. São Paulo: Saraiva. 2015;
- GUIMARÃES, Mariana Costa. **A problemática da visita íntima no cárcere feminino: um estudo de caso sobre a penitenciária Consuelo Nasser**. Disponível em: https://www.google.com.br/?gws_rd=ssl#q=A+problem%C3%A1tica+da+visita+%C3%ADntima+no+c%C3%A1rcere+feminino:+um+estudo+de+caso+sobre+a+penitenci%C3%A1ria+feminina+Consuelo+nasser. Acesso em: 17 set. 2016;
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Coimbra: Arménio Amado, 1974;
- LIMA, Márcia de. **Da visita íntima à intimidade da visita: a mulher no sistema prisional**. Tese (Mestrado). Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/6/6136/tde-24032008-085201/pt-br.php>. Acesso em 15 set. 2016;
- MELLO, Daniela Canazaro de. **Prisão feminina: gravidez e maternidade – um estudo da realidade em Porto Alegre - RS/Brasil e Lisboa/Portugal**. 2014. Disponível em: http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0ahUKEwjZ46ubzarPAhWHTZAKHQoTANwQFggkMAE&url=http%3A%2F%2Frepositorio.pucrs.br%2Fdspace%2Fbitstream%2F10923%2F6671%2F1%2F000459044-Texto%252BParcial%252Bv.10.pdf&usq=AFQjCNH3dMucY3PeWhOVczKm_L8WtEdn4A&bvm=bv.133700528,d.Y2I. Acesso em 14 set. 2016;
- MOUGENOT, Edilson. Curso de Processo Penal, 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015;
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 10º Ed., ver. Atual. e amp, São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014;
- OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. 3º Ed. Rev. Atual. São Paulo: Atlas. 2012;
- PENHA, Maria da. **Sobrevivi... Posso Contar**. 2º Ed. São Paulo: Armazem da Cultura. 2012;
- PINTO, Céli Regina Jardim. Uma história do feminismo no Brasil, 2003;
- QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam**. 1. ed. - Rio de Janeiro : Record, 2015;
- ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal – Teoria Crítica**. São Paulo: Saraiva, 2014;
- WACQUANT, Loïc. **A tentação penal na Europa**. In: Discursos sediciosos. 11/02. Rio de Janeiro: Revan, 2002;
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Sistemas Penales y Derechos Humanos/Informe Final**. Buenos Aires: Depalma, 1986;
- ZAFFARONI, Eugenio Raul e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004;
-

**APLICAÇÃO POR ANALOGIA DA IN SFR Nº 228/02 PARA LIBERAÇÃO DE
MERCADORIA RETIDA EM RAZÃO DO PROCEDIMENTO FISCAL DA IN RFB Nº**

1.169/11, À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA

Loren Tazioli Engelbrecht Zantut¹
Gabriel de Araújo Sandri²
Alice Francisco da Cruz Sales³

Recebido em: 21 maio 2017
Aceito em: 29 maio 2017

Resumo: As mercadorias importadas, para serem introduzidas regularmente no mercado nacional, devem se submeter ao despacho aduaneiro de importação, que é dividido em despacho de consumo e despacho para admissão em regime aduaneiro especial ou aplicado em áreas especiais, sendo ora aprofundado tema referente ao primeiro caso. Dentre os principais órgãos intervenientes no comércio exterior brasileiro encontra-se a Secretaria da Receita Federal do Brasil (SRF), o qual atua diretamente na fiscalização aduaneira de importação, com a parametrização das mercadorias a serem internalizadas em território nacional em um dos quatro canais de conferência aduaneira: verde, amarelo, vermelho e cinza. No canal cinza, no qual a fiscalização é mais severa, é realizado exame documental e a verificação física da mercadoria importada, aplicando-se, por conseguinte, o Procedimento Especial de Controle Aduaneiro (PECA), no qual serão apuradas eventuais fraudes, inclusive no que se refere ao preço declarado da mercadoria. Os procedimentos especiais, que são regulados pela IN RFB 1.169/11 e IN SRF nº 228/02 devem respeitar a MP 2.158-35/01, que, dentre outras normativas, reconhece a possibilidade de liberação da mercadoria mediante garantia antes do término do PECA, o que não foi cumprido pela IN 1.169/11, ocasionando lacuna intransponível. Para a solução da ausência de norma regulamentadora para esta situação, é possível a aplicação do contido na IN SRF nº 228/02, utilizando o primeiro método de preenchimento de lacunas, prescrita no CTN, a analogia. A análise jurisprudencial evidencia entendimento majoritário no sentido de ser possível referida aplicação por analogia, para liberação das mercadorias retidas pela RFB, antes do término do PECA, mediante caução.

Palavras-chave: Procedimento Especial de Controle Aduaneiro. Analogia. IN RFB nº 1.169/11. IN SRF nº 228/02.

**APPLICATION BY ANALOGY OF NORMATIVE INSTRUCTION SFR Nº 228/02 FOR
THE RELEASE OF GOODS WITHDRAWAL IN RESPECT OF THE FISCAL
PROCEDURE OF NORMATIVE INSTRUCTION RFB Nº 1.169 / 11, BASED ON**

¹ Mestranda bolsista PROSUP-CAPES no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Itajaí-UNIVALI, Itajaí – SC, e-mail: lohengel@hotmail.com.

² Mestre em Ciências Jurídicas pelo CPCJ/UNIVALI e Professor de Direito Tributário, Processo Tributário e Prática de Direito Tributário na UNIVALI, Campus Balneário Camboriú – SC, Advogado tributário, e-mail: gabrielsandri@univali.br.

³ Mestre em Ciências Jurídicas pelo CPCJ/UNIVALI e Professora de Direito Processual Constitucional na UNIVALI, Campus Balneário Camboriú - SC, Advogada, e-mail: alicecs@univali.br.

JURISPRUDENCE

Abstract: The imported goods, to be introduced regularly in the national market, must be submitted to the import customs clearance, which is divided into consumer dispatch and dispatch for admission to a special customs regime or applied in special areas, and now deepened theme relating to the first case. Among the main agencies involved in Brazilian foreign trade is the Brazilian's Customs, which acts directly in the customs import inspection, with the parameterization of the goods to be internalized in the national territory in one of the four channels of Customs conference: green, yellow, red and gray. In the gray channel, in which the inspection is more severe, a documentary examination and physical verification of the imported merchandise is carried out, applying, therefore, the Special Customs Control Procedure (PECA), in which any frauds, including Which refers to the declared price of the goods. The special procedures, which are regulated by Normative Instruction RFB 1.169/11 and Normative Instruction SRF nº 228/02, must comply with MP 2.158-35 /01, which, among other regulations, recognizes the possibility of release of the merchandise by guarantee before the end of the Special Customs Control Procedure, which was not fulfilled by Normative Instruction 1.169/11, causing an insurmountable gap. For the solution of the absence of a regulatory rule for this situation, it is possible to apply the contained in Normative Instruction SRF nº 228/02, using the first method of filling gaps, prescribed in the CTN, the analogy. The jurisprudential analysis demonstrates a majority view in the sense that it is possible to apply by analogy, for release of the goods retained by the RFB before the end of the PECA, through a bond.

Keywords: Special Customs Control Procedure. Analogy. IN RFB No. 1,169 / 11. IN SRF No. 228/02.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é identificar a possibilidade, ou não, da aplicação analógica das medidas de cautela fiscal para a liberação de mercadorias retidas em operações de controle aduaneiro, previstas na IN SRF nº 228/02, antes da conclusão do Procedimento Especial de Controle Aduaneiro-PECA regulado pela RFB nº 1.169/11, cuja norma complementar não prevê expressamente essa possibilidade – eis a lacuna normativa –, não obstante ambas buscarem seu critério de validade nos preceitos legais do art. 68, da Medida Provisória nº. 2.158-35/01.

Para tanto, demonstrar-se-á a lacuna invocada (IN 1.169/11) e a semelhança existente entre os preceitos normativos contidos nas duas Instruções Normativas, para, então, discorrer-se sobre a possibilidade, ou não, de se utilizar da analogia como mecanismo de integração do ordenamento tributário e aduaneiro, à luz do entendimento jurisprudencial sobre o tema.

2 DA LACUNA ELOQUENTE DA IN RFB 1.169/11

No direito aduaneiro brasileiro existem pelo menos dois procedimentos especiais de fiscalização, os quais permitem ampla e completa análise das operações de comércio exterior ao Fisco

Federal, quais sejam: a IN SRF nº 228/2002 e IN RFB nº 1.169/2011⁴.

Esses procedimentos, diante dos prejuízos que acarretam aos fiscalizados, pelo irretorquível aumento de gasto com *demurrage*, depreciação, alterações cambiais etc., diferindo sobremaneira a concessão do despacho aduaneiro, vez que impõem a sua interrupção pelo prazo de 90 (noventa dias), prorrogável por igual período, podendo acarretar outras nefastas consequências, tanto no âmbito (i) administrativo, com a inabilitação do Siscomex e/ou a inaptidão do CNPJ e pena de perdimento; quanto no (ii) tributário, cobrando tributos provenientes da subavaliação da base de cálculo da mercadoria, aqueles calculados sobre a renda e/ou a diferença sobre os indiretos - IPI e ICMS; e, inclusive, em responsabilidade (iii) penal dos responsáveis, com a instauração de processos investigatórios de sonegação fiscal, descaminho, lavagem de dinheiro, evasão de divisas, dentre outros, merecem ser vistos com reservas.⁵

Todavia, para abordar a matéria discorrida neste tópico, faz-se necessária a diferenciação propedêutica entre a aplicação da IN SRF nº 228/02 em correlação à da IN RFB nº 1.169/11.

Ab initio, aplica-se a IN nº 228/2002 aos casos em que há suspeita de *interposição fraudulenta de terceiro* (empresa de fachada), a qual, apesar de existente documentalmente (existência jurídica), acaba por inexistir de fato. Desse modo, são identificadas como empresas de existência meramente documental, sem atividade econômica real subjacente, conforme vazado no art. 11, da referida Instrução Normativa, que impõe, como consequência, além da pena de perdimento da mercadoria, a instauração de procedimento para declaração de inaptidão da inscrição da empresa no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica – CNPJ.⁶

Por sua vez, aplica-se o procedimento previsto na IN RFB nº. 1.169/11 quando se desconfia do *cometimento de infração punível com pena de perdimento*, aplicando-se, inclusive, nas situações em que a interposição fraudulenta de terceiro ocorra por empresa com existência factual incontroversa.

Logo, aplica-se o procedimento previsto na IN SRF nº 228/02 quando se desconfiar de interposição fraudulenta de empresa meramente de fachada, sendo que se a interposição fraudulenta for praticada por empresa factualmente existente, descaberia, por evidente, a aplicação da pena de inaptidão de CNPJ, na esteira do art. 33 da Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007⁷, porque se tornaria aplicável, nesse caso, a IN RFB nº. 1.169/11, que não prevê dita sanção.

⁴ BREDA, Felipe Alexandre Ramos. **Os Procedimentos Especiais de Fiscalização Aduaneiros e a Operação Maré Vermelha**. Disponível em: <http://online.sintese.com>. Acesso em: 26.8.2016

⁵ BREDA, Felipe Alexandre Ramos. **Os Procedimentos Especiais de Fiscalização Aduaneiros e a Operação Maré Vermelha**. Disponível em: <http://online.sintese.com>. Acesso em: 26.8.2016

⁶ Entretanto, cumpre ressaltar, em razão da própria gravidade dessa sanção, a suspensão do CNPJ só é cabível quando se comprovar cabalmente que a empresa efetivamente não ostenta existência factual. (FOLLONI, André. **Valor aduaneiro e os procedimentos especiais de fiscalização aduaneira: Instrução Normativa SRF Nº 228/2002 e Instrução Normativa RFB Nº 1.169/2011**. Disponível em: <http://online.sintese.com>. Acesso em: 25 ago. 2016).

⁷ FOLLONI, André. **Valor aduaneiro e os procedimentos especiais de fiscalização aduaneira: Instrução Normativa SRF Nº 228/2002 e Instrução Normativa RFB Nº 1.169/2011**. Disponível em: <http://online.sintese.com>. Acesso em: 25 ago. 2016

Sobre o tema em liça, Felipe Alexandre Ramos Breda⁸ expõe que é apurado na IN RFB nº 1.169 toda e qualquer irregularidade passível de perdimento (art. 1º), o que, após apuração do Fisco, pode ou não culminar em fiscalização severa à empresa, com possível aplicação da IN RFB nº 228/02, se resultar da fiscalização a interposição fraudulenta de terceiro. Assim, o objeto da IN SRF 228/02 é fiscalizar a empresa importadora e sua capacidade econômica, financeira e operacional para atuar no comércio exterior.

É clarividente que a sanção aplicada em caso de condenação advinda do PECA que tramita com base da IN SRF nº 228/02 é mais gravosa do que aquela aplicada nas situações da IN RFB nº 1.169/11, porque, além da pena de perdimento, poder-se-á aplicar a suspensão do CNPJ.

Portanto, em casos em que as mercadorias são parametrizadas no canal cinza de conferência aduaneira, essas poderão incorrer em um dos incisos da IN RFB nº 1.169/2011, conforme elencado no art. 2º dessa norma complementar⁹.

Com efeito, ambas as Instruções Normativas repousam parte da sua densidade jurídica na autorização aberta pelo art. 68, da Medida Provisória nº. 2.158-35/2001:

Art. 68. Quando houver indícios de infração punível com a pena de perdimento, a mercadoria importada será retida pela Secretaria da Receita Federal, até que seja concluído o correspondente procedimento de fiscalização.

Parágrafo único. **O disposto neste artigo aplicar-se-á na forma a ser disciplinada pela Secretaria da Receita Federal, que disporá sobre o prazo máximo de retenção, bem assim as situações em que as mercadorias poderão ser entregues ao importador, antes da conclusão do procedimento de fiscalização, mediante a adoção das necessárias medidas de cautela fiscal.** (grifos acrescentados).

Percebe-se, claramente, portanto, que a Instrução Normativa SRF nº 228/02 disciplinou, em respeito à disciplina contida na norma que lhe dá suporte (art. 68, da MP 2.158-35/01), a possibilidade de liberação da mercadoria mediante garantia, caução esta que deverá ser fixada pelo Fisco Federal no prazo de 10 (dez) dias, a contar da data do início do PECA, consistente no depósito do valor da mercadoria, que deverá ser efetuado, segundo o seu art. 7º, § 3º., por depósito em moeda corrente, fiança bancária ou seguro garantia em favor da União.

De outra ponta, a IN RFB nº 1.169/11 fora criada com o objetivo precípuo de também cumprir o art. 68, da MP 2.158-35/01, ou seja, regulamentar o procedimento que busca fiscalizar as operações de importações e aplicar, se necessário, a penalidade de perdimento da mercadoria. Referido objetivo se encontra expressamente mencionado no preâmbulo da referida norma complementar:

O SECRETÁRIO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL, no uso da atribuição que lhe confere o inciso III do art. 273 do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil, aprovado pela Portaria MF nº 587, de 21 de dezembro de 2010 e tendo em vista o disposto nos arts. 34 e 793 a 795 do Decreto nº 6.759, de 5 de fevereiro de 2009, no art. 36

⁸ BREDA, Felipe Alexandre Ramos. **Os Procedimentos Especiais de Fiscalização Aduaneiros e a Operação Maré Vermelha**. Disponível em: <http://online.sintese.com>. Acesso em: 26 ago. 2016.

⁹ BRASIL. Secretaria da Receita Federal do Brasil. **Instrução Normativa nº 1.169 de 29 jun. 2011**. Estabelece procedimentos especiais de controle, na importação ou na exportação de bens e mercadorias, diante de suspeita de irregularidade punível com a pena de perdimento. Diário Oficial da União, de 30/06/2011, seção, pág. 12.

da Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993 e **no art. 68 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001**, resolve: (grifos acrescentados).

Não obstante provenha da mesma fonte normativa (art. 68, da MP 2.158-35/01) da IN SRF nº 228/02, a IN RFB nº 1.169/11 não estabeleceu qualquer condição para que o fiscalizado consiga liberar liminarmente a mercadoria sobre a qual repousa a fiscalização.

Eis, então, a evidência da lacuna intransponível: ao deixar de estabelecer as situações em que a mercadoria deva ser entregue ao importador antes do término do procedimento investigatório e os meios para efetivação dessa entrega, inclusive com a fixação de prestação de garantia, a IN RFB nº 1.169/11 encampa um “silêncio eloquente”, em desrespeito, inclusive, à determinação contida na segunda parte do parágrafo único, do art. 68, da MP 2.158-35/01, norma de hierarquia superior que lhe dá o suporte jurídico necessário.

Como se percebe, dito silêncio/omissão resulta, infalivelmente, em diversos prejuízos ao fiscalizado, já relacionados exemplificadamente adrede.

Deveras, evidenciada a semelhança entre as duas instruções normativas – visto que se embebedam da mesma fonte normativa (MP 2.158-35/01) e ambas regulamentam a atividade de fiscalização aduaneira, cada qual com suas nuances –, torna-se imprescindível a abordagem sobre os mecanismos de integração da norma jurídica, notadamente quanto ao emprego da analogia (art. 108, inc. I, do CTN).

3 ANALOGIA COMO MECANISMO DE INTEGRAÇÃO DA LEGISLAÇÃO

TRIBUTÁRIA E ADUANEIRA

Em linguagem direta, interpretar, para o direito, significa encontrar o conhecimento do real sentido e alcance da norma jurídica aplicável ao caso, objeto da investigação tributária do exegeta¹⁰.

A interpretação da legislação tributária tem início no princípio da legalidade tributária, constante no art. 150, inciso I, da CRFB/88, que dispõe que “sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça”¹¹.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-Lei nº 4.657/42), regulamentando de modo geral todo o ordenamento jurídico pátrio, previu, em seus artigos 4º e 5º, a aplicação de interação legislativa em casos de omissão da lei, o que também serve de fonte para aplicação das normas tributárias. Reproduz-se o dispositivo:

Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

¹⁰ LAURIANO, Paulo. **Interpretação da Legislação Tributária**. Disponível em: <http://online.sintese.com>. Acesso em: 8.9.2016

¹¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988

Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum¹².

Observe-se, mais especificamente, que o estudo da interpretação legislativa, no direito tributário, desdobra-se nos artigos 107 a 112 do CTN. O art. 107, do CTN, determina expressamente que a legislação tributária será interpretada nos ditames contidos no capítulo IV - Interpretação e Integração da Legislação Tributária.

O art. 108, do mesmo dispositivo legal, aborda a integração da legislação tributária, isto é, o que fazer em caso de não haver disposição expressa sobre determinada questão, arrolando quatro métodos de integração, em ordem sucessiva, sendo a primeira delas a analogia¹³.

Leciona Machado¹⁴ que a teoria das lacunas possui papel de grande relevância no direito moderno, afirmando que a existência de lacunas se trata de uma postura ideológica.

Mais especificamente sobre a analogia, assim discorre:

Analogia. É o meio de integração pelo qual o aplicador da lei, diante de lacuna desta, busca solução para o caso em norma pertinente a casos semelhantes, análogos. O legislador nem sempre consegue disciplinar expressa e especificamente todas as situações. O mundo fático é complexo e dinâmico, de sorte que é impossível uma lei sem lacunas. Assim, diante de uma situação para a qual não há dispositivo legal específico, aplica-se o dispositivo pertinente a situações semelhantes, idênticas, análogas, afins.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal analisou a aplicação da analogia para preencher as lacunas no direito tributário e aduaneiro e assentou que, nas situações em que se aplica analogicamente uma norma a um fato, “[...] faz-se resultar dele [fato] – que não se encontra previsto na hipótese nela [lei] contida – o mesmo efeito que a lei atribui ao fato que lhe é análogo e que, abstratamente, configura a hipótese nela descrita¹⁵.

Em suma, é possível verificar que a analogia é aplicada para preencher lacuna no direito tributário e aduaneiro, buscando solução para o caso, utilizando norma pertinente a situações semelhantes, sendo a primeira medida a ser tomada, conforme determinado pelo legislador no art. 108, do CTN.

Na situação ora estudada, é clarividente a lacuna existente, razão pela qual demonstra-se inteiramente possível e necessário a aplicação da analogia para a integração do ordenamento tributário e aduaneiro, aplicando-se dispositivo contido na Instrução Normativa SRF nº 228/02 para a liberação de mercadorias retidas pela RFB, motivada pelo procedimento especial de controle aduaneiro instaurado por meio da IN RFB nº 1.169/11, então omissa.

Sobre a referida aplicação, embora se reconheça inexistir entendimento pretoriano pacífico,

¹² BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 09 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Brasília

¹³ PULSEN, Lauro. **Curso de Direito Tributário Completo**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 87

¹⁴ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 113

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão nº 640.474/SP, Recurso Especial. Relator: Ministro Ricardo Levandowski. **DJe**. Brasília, 28 abr. 1978.

pode-se observar uma maior inclinação jurisprudencial daqueles que reconhecem a validade e necessidade do uso analógico das medidas de liberação antecipada das mercadorias previstas na Instrução Normativa SRF nº 228/02 para aqueles retidas com base na IN RFB nº 1.169/11, consoante se buscará demonstrar a seguir.

4 DO POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL SOBRE A MATÉRIA

Como visto, a Medida Provisória nº 2.158-35/01 é a base para o procedimento especial de controle aduaneiro, o qual tem por objetivo combater a ocorrência das infrações em comércio exterior.

Esse combate se encontra administrativamente regulamentado pelas Instruções Normativas mencionadas, sendo que somente a mais antiga (IN 228/02) estabelece os meios para a liberação cautelar da mercadoria, o que também deveria vir contido naquela norma complementar de 2011.

Sobre a matéria, o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a lacuna normativa invocada, valendo-se da integração por analogia, nos PECA regulados pela IN RFB nº 1169/11, para reconhecer o direito do fiscalizado ter sua mercadoria liberada antes do término desse controle fiscal, com base nos preceitos da IN SRF nº 228/02:

TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. FISCALIZAÇÃO ADUANEIRA. INDÍCIOS DE IRREGULARIDADES PUNÍVEIS COM PENA DE PERDIMENTO. LIBERAÇÃO DE MERCADORIAS. PRESTAÇÃO DE CAUÇÃO EM DINHEIRO. POSSIBILIDADE. [...] 7. **Desse modo, verifica-se que é cabível a liberação das mercadorias importadas quando há prestação de caução em dinheiro, visto que a exigência da garantia é forma de preservar a efetividade da aplicação da pena de perdimento. 8. Mesmo porque, por expressa determinação legal (art. 68, parágrafo único c/c art. 80 da Medida Provisória 2.158-35/2001), o legislador previu a liberação de mercadoria retida quando submetida a Procedimento Especial de Controle, devendo a Autoridade Fiscal Aduaneira ter estabelecido as hipóteses de liberação de mercadoria antes do término do procedimento de fiscalização, mediante a adoção de medidas de cautela fiscal, fazendo prevalecer, na omissão da IN RFB 1.169/2011, a disposição contida na IN SRF 228/2002. 9. Cumpre ressaltar que a IN SRF 228/2002 já foi considerada válida pelo Superior Tribunal de Justiça, em hipótese análoga à dos autos, quando do julgamento do REsp. 1.105.931, Rel. Min. Mauro Campbell, DJe 10.2.2011 10. Recurso Especial não provido. (grifou-se)¹⁶.**

Nota-se que o egrégio Tribunal da Cidadania, além de reconhecer a lacuna normativa, constata que o silêncio normativo representa um desrespeito à sua norma de suporte (MP 2.158-35/2001), conquanto a mesma ter determinado a liberação da mercadoria antes do término da fiscalização. Assim, não caberia ao fisco, quando da regulamentação dos meandros da fiscalização, inobservar essa garantia do contribuinte.

Entretanto, nesse mesmo Recurso Especial agitado pela União, depreende-se que o Fisco Federal levantou a tese de que as mercadorias importadas, que se encontram sob suspeita de fraude punível com pena de perdimento (IN RFB 1.169/2011), devem seguir a regra, que é sua manutenção

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1530429 RS 2015/0099424-8. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, 09 de junho de 2015. **Dje**. Brasília, 30 jun. 2015.

junto à RFB, retendo-a até a conclusão da fiscalização.

Esse fundamento foi objeto de expressa deliberação, cuja pertinência fora rechaçada, por unanimidade, pela Segunda Turma do STJ, a qual reconheceu a possibilidade de liberação das mercadorias importadas quando há prestação de caução em dinheiro, visto que a exigência da garantia preserva a aplicação da pena de perdimento, além de haver expressa previsão legal no art. 68, parágrafo único, c/c art. 80 da Medida Provisória 2.158-35/2001.

Entende o STJ, ainda, que a Autoridade Fiscal Aduaneira deve estabelecer, por força legal, as hipóteses de liberação de mercadoria antes do término do procedimento de fiscalização, por meio da adoção de medidas de cautela fiscal, que, no caso da omissão, faz prevalecer a aplicação do disposto na IN SRF nº 228/2002 para preencher a lacuna advinda da omissão da IN RFB nº 1.169/2011.

Com efeito, afigura-se firme e sedimentado esse entendimento perante o referido Sodalício, tanto que os Recursos Especiais que lhe são distribuídos recebem julgamento monocrático do Relator, conforme ocorrera, por exemplo, no REsp nº 1.604.064/SC¹⁷, cuja relatoria foi atribuída a Ilustre Ministra Diva Malerbi, Desembargadora Convocada do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, que assim decidiu:

[...] este Tribunal Superior possui o entendimento sedimentado de que "o legislador previu a liberação de mercadoria retida quando submetida a Procedimento Especial de Controle, devendo a Autoridade Fiscal Aduaneira ter estabelecido as hipóteses de liberação de mercadoria antes do término do procedimento de fiscalização, mediante a adoção de medidas de cautela fiscal, fazendo prevalecer, na omissão da IN RFB 1.169/2011, a disposição contida na IN SRF 228/2002". [...]

Logo, não há ilegalidade na possibilidade da prestação de garantia para a liberação das mercadorias importadas quando há procedimento fiscal de investigação em que são apontados indícios de infração punível com a pena de perdimento. [...] (grifos acrescidos).

Assim, na mesma linha do entendimento anterior exarado pela Segunda Turma do STJ, a Ilustre Relatora da Primeira Turma da Corte Superior reconheceu ser pacífico o entendimento da possibilidade de liberação das mercadorias retidas pela RFB, em razão de PECA baseado na IN RFB nº 1.169/11, aplicando-se por analogia a disposição contida na IN SRF nº 228/2002.

No que tange aos entendimentos dos Tribunais Regionais Federais, ainda há divergência de julgamentos. No entanto, os Desembargadores Federais, em sua maioria, vêm acatando o mesmo pensamento dos Ministros do STJ, reconhecendo a possibilidade de liberação das mercadorias retidas, pela aplicação da IN RFB nº 1.169/11.

A título ilustrativo, com o fito de se evitar uma enfadonha repetição de argumentos, colaciona-se o seguinte julgado do Tribunal Regional Federal da Quarta Região, representativo do seu posicionamento:

¹⁷ BRASIL. STJ. Decisão Monocrática **REsp nº 1.604.064** - SC. Recorrente: Fazenda Nacional. Relator: Ministra Diva Malerbi, Desembargadora Convocada do Tribunal Regional Federal da Terceira Região. Brasília, DF, 30 de maio de 2016. **Dje**. Brasília, 14 2016.

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. LIBERAÇÃO DE MERCADORIAS. PRESTAÇÃO DE CAUÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. A retenção das mercadorias foi pautada no procedimento especial de controle aduaneiro instaurado com base na Instrução Normativa RFB nº 1.169/2011.
2. Muito embora a autoridade impetrada entenda que as Instruções Normativas nº 228/2002 e 1.169/2011 tratam de situações distintas, impende atentar que a suspeita de interposição fraudulenta de terceiros, amolda-se tanto na previsão da IN/SRF nº 228/02 como na IN/SRF nº 1.169/2011.
3. Conclui-se, portanto, que tanto o antecedente da norma (fato que deu causa ao procedimento especial de controle) como o consequente (pena de perdimento) são os mesmos para a hipótese dos autos nos dois atos normativos. Logo, inexistente qualquer razão para deixar de aplicar à hipótese a previsão de liberação das mercadorias mediante caução com base no art. 7º da IN/SRF nº 228/02¹⁸.

A Primeira Turma do TRF4, em que pese reconhecer que a Autoridade Aduaneira pode e deve reter produtos no intuito de acautelar os interesses alfandegários, em casos de fundados indícios de interposta pessoa em importação, até que consequente investigação constitua o suporte do eventual ato efetivamente punitivo (no caso, perdimento), existe previsão legal para liberação das mercadorias.

Expõe o Relator que o PECA tem caráter fiscalizatório e é o preparo ao devido processo de perdimento, razão pela qual a conclusão pela inexistência das supostas irregularidades não torna o PECA ilícito, pois decorrente e fundado no império cautelar do poder de polícia administrativo.

No entanto, a Egrégia 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região tem a concepção de que a impossibilidade de liberação das mercadorias para investigação fiscal acarretaria em prejuízos graves à pessoa que visa importá-las, acarretando entraves no exercício da sua atividade comercial.

Com o intuito de evitar tais prejuízos, além de harmonizar o conflito de interesses públicos e privados, é possível que, antes de finalizar a investigação aduaneira, a mercadoria seja liberada, desde que prestada caução, conforme visto na legislação delineada acima.

Deve-se levar em conta, segundo a Apelação ora analisada, que o comércio exterior se trata de atividade econômica regulada pelo Estado, por ser de interesse político-econômico da sociedade. Desta maneira, no Direito Aduaneiro há claro conflito de princípios constitucionais, o qual deve articular uma interação operacional, no sentido de proteger o núcleo essencial de cada princípio, sendo que: i) em alguns casos, restringem-se direitos do importador, no intuito de proteger a administração do fato aduaneiro; enquanto ii) em outros, valoriza-se a internalização, agilizando o tráfego da mercadoria.

A Primeira Turma, ao analisar a possibilidade de liberação dos produtos retidos, antes de findo o PECA aberto com base na IN RFB nº 1.169/11, harmonizou o conflito em zona intermediária, reconhecendo como legítima a retenção liminar da mercadoria por parte da RFB, mas, também, a possibilidade de sua liberação mediante certa cautela, isto é, pela oferta da caução em dinheiro. Nesse norte, assim se posicionou o voto vencedor:

¹⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. Apelação Reexame Necessário nº 5009956-22.2014.404.7208. Relator: Jorge Antonio Maurique. Porto Alegre, RS, 15 de abril de 2015. DE. Porto Alegre, 06 mar. 2015.

E é sábia a norma. Numa investigação continuada como a que se apresenta nesses casos, não é possível reter indefinidamente e de forma inflexível todas as mercadorias importadas por uma empresa investigada. Também não é possível simplesmente liberar todas elas mediante um simples compromisso de fidelidade por parte de certo depositário. O vértice da razoabilidade está no gravame operacional da fiança, do depósito em dinheiro, por exemplo, até porque objetiva demonstrar a existência de um fluxo financeiro da empresa, o que corresponde a um dos passos da própria investigação. Dessa forma, entendo que é razoável a liberação provisória da mercadoria **mediante caução em dinheiro**¹⁹.

Levando em conta tais fundamentos, a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da Quarta Região, por unanimidade, reconheceu a possibilidade de liberação das mercadorias, nos termos ora expostos.

Por sua vez, a Segunda Turma deste Tribunal também reconhece a possibilidade explanada, conforme retrata o julgado abaixo:

ADUANEIRO E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. CABIMENTO. IMPORTAÇÃO. PROCEDIMENTO ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO ADUANEIRA. MERCADORIA. RETENÇÃO. LIBERAÇÃO MEDIANTE GARANTIA. 1. É cabível a impetração de mandado de segurança preventivo com o escopo de propiciar a prestação de garantia para a liberação de mercadorias no caso de eventuais operações de importação realizadas durante o prazo de vigência de Procedimento Especial de Controle Aduaneiro. 2. Mercadoria retida em face da instauração do procedimento especial de fiscalização previsto na IN SRF nº 1.169/2011, por suspeita de interposição fraudulenta de terceiros na operação de importação. 3. Reconhecido o direito à liberação da mercadoria mediante prestação de garantia no seu valor integral, sem prejuízo à continuidade dos procedimentos especiais relativos às suspeitas de interposição fraudulenta²⁰.

No julgado acima, a eminente Relatora frisou que a Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil nº 1.169/11 é ato infralegal que contrariou a legislação sobre o tema, prescrita nos arts. 68, parágrafo único e 80, II, da MP nº 2.158-35/2001, por procurar retirar a eficácia prevista para liberação de mercadorias antes da conclusão do procedimento de fiscalização, o que, segundo o julgado, não se pode admitir. Em arremate, assim se posicionou: “Portanto, antes da conclusão do procedimento especial, pode haver liberação das mercadorias mediante prestação de garantia, especificamente depósito em moeda corrente, fiança bancária ou seguro em favor da União”²¹.

Resta demonstrado o entendimento jurisprudencial majoritário do Egrégio Tribunal Regional Federal da Quarta Região, reconhecendo a tese de liberação das mercadorias retidas em procedimento especial de controle aduaneiro, regulado pela IN RFB nº 1.169/11, desde que prestada garantia por caução em dinheiro.

Outros Tribunais Federais pátrios coadunam com este entendimento, vazados, *verbi gratia*, nos seguintes precedentes:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. AGRAVO

¹⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. Apelação Reexame Necessário nº 5009956-22.2014.404.7208. Relator: Jorge Antonio Maurique. Porto Alegre, RS, 15 de abril de 2015. DE. Porto Alegre, 06 mar. 2015.

²⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. Apelação nº 50694072020144047000. Relator: Carla Evelise Justino Hendges. Porto Alegre, RS, 29 de abril de 2015. DE. Porto Alegre, 29 abr. 2015.

²¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. Apelação nº 50694072020144047000. Relator: Carla Evelise Justino Hendges. Porto Alegre, RS, 29 de abril de 2015. DE. Porto Alegre, 29 abr. 2015.

DE INSTRUMENTO. RETENÇÃO DE IMPORTAÇÃO. FISCALIZAÇÃO. LIMINAR. CAUÇÃO. ARTIGO 68, PARÁGRAFO ÚNICO, MP 2.158-35. DESPROVIMENTO DO RECURSO. [...] ²².

TRIBUTÁRIO. LIBERAÇÃO DE MERCADORIAS IMPORTADAS APREENDIDAS. DECRETO Nº 6.759/2009. FRAUDE NO ATO DE IMPORTAÇÃO. INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA. NÃO COMPROVAÇÃO DA REGULARIDADE DA AQUISIÇÃO. APELAÇÃO IMPROVIDA. [...] ²³.

TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPORTAÇÃO. PROCEDIMENTO ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO. POSSÍVEL INFRAÇÃO PUNÍVEL COM A PENA DE PERDIMENTO DAS MERCADORIAS. CABIMENTO DA LIBERAÇÃO DOS BENS MEDIANTE CAUÇÃO EM DINHEIRO NO VALOR DA AVALIAÇÃO. LEGALIDADE E APLICABILIDADE DA IN/SRF Nº 228/02. PRECEDENTES DO STJ. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO PARA O FISCO. IRREVERSIBILIDADE DA MEDIDA PARA O CONTRIBUINTE ²⁴.

Destarte, à luz do exposto, observa-se que a jurisprudência pátria, em sua maioria, acolhe a tese da possibilidade de se liberar as mercadorias retidas em procedimento especial de controle aduaneiro, regulado pela IN RFB nº 1.169/11, por aplicação analógica da IN SRF nº 228/02, principalmente do dispositivo legal que trata da possibilidade de liberação da mercadoria antes do término do procedimento especial, desde que a empresa investigada proceda ao depósito do valor da mercadoria, ou seja, desde que preste garantia, equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria, na forma do § 1º, do art. 7º, da IN SRF nº 228/02.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observou-se, pelo estudo, que o procedimento especial de controle aduaneiro é regulamentado por pelo menos duas Instruções Normativas, a IN RFB 1.169/11 e a IN SRF nº 228/02, sendo que a primeira é lacunosa quanto à possibilidade de liberação de mercadorias importadas, mediante garantia, antes do término do PECA que regulamenta, ao passo que a segunda prevê, expressamente, as condições necessárias de liberação, em fina sintonia com norma que dá suporte a ambas as Instruções (Medida Provisória 2.158-35/2001).

Assim, diante dos temas abordados, é possível concluir que a jurisprudência majoritária vem acolhendo, acertadamente, a tese que reconhece a possibilidade de liberar as mercadorias retidas em procedimento especial de controle aduaneiro, regulado pela IN RFB nº 1.169/11, antes do término do PECA, por aplicação da IN SRF nº 228/02, principalmente do dispositivo legal que trata da possibilidade de liberação da mercadoria antes do término do procedimento especial, desde que a empresa investigada proceda ao depósito do valor da mercadoria, ou seja, desde que preste garantia em dinheiro equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria, na forma do § 1º, do art. 7º, da IN SRF nº 228/02.

²² BRASIL. **Tribunal Regional Federal da Terceira Região**. Acórdão nº 491476 - 0033112-18.2012.4.03.0000. Relator: Desembargador Federal Carlos Muta. Terceira Turma. São Paulo, SP, 01 de agosto de 2013. **E-djf3**. São Paulo, 09 ago. 2013.

²³ BRASIL. **Tribunal Regional Federal da Quinta Região**. Apelação nº 08082356620154058100. Relator: Desembargador Federal Edílson Nobre. Quarta Turma. Recife, PE, 30 de junho de 2016. **DE**. Recife, 30 jun. 2016.

²⁴ BRASIL. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região**. Agravo de Instrumento nº 0000030-18.2015.4.02.0000, Turma Espec. Ii - Tributário. Desembargador Federal Luiz Antônio Soares, RJ, 17 de junho de 2015. **DE**. Rio de Janeiro, 19 jun. 2015.

6 REFERÊNCIAS

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

BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 09 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Brasília

BRASIL. Secretaria da Receita Federal do Brasil. Instrução Normativa nº 1.169 de 29 jun. 2011. **Estabelece procedimentos especiais de controle, na importação ou na exportação de bens e mercadorias, diante de suspeita de irregularidade punível com a pena de perdimento**. Diário Oficial da União, de 30/06/2011, seção, pág. 12.

BRASIL. Secretaria da Receita Federal do Brasil. Instrução Normativa nº 228 de 21 out. 2002. **Dispõe sobre procedimento especial de verificação da origem dos recursos aplicados em operações de comércio exterior e combate à interposição fraudulenta de pessoas**. Diário Oficial da União, de 23/10/2002, seção 1, pág. 9.

BRASIL. Secretaria da Receita Federal do Brasil. Instrução Normativa nº 1.169 de 29 jun. 2011. **Estabelece procedimentos especiais de controle, na importação ou na exportação de bens e mercadorias, diante de suspeita de irregularidade punível com a pena de perdimento**. Diário Oficial da União, de 30/06/2011, seção, pág. 12.

BRASIL. STJ. Decisão Monocrática **REsp nº 1.604.064 - SC**. Recorrente: Fazenda Nacional. Relator: Ministra Diva Malerbi, Desembargadora Convocada do Tribunal Regional Federal da Terceira Região. Brasília, DF, 30 de maio de 2016. **DJe**. Brasília, 14 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1530429 RS 2015/0099424-8. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, 09 de junho de 2015. **DJe**. Brasília, 30 jun. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão nº 640.474/SP, Recurso Especial. Relator: Ministro Ricardo Levandowski. **DJe**. Brasília, 28 abr. 1978.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. Apelação nº 50694072020144047000. Relator: Carla Evelise Justino Hendges. Porto Alegre, RS, 29 de abril de 2015. **DE**. Porto Alegre, 29 abr. 2015.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal da Quarta Região**. Apelação nº 50694072020144047000. Relator: Carla Evelise Justino Hendges. Porto Alegre, RS, 29 de abril de 2015. **DE**. Porto Alegre, 29 abr. 2015.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. Apelação Reexame Necessário nº 5009956-22.2014.404.7208. Relator: Jorge Antonio Maurique. Porto Alegre, RS, 15 de abril de 2015. **DE**. Porto Alegre, 06 mar. 2015.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. Apelação Reexame Necessário nº 5009956-22.2014.404.7208. Relator: Jorge Antonio Maurique. Porto Alegre, RS, 15 de abril de 2015. **DE**. Porto Alegre, 06 mar. 2015.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal da Quinta Região**. Apelação nº 08082356620154058100. Relator: Desembargador Federal Edilson Nobre. Quarta Turma. Recife, PE, 30 de junho de 2016. **DE**. Recife, 30 jun. 2016.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região**. Agravo de Instrumento nº 0000030-18.2015.4.02.0000, Turma Espec. II - Tributário. Desembargador Federal Luiz Antônio Soares, RJ, 17 de junho de 2015. **DE**. Rio de Janeiro, 19 jun. 2015.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal da Terceira Região**. Acórdão nº 491476 - 0033112-18.2012.4.03.0000. Relator: Desembargador Federal Carlos Muta. Terceira Turma. São Paulo, SP, 01 de agosto de 2013. **E-djf3**. São Paulo, 09 ago. 2013.

BREDA, Felipe Alexandre Ramos. **Os Procedimentos Especiais de Fiscalização Aduaneiros e a Operação Maré Vermelha**. Disponível em: <http://online.sintese.com>. Acesso em: 26.8.2016

BREDA, Felipe Alexandre Ramos. **Os Procedimentos Especiais de Fiscalização Aduaneiros e a Operação Maré Vermelha**. Disponível em: <http://online.sintese.com>. Acesso em: 26.8.2016

BREDA, Felipe Alexandre Ramos. **Os Procedimentos Especiais de Fiscalização Aduaneiros e a Operação Maré Vermelha**. Disponível em: <http://online.sintese.com>. Acesso em: 26.8.2016

FOLLONI, André. **Valor Aduaneiro E Os Procedimentos Especiais De Fiscalização Aduaneira: Instrução Normativa SRF Nº 228/2002 e Instrução Normativa RFB Nº 1.169/2011**. Disponível em: <http://online.sintese.com>. Acesso em: 25.8.2016

FOLLONI, André. **Valor Aduaneiro E Os Procedimentos Especiais De Fiscalização Aduaneira: Instrução Normativa SRF Nº 228/2002 e Instrução Normativa RFB Nº 1.169/2011**. Disponível em: <http://online.sintese.com>. Acesso em: 25.8.2016

LAURIANO, Paulo. **Interpretação da Legislação Tributária**. Disponível em: <http://online.sintese.com>. Acesso em: 8.9.2016

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 113

PULSEN, Lauro. **Curso de Direito Tributário Completo**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 87

ABORTO DE BEBÊS ANENCEFÁLICOS: DIREITO À VIDA DO FETO ANENCÉFALO X DIREITO À LIBERDADE DE ESCOLHA DA MULHER

Ivana Coldebella¹

Ivone Moreira²

Recebido em: 23 mar. 2017

Aceito em: 11 maio 2017

Resumo: O presente artigo é produto da monografia que tem por objetivo discutir a possibilidade ou não de interromper a gestação em caso de fetos anencefálicos; Fazer considerações sobre o direito à vida; Discorrer sobre o aborto a partir da doutrina pátria; Conceituar a anencefalia, e discorrer sobre argumentos favoráveis e contrários a prática de aborto de fetos anencefálicos. Após o estudo e pesquisa pode-se concluir que não existem motivos fortes o suficiente para que se legalize o aborto dos fetos anencefálicos.

Palavras-chave: Aborto. Anencefalia. Aspectos Médicos e Jurídicos. Direito à Vida.

ABORTION OF ANENCEFÁLICOS BABIES: RIGHT TO THE LIFE OF THE FACT ANENCÉFALO X RIGHT TO THE LIBERTY OF CHOICE OF THE WOMAN

Abstract: This article is the product monograph aims to discuss whether or not to terminate the pregnancy in case of an anencephalic fetus ; Make considerations about the right to life ; Discuss abortion from the homeland doctrine ; Conceptualizing anencephaly , and discuss arguments for and against the practice of abortion of anencephalic fetuses. After the study and research it can be concluded that there are no compelling reasons enough to make you legalize abortion of anencephalic fetuses.

Keywords: Abortion. Anencephaly. Medical and Legal Aspects. Right to Life.

1 INTRODUÇÃO

A anencefalia se caracteriza por uma má formação do feto. O feto não desenvolve o cérebro nem o cerebelo.

Caso a gestante manifeste o interesse em não prosseguir com a gestação, poderá solicitar serviço gratuito do sistema único de saúde (SUS), sem necessidade de autorização judicial. Os profissionais de saúde também não estão sujeitos a processo por executar a prática.

Discute-se então o direito à vida confrontada com o dilema do aborto de feto anencefalo. Partindo da premissa que a vida se inicia na concepção, mas que o ordenamento jurídico distingue determinados momentos da evolução de tal direito, como o embrião, o feto, até chegar à pessoa humana com advento do nascimento.

¹ Bacharel em direito pela Universidade Alto Vale do Rio do Peixe, campus de Caçador.

² Bacharel em direito, Mestranda no Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Desenvolvimento e Sociedade da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe – UNIARP. E-mail: ivonete.moreira@uniarp.edu.br.

O direito à vida é dentre os direitos humanos o mais essencial, porque dele decorrem todos os outros direitos. Sem o direito à vida, não há que se falar em qualquer outro direito.

No caso da anencefalia, surgem grandes controvérsias com a possibilidade de despenalizar um crime pela vontade de alguns membros da sociedade.

Diante disso, este trabalho tem como objetivo discutir a possibilidade ou não de interromper a gestação em caso de fetos anencéfalos; Fazer considerações sobre o direito à vida e algumas considerações atinentes à história do aborto traçando considerações da evolução legislativa brasileira sobre o delito de aborto; Discorrer sobre o aborto a partir da doutrina pátria, por estudiosos e pela medicina, estudando os elementos conformadores do tipo penal do crime de aborto; Conceituar a anencefalia, e discorrer sobre argumentos favoráveis a prática de aborto de fetos anencéfalos e argumentos daqueles que se posicionam contra a interrupção da gestação de fetos anencéfalos.

Este artigo é produto final da monografia composta por 3 (três) capítulos e baseia-se num estudo qualitativo, caracterizado pela descrição, compreensão e interpretação de fatos e fenômenos. Tendo como foco principal o aborto de fetos anencéfalos e o direito à vida, com argumentos favoráveis e contrários, incluindo a questão religiosa.

2 ANENCEFALIA

Segundo a Abrasco (Associação Brasileira de Saúde Coletiva), a anencefalia consiste em uma má-formação feto, nesse caso o bebê não possui cérebro, calota craniana, cerebelo e meninges, estruturas estas indispensáveis ao regular funcionamento do sistema nervoso central, de modo que tal ausência causa a morte da criança logo após o seu nascimento ou, em casos raros, após algumas horas ou dias de vida³.

No Brasil a incidência é de cerca de 20 casos para cada 10.000 nascidos vivos⁴.

O prognóstico de uma criança nascida a termo é de manutenção de batimentos cardíacos por poucas horas e, no máximo, alguns dias⁵.

A anencefalia se caracteriza pela ausência do córtex cerebral do feto e é facilmente visualizada em um exame de ultrassom devido a massa cerebral exposta. Se realizado diagnóstico por um médico habilitado após a 16ª semana de gestação, a probabilidade de erro será mínima⁶.

Em cada cem crianças, nove apresentam anomalias ínfimas e uma tem alguma anomalia grave. Realizando-se o exame de ecografia podem ser detectadas a maior parte das deformações físicas. A partir da coleta do líquido amniótico da gestante se estabelece o risco genético, possibilitando dessa

³ DINIZ, Débora et. al. A magnitude do aborto por anencefalia: um estudo com médicos. Revista Ciência e Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v. 14, 2009.

⁴ PINOTTI, J. A. **Anencefalia: opinião**. 2015.p.27

⁵ PENNA, Maria Lúcia Fernandes. Anencefalia e morte cerebral (neurológica). **Physis: Revista de Saúde Coletiva**. Physis v.15 n.1 Rio de Janeiro jan./jun. 2005. p. 57

⁶ ANENCEFALIA – perguntas. Outubro, 2015. p. 40.

forma que grande parte das doenças sejam diagnosticadas precocemente a fim de se permitir o aborto terapêutico⁷.

O anencefálico nasce sem o couro cabeludo, calota craniana, meninges, porém o tronco cerebral é geralmente preservado. Este, juntamente com a medula espinhal, controla algumas das funções inconscientes do corpo, como o batimento cardíaco, e coordena a maior parte dos movimentos voluntários⁸.

A legislação brasileira se contradiz, visto que autoriza a retirada de órgãos para transplantes se for diagnosticada a morte encefálica do paciente, constatada e registrada por dois médicos não participantes da equipe e remoção para transplante. Com a remoção dos órgãos conseqüentemente ocorrerá a morte biológica do paciente. Nestes casos, a morte anencefálica é tratada como um fator que pode vir a salvar vidas, já que no Brasil existem milhares de pessoas que necessitam de doação de órgãos para sobreviver⁹.

A jurisprudência moderna vem se manifestando a favor da interrupção gestacional, levando em consideração o sofrimento psicológico da gestante diante do fato de gerar um feto sem possibilidade de sobrevivida, o que estaria violando o princípio da dignidade humana¹⁰.

A visão religiosa é totalmente contrária ao ato do aborto, contrariedade esta gerada principalmente pelos valores defendidos pela religião, em especial, a católica.

Em nota publicada pela Conferência Nacional dos Bispos no Brasil (CNBB), os representantes da instituição se colocaram contrários à legalização do aborto de fetos anencefálicos e defenderam que, ainda nessas situações, não deve ser diminuída a dignidade da vida humana em gestação¹¹.

Os Direitos Fundamentais estão inseridos na Constituição Federal Brasileira e são considerados indispensáveis à pessoa humana, necessários para assegurar a todos uma existência digna, livre e igual¹².

O direito à vida é o principal direito individual tutelado pela Constituição, pois o exercício dos demais direitos depende de sua existência. Contudo o direito à vida deve ser compreendido de forma extremamente abrangente, incluindo o direito de nascer, de permanecer, de defender a própria vida, de ter integridade moral e física e mais uma série de direitos que dele decorrem¹³.

⁷ CHAVES, Antônio. **Direito à vida e ao próprio corpo: intersexualidade, transexualidade, transplantes**. 2. ed. rev. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

⁸ FEITOSA, Gisleno. Interrupção da gestação em caso de anencefalia: opinião de mulheres de classes populares em Teresina-PI. Julho, 2006. p. 48.

⁹ GAIOTTI, Thais Tech. Visão jurídica a respeito do aborto de fetos portadores de anencefalia. Outubro, 2004. p. 171.

¹⁰ JARDIM, Ana Paula; SZORTYKA, Renata Farias; CEZAR, André. O aborto de fetos anencefálicos: aspectos médicos versus aspectos jurídico-penais. Curso de Direito da ULBRA – Campus Guaíba. 2009. p. 57.

¹¹ CNBB - Conferência Nacional Dos Bispos Do Brasil. **Nota da CNBB sobre aborto de feto “anencefálico”**. 2008. p. 4.

¹² PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria geral da constituição e direitos fundamentais**. v. 17.4 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003.

¹³ GAIOTTI, 2004. p. 54.

A liberdade de escolha é uma das notas mais importantes da dignidade da pessoa humana. É a autonomia que a pessoa tem de tomar decisões particulares conforme seus interesses e preferências, ou seja, é a materialização de um direito individual de fazer aquilo que se tem vontade, desde que não prejudique os interesses de outras pessoas¹⁴.

O Tratado Internacional de Direitos Humanos e a Constituição Federal Brasileira garantem o direito à vida e sua preservação desde o momento da concepção¹⁵.

Em relação ao anencéfalo parte da doutrina jurídica e ciências médicas consideram os anencéfalos como natimortos, corroborando com esse posicionamento o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução nº 1.752/04 que considera os anencéfalos como natimortos cerebrais, sendo inaplicáveis e desnecessários os critérios de morte encefálica, já que não possuem o córtex, mas apenas o tronco encefálico. Apesar desse posicionamento, deve-se considerar o feto anencéfalo um ser vivo, titular de direitos, assegurado o direito à vida assim como todos os demais conceitos, independente de serem portadores de alguma má formação ou não¹⁶.

A Constituição Federal dispõe em seu art. 50, II que: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Se a conduta não for obrigatória ou proibida pelo ordenamento jurídico ela será permitida para os particulares, assim todos têm a ampla liberdade de fazer ou deixar de fazer o que bem entender, salvo quando o ordenamento jurídico determinar o contrário¹⁷.

3 ABORTO

Segundo o dicionário Aurélio, aborto é a ação ou efeito de abortar; interrupção dolosa da gravidez, com a expulsão do feto ou sem ela. Já pelo verbo abortar se entende o ato de expulsar prematuramente do útero o embrião ou feto inviável ou não¹⁸.

Juridicamente não é levado em consideração o tempo da gestação como elemento fundamental. Considera-se que a interrupção de gravidez a qualquer momento se configura o aborto¹⁹.

Na legislação brasileira o aborto está especificado entre os artigos 124 e 128 do Código Penal, dentro do capítulo que trata dos crimes contra a vida²⁰.

No Brasil, o aborto é considerado crime, salvo em duas situações, que são, quando a mãe corre

¹⁴ LIMA, George Marmelstein. **Existe um direito fundamental de dispor sobre o próprio corpo?** Direitos fundamentais. Setembro, 2014.

¹⁵ BRASIL. CF/88. Art. 2º.

¹⁶ BRASIL. Resolução no 1.752/2004. Autorização ética do uso de órgãos e/ou tecidos de anencéfalos para transplante, mediante autorização prévia dos pais.

¹⁷ BRASIL.CF/88. Art. 50.

¹⁸ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa.** 3.ed. Curitiba: Positivo, 2004.

¹⁹ JESUS, Damásio E de. **Direito penal.** 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, v. 2. pág. 119.

²⁰ BRASIL. Código Penal. 2008.

risco de morrer, ou quando a gravidez decorre de um estupro. Essas duas exceções estão descritas no Art. 128 do Código Penal²¹.

O termo aborto tem origem no latim e significa “separar do lugar adequado”. Métodos abortivos datam do século XXVIII A.C., tendo sido descoberto na China²².

As primeiras definições de aborto datam de muitos anos antes de cristo.

O Cristianismo fez entender que o feto deve ser sujeito de direito e protegido desde sua concepção, pois já possuiria alma desde então²³.

Santo Agostinho pregava que o aborto só era crime quarenta ou oitenta dias após a concepção, pois era nesse período que o feto tinha alma. Mais tarde, a Igreja Católica passou a condenar severamente o aborto, e a pena de morte foi aplicada tanto à mulher como ao partícipe. A questão principal para o direito canônico era a perda da alma do feto, que ficava sem batismo²⁴.

Os primeiros detratores do aborto pretendiam defender não somente o nascituro, mas também, a mãe e a sociedade²⁵.

A primeira manifestação do direito brasileiro sobre o aborto foi em 1830, no Código Criminal do Império, onde surge pela primeira vez a figura isolada do aborto no capítulo referente aos crimes contra a segurança das pessoas e das vidas²⁶.

O Código Penal vigente, mantém rígido o caráter repressivo da legislação, o que é evidentemente inadequado, já que hoje a tendência é no sentido de que se ampliem os casos de permissão de interrupção da gravidez²⁷.

Podemos classificar o aborto em:

Aborto Terapêutico, que ocorre quando a vida da gestante está em risco, neste caso o médico realiza o aborto com o intuito de salvar a vida da mãe²⁸;

Aborto Sentimental é o aborto nos casos de estupro. Esta espécie de aborto surgiu quando alguns países da Europa, na Primeira Guerra Mundial tiveram suas mulheres violentadas por soldados invasores. Diante da indignação patriótica, criou-se esta espécie de aborto, para que as mulheres estupradas não fossem obrigadas a carregarem em seu ventre os filhos de seus agressores²⁹;

Aborto Eugênico seriam os abortos realizados nos casos de fetos defeituosos (ou até mesmo nos casos de se tornarem defeituosos no futuro); Aborto Social é o aborto feito por falta de

²¹ GOMES, Márcia Pelissari. **O aborto perante legislação pátria**. Universidade de Itaúna, MG. Fevereiro, 2006. Edição 167.

²² PACHECO, Eliana Descovi. O aborto através dos tempos e seus aspectos jurídicos. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, X, n. 39, mar 2007.

²³ BECKER, Marco Antonio. Anencefalia e possibilidade de interrupção da gravidez. *Revista Medicina, Conselho Federal de Medicina*, n. 155, maio/jul. 2005.

²⁴ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. - Parte especial. v. 1. 11. ed. São Paulo: Forense, 1995.

²⁵ MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Aborto e direito penal**. Porto Alegre: Sagra – DC Luzzatto, 1994.

²⁶ FRAGOSO, op. cit. p. 73.

²⁷ PRADO, Danda. **O que é aborto**. 4. ed. São Paulo: Abril Cultural Brasiliense, 1985. p. 62.

²⁸ PEREIRA, Luciano Cesar. Quais são as espécies de aborto e quais são permitidas por nosso ordenamento jurídico. *Junho*, 2010.

²⁹ *Ibid.*, p. 15.

recursos financeiros (quando a mãe não possui condições de sustentar o filho) e; Aborto por motivo de honra é o aborto provocado para esconder motivos que manchem a imagem da mulher perante a sociedade (para esconder a desonra) ³⁰.

Alguns doutrinadores opinam pela não descriminalização, mas em sua maioria encontram fundamento para concordar com tal procedimento, a dignidade da pessoa humana que encontra-se no fato do ser humano gozar de autonomia da vontade, determinando seu modo de agir em conformidade com as normas existentes³¹.

A respeito do aborto de fetos anencéfalos é possível a individualização de duas correntes. A primeira delas concede ao anencéfalo todos os direitos civis os quais um feto normal tem acesso. A segunda entende que os anencéfalos não podem ser sujeitos de direito³².

A Igreja é contra o aborto, não somente dos anencéfalos, pois ela é favorável à vida sem se importar com o estágio do seu desenvolvimento, ou a condição na qual ele se encontre. A vida é sempre um dom de Deus e deve ser respeitada, desde o seu início até o seu fim natural³³.

D. Bergonzini faz uma apelação em seu artigo *Dai a César o que é de César e a Deus o que é de Deus*, para que os fiéis não votem em partido ou candidato que não respeite a vida e os valores familiares. Não obstante, ele apontou especificamente um partido como sendo um partido que se posicionou contra os valores da vida e da família³⁴.

4 DA LEGALIZAÇÃO DO ABORTO NOS CASOS DE FETOS ANENCÉFALOS

Em junho de 2004, foi proposta uma ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF/54), em nome da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), perante o Supremo Tribunal Federal, requerendo a autorização, em todo o território nacional, da prática do aborto em casos de fetos portadores de anencefalia, assegurando aos médicos, uma vez atestada a anomalia por um profissional habilitado, a possibilidade de realizar a interrupção da gestação sem a necessidade de prévio alvará judicial³⁵.

Existe muita divergência de opinião referente a este assunto, algumas pessoas se posicionam favorável quanto ao aborto dos anencéfalos, outros são contra a autorização e a legalização do aborto nesses casos³⁶.

Quem se posiciona favoravelmente ao aborto do feto anencéfalo diz que é um procedimento

³⁰ Ibid., p. 16.

³¹ Ibid., p. 124.

³² DINIZ, Débora; RIBEIRO, Diaulas Costa. **Aborto por anomalia fetal**. Brasília: Letras Livres, 2004.

³³ SCHERER, D.Odilo Pedro. Aborto de fetos com anencefalia. Artigo disponibilizado pela CNBB em 10 de julho de 2004. p. 1.

³⁴ GARCIA, André F. Falleiro. O bispo de Guarulhos afirma: a CNBB não tem autoridade nenhuma sobre os bispos. 2010.

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 54. 2015. p. 1.

³⁶ MILITÃO, Rafael Figueiredo Ximenes. Anencefalia. Rio Grande, XVI, n. 111, abr 2013. p. 16.

necessário, pois o feto não irá sobreviver. Além de beneficiar a mãe e a família, pois não irão passar pelo sofrimento da perda do bebê, porque sabe-se que o mesmo não sobreviverá³⁷.

Favoravelmente à interrupção da gestação manifestam-se profissionais das mais diversas áreas, sob os mais variados fundamentos, bem como pais que passaram por esta experiência e gostariam de ter tido a opção de não levar a gestação até o final³⁸.

Pode-se observar que as opiniões contrárias, em sua maioria, emanam de movimentos de caráter religioso, ou mesmo de pais que optaram pela não interrupção da gravidez e dão seu testemunho a fim de tentar convencer os demais de que o feto anencéfalo é um filho como qualquer outro³⁹.

Estimativas apontam que já foram proferidas mais de três mil autorizações permitindo a interrupção da gestação de fetos portadores de anomalias irreversíveis e incompatíveis com a vida extrauterina⁴⁰.

A jurisprudência relativa à problemática é vasta e existe há pelo menos 20 anos. Dos pedidos judiciais interpostos para interrupção da gestação em caso de anencefalia, raros são os casos em que as autorizações não são concedidas. No que tange à análise jurisprudencial em si, é a maioria das decisões proferidas nos tribunais utilizam a interpretação extensiva dos dispositivos penais, afastando a ilicitude do abortamento em casos de anomalias fetais incompatíveis com a vida⁴¹.

5 CONCLUSÃO

O feto anencéfalo pode estar condenado à morte a partir dos primeiros minutos de vida, porém todos nós estamos correndo este risco a cada minuto de nossas vidas. A morte é única certeza que temos. Todos iremos morrer, porém não é justo que alguém premedite o momento exato em que isso deva acontecer.

Apesar dessa condenação, existem casos de fetos anencéfalos que sobrevivem meses e até mesmo anos. A ciência e a medicina não podem pressupor que o mesmo morra logo após o nascimento, ou seja, não existe absoluta certeza quanto ao tempo de vida de cada ser.

Independente de qualquer deformidade apresentada que o feto possa desenvolver, o mesmo deve estar assegurado. Até porque as deformidades não são inéditas, sempre existiu, o que evoluiu foi a forma científica de identifica-las ainda dentro do útero da mãe.

O amor verdadeiro de mãe é algo sublime e se coloca acima de tudo em defesa de seu filho,

³⁷ MILITÃO, 2003. p. 16.

³⁸ CORRÊA, Ana Lúcia. **O aborto nos casos de fetos anencéfalos: a (im)possibilidade de realização de aborto sob o prisma do Direito penal brasileiro**. Universidade Do Oeste De Santa Catarina – UNOESC. Campus De Videira. Junho. 2007. p. 46.

³⁹ CORRÊA, loc. cit.

⁴⁰ FERNANDES, Maíra Costa. Interrupção de gravidez de feto anencefálico: uma análise constitucional. In SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coord.). *Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 111.

⁴¹ *Ibid.*, p. 111.

ainda mais indefeso, para essas mães seria um erro irreparável cometer o aborto.

Mediante a tudo que foi estudado e pesquisado conclui-se que não existem motivos fortes o suficiente para que se legalize tal aborto, pois o anencéfalo se desenvolve na fase intrauterina, podendo alcançar a maturação e ter nascimento com vida. O feto é ser humano vivente, por isso é portador da vida e da dignidade de ser humano, possui a proteção da Constituição, das leis civis e penais. A má-formação encefálica, não lhe altera a natureza de ser humano nem as garantias constitucionais que tem por direito.

6 REFERÊNCIAS

ANENCEFALIA – **perguntas**. Disponível em:

<<http://www.anencephalieinfo.org/p/perguntas.htm>> Acesso em: Outubro, 2015.

BECKER, Marco Antonio. **Anencefalia e possibilidade de interrupção da gravidez**. Revista Medicina, Conselho Federal de Medicina, n. 155, maio/jul. 2005.

BRASIL. **Código Penal**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil/1988**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: Agosto, 2015.

_____. **Resolução no 1.752/2004**. Autorização ética do uso de órgãos e/ou tecidos de anencéfalos para transplante, mediante autorização prévia dos pais. Disponível em:

<http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2004/1752_2004.htm> Acesso em: Agosto, 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 54**. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial.asp?base=ADPF&sl=anencefalia&processo=54>> Acesso em: Dezembro, 2015.

CHAVES, Antônio. **Direito à vida e ao próprio corpo: intersexualidade, transexualidade, transplantes**. 2. ed. rev. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

CNBB - Conferência Nacional Dos Bispos Do Brasil. **Nota da CNBB sobre aborto de feto “anencefálico”**. Referente ao julgamento do Supremo Tribunal Federal sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. 2008. Disponível em: <<http://www.cnbb.org.br/site/imprensa/sala-de-imprensa/notas-e-declaracoes/1434-nota-da-cnbb-sobre-aborto-de-feto-anencefalico>> Acesso em: Outubro, 2015.

CORRÊA, Ana Lúcia. **O aborto nos casos de fetos anencéfalos: a (im)possibilidade de realização de aborto sob o prisma do Direito penal brasileiro**. Universidade Do Oeste De Santa Catarina – UNOESC. Campus De Videira. Junho. 2007.

DINIZ, Débora et. al. **A magnitude do aborto por anencefalia: um estudo com médicos**. Revista Ciência e Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v. 14, 2009. Disponível em:

<http://www.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S14138123> Acesso em: Outubro, 2015.

DINIZ, Débora; RIBEIRO, Diaulas Costa. **Aborto por anomalia fetal**. Brasília: Letras Livres, 2004.

FEITOSA, Gisleno. **Interrupção da gestação em caso de anencefalia: opinião de mulheres de classes populares em Teresina-PI**. Julho, 2006. Disponível em: <<http://www.portalbioetica.com.br/artigos/Gisleno11.07.06.pdf>> Acesso em: Agosto, 2015.

FERNANDES, Maíra Costa. **Interrupção de gravidez de feto anencefálico: uma análise constitucional**. In SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coord.). Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 111.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 3.ed. Curitiba: Positivo, 2004.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. - Parte especial. v. 1. 11. ed. São Paulo: Forense, 1995.

GAIOTTI, Thais Tech. **Visão jurídica a respeito do aborto de fetos portadores de anencefalia**. Outubro, 2004. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1773/Visao-juridica-a-respeito-do-aborto-de-fetos-portadores-de-anencefalia>> Acesso em: Agosto, 2015.

GARCIA, André F. Falleiro. **O bispo de Guarulhos afirma: a CNBB não tem autoridade nenhuma sobre os bispos**. 2010. Disponível em: <http://www.sacralidade.com/igreja2010/0328.cnbb_bergonzini.html> Acesso em: Outubro, 2015.

GOMES, Márcia Pelissari. **O aborto perante legislação pátria**. Universidade de Itaúna, MG. Fevereiro, 2006. Edição 167. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1094>> Acesso em: Agosto, 2015.

JARDIM, Ana Paula; SZORTYKA, Renata Farias; CEZAR, André. **O aborto de fetos anencéfalos: aspectos médicos versus aspectos jurídico-penais**. Curso de Direito da ULBRA – Campus Guaíba. 2009. Disponível em: <<http://guaiba.ulbra.br/seminario/eventos/2009/artigos/direito/salao/560.pdf>> Acesso em: Agosto, 2015.

JESUS, Damásio E de. **Direito penal**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, v. 2.

LIMA, George Marmelstein. **Existe um direito fundamental de dispor sobre o próprio corpo?** Direitos fundamentais. Setembro, 2014. Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/>> Acesso em: Outubro, 2015.

MATIELO, Fabrício Zamproga. **Aborto e direito penal**. Porto Alegre: Sagra – DC Luzzatto, 1994.

MILITÃO, Rafael Figueiredo Ximenes. **Anencefalia**. Rio Grande, XVI, n. 111, abr 2013. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13054&revista_caderno=6> Acesso em: Agosto, 2015.

PACHECO, Eliana Descovi. **O aborto através dos tempos e seus aspectos jurídicos**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, X, n. 39, mar 2007. Disponível em: <<http://www.ambito->

uridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&artigo_id=3740> Acesso em: Outubro, 2015.

PENNA, Maria Lúcia Fernandes. **Anencefalia e morte cerebral (neurológica)**. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*. Physis v.15 n.1 Rio de Janeiro jan./jun. 2005. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-73312005000100006>> Acesso em: Agosto, 2015.

PEREIRA, Luciano Cesar. **Quais são as espécies de aborto e quais são permitidas por nosso ordenamento jurídico**. Junho, 2010. Disponível em: <<https://lucianoadv.wordpress.com/2010/07/23/quais-sao-as-especies-de-aborto-e-quais-sao-permitidas-por-nosso-ordenamento-juridico/>> Acesso em: Outubro, 2015.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria geral da constituição e direitos fundamentais**. v. 17. 4 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003.

PINOTTI, J. A. **Anencefalia: opinião**. Disponível em: <<http://www.febrasco.org.br/anencefalia2.htm>> Acesso em: Agosto, 2015.

PRADO, Danda. **O que é aborto**. 4. ed. São Paulo: Abril Cultural Brasiliense, 1985.

SCHERER, D.Odilo Pedro. **Aborto de fetos com anencefalia**. Artigo disponibilizado pela CNBB em 10 de julho de 2004. Disponível em: <<http://www.universocatolico.com.br/index.php/?aborto-de-fetos-com-anencefalia.html>> Acesso em: Agosto, 2015.