



***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. 7 – Nº 2 – 2018

Editor:
Prof. Dr Levi Hulse

Catlogação 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.7, nº 2, 2018.
Caçador (SC): UNIARP, 2012.

Semestral (online)
ISSN: 2316-4042

1. Direito - Periódico. I. Título.

CDD 340.05

EDITOR:

Prof. Dr. 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. Dr. 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

EDITORIAÇÃO 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
ANOTAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES E O DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO.....	7
Ana Carolina Couto Matheus	
BREVES NOTAS ACERCA DO ACORDO AMIGÁVEL NO ÂMBITO DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....	23
Felipe Schmidt	
O DANO AMBIENTAL DE GRANDE PROPORÇÃO COMO ECOCÍDIO E A POSSIBILIDADE DE PUNIÇÃO PELO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL	34
Thaís Multiterno, Camila Monteiro Santos Stohrer	
A IMPLANTAÇÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI NO BRASIL E SUAS CARACTERÍSTICAS NOS PRINCIPAIS PAÍSES DO MUNDO.....	50
Daniela Ries Winck, Mariana Pellizzaro	
A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO MEIO PARA MANUTENÇÃO DA MENORIDADE PENAL	66
Patrícia Pasqualini Philippi, Caroline Testoni Wehmuuth	
O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA FRENTE A EXIGÊNCIA DE REGULARIDADE TRIBUTÁRIA	85
Edson Roberto Fidelis, Gislaïne Carpena	
O VÍCIO DE DECORO PARLAMENTAR NA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 41/2003	100
Cassio Andrei Vargas Furlan, Daiana Schuch	
LISTISCONSÓRCIO E INTERVENÇÃO DE TERCEIROS NAS MODALIDADES DE ASSISTÊNCIA SIMPLES E LITISCONSORCIAL.....	113
Ivonete Moreira, Rosilene Pereira Tomazini	
CONSTRUÇÃO E APRIMORAMENTO DE UM CRIMINOSO.....	126
Aldair Marcondes	
A EFETIVIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E ATIVISMO JUDICIAL	139
Rafaela Borgo Koch Schlickmann, Flávio Schlickmann	
FUNDO PARA RECUPERAÇÃO DE BENS LESADOS E A INFÂNCIA E A ADOLESCÊNCIA EM SANTA CATARINA: COMO ATINGIR A SUSTENTABILIDADE SOCIAL EM MEIO A BENS DIFUSOS E DANOS CONCENTRADOS?	151
Loren Tazioli Engelbrecht Zantut, Priscilla Linhares Albino	
ALTERIDADE, CULTURA E O CUIDAR DE SI.....	178
Alana Letícia Bonetti, Rafaela Bolsani, Rodrigo Regert, Sally Douglas Narloch, Joel Haroldo Baade	

EDITORIAL

Prezados Leitores e Colaboradores! É com imensa satisfação que apresentamos mais um periódico da Revista “Ponto de Vista Jurídico”, sendo nossa 9ª. edição da revista e a segunda do ano de 2017. A revista vem buscando sua consolidação e recebendo artigos de grande qualidade.

A revista Ponto de Vista Jurídico da UNIARP- Universidade Alto Vale do Rio do Peixe é um periódico que é publicado semestralmente, que recebe textos de todas as áreas do Direito. Todos os textos passam por double blind review, onde são analisados por operados do Direito.

Lembramos que nossa missão é: 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. Já a nossa visão é: A partir do paradigma aplicado do Direito, consistente nas disciplinas dogmáticas, à guisa de exemplo o Direito Civil; avançar para novas abordagens, acolhendo saberes emanados de outras áreas epistemológicas, permitindo compreensão integral do fenômeno jurídico, a par da fusão entre justiça e normatividade.

Agradecemos aos autores desta Universidade e bem como das demais Universidades, que confiaram seus artigos a esta revista. Desejamos a todos uma ótima leitura.

Prof. Dr. Levi Hulse
Editor

ANOTAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES E O DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO

Ana Carolina Couto Matheus ¹

Recebido em: 20 fev. 2018

Aceito em: 01 out. 2018

Resumo: O propósito do presente trabalho é analisar a colisão entre o princípio constitucional da separação de poderes e o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. A pesquisa requer um esquema conceitual que lhe confira um instrumental teórico suficientemente articulado para a sua problemática. O objeto da pesquisa é estudar a proibição do retrocesso ecológico na colisão entre o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o princípio constitucional da separação de poderes. Parte-se da hipótese da existência de iguais pretensões sobre determinada relação jurídica, em virtude da qual pode surgir o litígio. O objetivo geral é destacar que a incidência do princípio da proibição do retrocesso ecológico, por implicar uma exceção à regra, deve ser adotada no âmbito da colisão de direitos fundamentais, na tentativa de harmonização seguida de proporcionalidade, e não de maneira irrestrita, sob pena de incidir em inconstitucionalidade por afronta ao princípio da separação de poderes e inviabilizar a atividade legislativa. Será utilizado o método de abordagem indutivo, a fonte de pesquisa bibliográfica, legal e jurisprudencial, as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e do fichamento.

Palavras-Chave: Separação de Poderes. Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado. Colisão de direitos. Retrocesso Ecológico.

NOTES ON THE PRINCIPLE OF SEPARATION OF POWERS AND THE FUNDAMENTAL RIGHT TO THE ECOLOGICALLY BALANCED ENVIRONMENT

Abstract: The purpose of this paper is to analyze the collision between the constitutional principle of the separation of powers and the fundamental right to the ecologically balanced environment. The research requires a conceptual scheme that gives it a sufficiently articulated theoretical instrument for its problematic. The object of the research is to study the prohibition of ecological regression in the collision between the fundamental right to the ecologically balanced environment and the constitutional principle of the separation of powers. It is based on the hypothesis of the existence of equal claims on a particular legal relationship, by virtue of which the dispute may arise. The general objective is to emphasize that the effect of the principle of banning ecological regression, as an exception to the rule, must be adopted in the context of the collision of fundamental rights, in the attempt of harmonization followed by proportionality, and not in an unrestricted manner, under penalty to rule on unconstitutionality by affront to the principle of separation of powers and render the legislative activity unfeasible. It will be used the method of inductive approach, the source of bibliographical research, legal and jurisprudential, the techniques of the referent, the category, the operational concept and the file.

Key-Words: Separation of Powers. Ecologically Balanced Environment. Collision of Rights. Ecological Regression.

¹ Aleksandro Briedis. Acadêmico do 10º período do Curso de Direito. Bacharel em Administração Pública – UDESC. Especialista em Segurança Pública e Cidadania pela Aupex/Itajaí. E-mail: alexsandrobriedis@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto o estudo da proibição do retrocesso ecológico na colisão entre o princípio constitucional da separação de poderes e o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A pesquisa requer um esquema conceitual que lhe confira um instrumental teórico suficientemente articulado para a sua problemática. A escolha do tema justifica-se em razão da existência de iguais pretensões sobre determinada relação jurídica, em virtude da qual pode surgir o litígio.

O objetivo geral da pesquisa será estudar a proibição do retrocesso ecológico na colisão entre o princípio constitucional da separação de poderes e o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

As questões centrais da pesquisa em tela são: O que significa a colisão entre o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado com o princípio constitucional da separação de poderes? Quais os aportes teóricos? Qual o controle jurisdicional de políticas públicas ambientais por meio da intervenção do Judiciário no Executivo? O que significa intervenção do Judiciário no Legislativo e qual a relação com o princípio da proibição do retrocesso ecológico? Como é realizada a intervenção do Ministério Público nos órgãos da Administração Pública Ambiental?

A pesquisa em epígrafe aborda de forma sucinta os distintos enfoques relativos à colisão entre o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o princípio constitucional da separação de poderes.

Para tanto a pesquisa em epígrafe foi organizada em três partes. A primeira parte trata do controle jurisdicional de políticas públicas ambientais por meio da intervenção do Poder Judiciário no Poder Executivo. A segunda parte estuda o princípio da proibição do retrocesso ecológico e a intervenção do Poder Judiciário no Legislativo. A terceira e última parte se refere à intervenção realizada pelo Ministério Público nos órgãos da Administração Pública Ambiental.

O problema da pesquisa em testilha é no sentido de que representa exceção a incidência do princípio da proibição do retrocesso ecológico e deve ser utilizada para harmonizar direitos fundamentais, seguida de proporcionalidade, e não de maneira irrestrita, sob pena de inconstitucionalidade por afronta ao princípio da separação de poderes e tornar inviável a atividade legislativa.

A hipótese que norteia esse trabalho é no sentido de evidenciar os distintos enfoques relativos

à colisão entre o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o princípio constitucional da separação de poderes.

Pelo método de abordagem indutivo, fonte de pesquisa bibliográfica, legal e jurisprudencial relativa à colisão entre o princípio constitucional da separação de poderes e o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado serão pesquisadas e confrontadas as partes de um todo para que se possa ter uma visão generalizada. Durante as diversas fases da pesquisa serão utilizadas as técnicas do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional, do Fichamento e com base em documentação indireta será realizada Pesquisa Bibliográfica, bem como a pesquisa por meio eletrônico.

2 A COLISÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO COM O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SEPARAÇÃO DE PODERES

Conforme o disposto no art. 2º da CRFB, cada poder exerce suas funções de maneira independente e autônoma, não podendo sofrer interferências indevidas por parte de outro. O princípio constitucional da separação de poderes desdobra-se em três hipóteses que serão a seguir analisadas.

A primeira hipótese trata da intervenção do Poder Judiciário no Poder Executivo no âmbito do controle jurisdicional de políticas públicas. A segunda aborda a intervenção do Poder Judiciário no Poder Legislativo. A pesquisa que se pretende desenvolver centrará suas atenções nesta hipótese, sendo necessário analisar o importante princípio da proibição do retrocesso ecológico. A terceira e última hipótese se refere à interferência do Ministério Público nos órgãos da Administração Pública Ambiental.

2.1 O CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS POR MEIO DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO PODER EXECUTIVO

Trata-se da determinação pelo juiz de que o Poder Executivo implemente políticas públicas ambientais, “hoje aceita por boa parte da jurisprudência” (PIRES FILHO, 2005, p. 188). O controle dos atos administrativos pelo Judiciário está limitado a aspectos de legalidade, jamais quanto ao mérito (discrecionabilidade do administrador).

Para o STJ impor ao Poder Executivo obrigação de implementar determinada política pública

não importa em ofensa ao princípio da separação dos poderes. Inexiste ofensa, há “colisão entre princípios” (HARTMANN, 2009, p. 44), ou seja, colisão entre o princípio da separação de poderes e o direito fundamental à tutela do meio ambiente ecologicamente equilibrado. A solução se dará no caso concreto, mediante ponderação entre os direitos colidentes, resolvendo-se o litígio em prol de um deles, caso seja impossível harmonizá-los.

O princípio da separação de poderes não é um dogma absoluto, pode ceder diante de outros direitos fundamentais, normalmente afetados quando da criação de espaços territoriais ambientalmente protegidos pelo Poder Público. Por exemplo, se o juiz verificar que a criação de uma determinada unidade de conservação lesar direitos fundamentais dos habitantes do local, deverá sopesar direitos colidentes, aplicando a proporcionalidade para decidir qual deles deverá prevalecer no caso concreto.

Na Ação cautelar n. 2007.72.00.000123-6 no âmbito da Ação Civil Pública destinada a sustar o procedimento de criação do Parque Nacional do Campo dos Padres, no planalto catarinense, em 02 de janeiro de 2007 o juiz federal Zenildo Bodnar concedeu liminar em virtude dos possíveis danos aos direitos fundamentais das populações envolvidas.

Segundo Bodnar (2007, p. 358) para harmonizar os direitos fundamentais colidentes o magistrado determinou a realização de audiência judicial participativa, para ouvir todos os interessados. Também realizou audiência conciliatória e sobreveio sentença de improcedência dos pedidos formulados na ação coletiva. A decisão mereceu os aplausos de Sarlet e Fensterseifer (2012, p. 256).

O TRF da 4ª região ao julgar a Apelação n. 2007.72.00.001075-4/SC, Rel. Juiz Federal Nicolau Konken Junior, *in* DE de 25/2/11, deu prevalência ao princípio da separação de poderes, por entender que a conveniência da criação do Parque Nacional é uma escolha política que não fica sob o crivo judicial.

Trata-se de colisão de direitos fundamentais, sendo possível a prolação de decisão em sentido diametralmente opostos, inexistente uma única resposta correta para solucionar casos difíceis, podendo prevalecer a discricionariedade administrativa. Depende do caso concreto e da aplicação da máxima da proporcionalidade.

O STF no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 410715/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, *in* DJe de 26/4/12, adotou a tese da ingerência do Judiciário na Administração Pública além dos limites da legalidade do ato. A Corte não considera que a atitude represente ofensa ao princípio

da separação de poderes. Dantas (2015, p. 248) não concorda, pois entende que há ofensa, o que impede que se chegue à idêntica conclusão através do sopesamento entre os direitos fundamentais colidentes.

Existe uma tendência dos Tribunais em decidir a colisão entre o direito fundamental ao meio ambiente e o princípio constitucional da separação de poderes em prol daquele, embora não seja regra, resolvendo-se o conflito por meio da máxima da proporcionalidade.

2.2 O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO ECOLÓGICO E A INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO LEGISLATIVO

Trata-se da possibilidade de se invocar o princípio da proibição do retrocesso ecológico, que representa uma intervenção do Poder Judiciário no Poder Legislativo, na medida em que possibilita o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma lei que suprima garantias destinadas à concretização do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Em relação ao princípio da proibição de retrocesso, há uma “garantia de proteção dos direitos fundamentais (e da própria dignidade da pessoa humana) contra a atuação do legislador, tanto no âmbito constitucional quanto – e de modo especial – no infraconstitucional” (SARLET e FENSTERSEIFER, 2011, p. 18-21), quando estão em causa medidas legislativas que impliquem supressão ou restrição das garantias e dos níveis de tutela dos direitos já existentes, mas também proteção em face da atuação da Administração Pública.

Em linhas gerais, portanto, é possível afirmar que a garantia da proibição de retrocesso tem por escopo preservar o bloco normativo – constitucional e infraconstitucional – já construído e consolidado no ordenamento jurídico, especialmente naquilo em que objetiva assegurar a fruição dos direitos fundamentais, impedindo ou assegurando o controle de atos que venham a provocar a supressão ou restrição dos níveis de efetividade vigentes dos direitos fundamentais (FENSTERSEIFER, 2008, p. 264).

Trata-se da eventualidade do Poder Judiciário sustar os efeitos de normas aprovadas pelo legislador pelo fato de adotarem padrões menos restritivos de proteção ambiental. Em sentido contrário a este entendimento: “O princípio da não regressão estabelece que a normatização e a jurisprudência ambiental não deveriam ser revistas se isto implicar em retroceder no que diz respeito aos níveis de proteção alcançados anteriormente” (CHACÓN, 2012, p. 12). O embasamento jurídico reside nas garantias constitucionais da coisa julgada, do ato jurídico perfeito e do direito adquirido.

O assunto em tela refere-se à possibilidade do Judiciário intervir na esfera de decisões do Poder Legislativo, invalidando regras que, uma vez editadas, afetem o núcleo essencial do direito

fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. A aplicação do princípio da proibição do retrocesso ecológico teve origem em sede de tutela de direitos sociais e vem sendo invocado nas questões envolvendo a proteção ambiental.

O princípio da proibição de regresso nos graus de realização social não é um princípio autônomo, a menos que seja admitido como um princípio de proibição geral, “há relativo consenso que define como efeito a ser considerado a proibição de uma desconstituição sem um efeito compensatório e a proteção perante iniciativas de desconstituição de níveis de organização ou de realização de direitos fundamentais” (AYALA, 2011, p. 259).

Prieur (2012, p. 17) explica que o ambiente é uma política que traduz uma busca incessante de um melhor ser, humano e animal, em nome do progresso permanente da sociedade.

“As políticas ambientais são o reflexo da busca de um melhor viver e, de um respeito à natureza, deveriam vedar todo tipo de regressão, está ligado ao direito à vida” (PRIEUR, 2012, p. 17). Não se trata apenas de uma questão jurídica, mas de ética e moral.

Prieur (2012, p. 17) acrescenta que o Direito Ambiental representa também expressão política de uma ética ou de uma moral ambiental e todo retrocesso deste Direito seria então, imoral, ilegal e inconstitucional.

O referido princípio só deve ser aplicado quando existirem fortes razões para que a proteção ambiental atingida pelas regras até então em vigor prevaleça sobre a nova legislação que afetou o núcleo do direito fundamental. Se as razões para tanto forem plausíveis, afasta-se a incidência do princípio.

O princípio da proibição do retrocesso ecológico determina padrões de proteção ambiental previstos na legislação em vigor, estes não podem ser alterados por norma superveniente, menos restritiva, que represente diminuição nos níveis de tutela ambiental. A normatização e a jurisprudência ambiental não devem ser revistas se isto implicar em retroceder no que diz respeito aos níveis de proteção alcançados anteriormente.

Poderia ser declarada inconstitucional pelo Judiciário uma regra editada pelo Legislativo que contenha disposições mais permissivas em relação à proteção ambiental, em virtude da incidência do princípio da proibição do retrocesso.

Pressupõe intervenção de um poder do Estado sobre outro, além das hipóteses tradicionais que integram o *judicial review*. É um caso típico de colisão de direitos fundamentais. Trata-se de uma possível intervenção do Judiciário no Legislativo ao reconhecer que a regra emanada pelo Legislativo

adota padrões menos restritivos de proteção ambiental, é inconstitucional, representa uma colisão entre dois direitos fundamentais (separação de poderes e tutela do meio ambiente).

Como não há direito fundamental absoluto, é impossível considerar que a regra não vale porque contraria a proteção ambiental. Se outro direito fundamental está em jogo por força da edição da nova lei, então é necessário verificar qual deles deve prevalecer diante das nuances do caso concreto.

O princípio da proibição do retrocesso ambiental é uma norma que emana, ainda que implicitamente, da Constituição, impede que uma regra jurídica que atinja o núcleo fundamental da proteção ao meio ambiente possa ser aplicada, devendo o Judiciário declarar-lhe a inconstitucionalidade. Para Dantas (2015, p. 252) há colisão de direitos fundamentais.

Em diversas oportunidades faz-se menção à máxima da proporcionalidade, instrumento para solucionar casos de colisão quando impossível a concordância prática. Proporcionalidade é algo a ser levado em conta quando da aplicação do princípio da proibição do retrocesso ecológico, então é porque, necessariamente há colisão de direitos fundamentais.

Proibição do retrocesso não implica paralisia ou mandado para que se obste o exercício das liberdades econômicas que sejam capazes de afetar ou contribuir para a perda da qualidade de vida, senão um princípio que contribui para um controle sobre a coerência das ações públicas e privadas, perante um projeto existencial compatível com o de uma República ecologicamente sensível.

Surgindo uma discussão sobre a constitucionalidade de uma lei que adote padrões menos restritivos de proteção ao meio ambiente, a questão deve ser resolvida caso impossível a harmonização, à luz da proporcionalidade e mediante argumentação própria.

Na concepção de Dantas (2015, p. 254) é necessário aplicar o teste da proporcionalidade em suas três subdimensões, verificando-se a intervenção de um direito fundamental sobre o outro é necessária, adequada e proporcional em sentido estrito e, havendo impasse, mediante discricionariedade. Somente assim se poderá chegar a uma conclusão legítima sobre qual o direito fundamental que deverá prevalecer no caso concreto, se a separação de poderes e outros direitos que a nova regra visa a tutelar ou se a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O direito fundamental ao meio ambiente não pode prevalecer sempre, reconhecendo-se a inconstitucionalidade de qualquer ato legislativo que restrinja os padrões de proteção. A nova regra jurídica terá por objeto a proteção de outros direitos fundamentais que não estejam em posição hierarquicamente inferior à tutela ambiental.

Não se pode admitir que o tratamento dado ao princípio da separação de poderes seja o de simplesmente desconsiderá-lo por completo, como se não tratasse de um princípio fundamental, que não pode ser suprimido sequer por emenda constitucional.

A doutrina que defende a aplicação irrestrita do princípio da proibição do retrocesso ecológico invoca, como um dos fundamentos constitucionais de que a norma emana, ao lado da tutela do meio ambiente, a proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. Estas garantias constitucionais têm sido amplamente “relativizadas” por parcela da doutrina ambientalista brasileira, por entender que não deveriam prevalecer em matéria de proteção ambiental.

Inexiste hierarquia entre os direitos fundamentais. Reconhecer que eles colidem e que, em tais casos, se impossível a harmonização, um deles haverá de prevalecer no caso concreto não significa adotar interpretações que, de maneira prévia, privilegiam um direito fundamental em detrimento de qualquer outro, não importando se a intervenção é adequada, necessária e proporcional em sentido estrito.

É de se concordar com Daros (2008, p. 43) quando invoca o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada como fundamentos do princípio da proibição do retrocesso ecológico. O reconhecimento da incidência destes direitos e do princípio da separação de poderes, de um lado, e do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, de outro, que irá se verificar qual deles deverá prevalecer quando da edição de uma nova regra pelo Legislativo que fixe padrões menos restritivos de proteção ambiental, que, então, será tida como constitucional ou não.

A indevida tentativa de alargar o princípio em tela ocorre pela defesa da tese de que ele seria invocável, não somente em relação à lei, mas também em face de atos praticados pela Administração Pública que tenham atingido o núcleo essencial do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ainda que para privilegiar outro princípio constitucionalmente assegurado.

Neste sentido Sarlet e Fensterseifer (p. 201), entretanto não levam em conta que a proteção ambiental não é o único direito fundamental protegido pela Constituição, nem que existem outros direitos, de mesma hierarquia, igualmente dignos de tutela.

Esse princípio refere-se à lei. A invocação deste princípio poderia justificar a sustação dos efeitos de decisões administrativas que privilegiem outro direito fundamental em detrimento do meio ambiente, gerando o risco de um fenômeno parecido ao ocorrido com o princípio da precaução para solucionar os casos de colisão.

Este entendimento contraria a compreensão sobre o tema da colisão de princípios, a começar pela doutrina de Alexy (2008). Configura um alargamento indevido na aplicação do princípio da proibição do retrocesso, a tese segundo a qual ele incidiria também nas decisões administrativas padece de um equívoco decorrente da adoção de uma premissa que não pode ser aceita, qual seja, a de que existiria um direito fundamental absoluto, que deveria ser privilegiado em todo e qualquer caso de colisão. Para Dantas (2015, p. 258) o que deve ocorrer é a solução caso a caso e nunca *a priori*.

Os dois exemplos utilizados pelos adeptos da tese no Brasil para sustentar a incidência do princípio da proibição do retrocesso ecológico são os polêmicos Código Ambiental de Santa Catarina (Lei n. 4.771/65) e o novo Código Florestal (Lei n. 12.651/12 complementada pela Medida Provisória n. 571/12 e convertida na Lei n. 12.727/12). São diplomas legislativos que adotaram padrões menos restritivos de proteção ambiental em relação ao ordenamento jurídico preexistente e que, na visão dos autores que se dedicaram a examinar a matéria, seriam inconstitucionais por afrontar o aludido princípio.

No Código Catarinense a inconstitucionalidade decorre não do princípio em testilha, mas sim da afronta ao art. 24 da Magna Carta. O princípio da proibição do retrocesso ecológico sequer necessitaria ser invocado na hipótese. Não é hipótese de colisão, mas sim de descumprimento às normas constitucionais reguladoras da competência legislativa.

Diferente do novo Código Florestal. A revogação pelo novel diploma, da Lei n. 4.771/65 poder-se-ia cogitar, na espécie, da aplicação do princípio da proibição do retrocesso ecológico. A lei nova veio a suceder a antiga, ou seja, não houve a mera revogação do diploma que protegia as florestas, mas sim a sua substituição por um novo Código.

Um dos requisitos para a incidência do princípio da proibição do retrocesso é que tenha havido somente a revogação da norma, sem a adoção de uma política correspondente que venha a substituir aquela.

Barcellos (2011, p. 87) explica que “a revogação de um direito, já incorporado como efeito próprio do princípio constitucional, o esvazia e viola, tratando-se, portanto, de uma ação inconstitucional”.

Tendo a Lei n. 12.651/12 substituído integralmente a Lei n. 4.771/65 e adotado uma nova política florestal para o Brasil, é de se afastar a incidência da proibição do retrocesso ecológico, que somente seria aplicável se tivesse havido apenas a revogação do Código anterior, sem a necessária

adoção de um novo regime. Embora a normatização recentemente editada tenha trazido alguns retrocessos do ponto de vista ambiental, boa parte da disciplina anterior foi mantida e até mesmo ampliada.

É inviável a invocação do princípio em epígrafe, pois não houve a revogação pura e simples da norma que visava dar eficácia ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Ao contrário, o que ocorreu foi a substituição da política florestal então em vigor por outra que é mais consentânea com a realidade atual, ponderando direitos fundamentais colidentes: meio ambiente ecologicamente equilibrado X desenvolvimento econômico e social. O intuito da nova lei é a tentativa de harmonização entre os direitos colidentes. Houve a necessidade de se fazer prevalecer um direito sobre o outro.

Na ADIN n. 2009.027858-3, intentada pelo Ministério Público de Santa Catarina contra a modificação do regime jurídico de parcela do território do Parque Estadual da Serra do Tabuleiro, transformando o referido trecho da área de proteção ambiental (APA), categoria de unidade de conservação de uso sustentável e, portanto, com proteção menos restritiva do que aquela relativa aos parques. Embora tenha admitido o argumento até para fins de reconhecer a adequação da via eleita, o Órgão Especial do Tribunal julgou improcedente o pedido. O 2º Vice-Presidente do TJSC reconheceu a plausibilidade da tese consubstanciada no princípio da proibição do retrocesso ecológico.

O princípio da proibição do retrocesso ecológico é uma solução encontrada pela doutrina como forma de orientar o Poder Judiciário a resolver casos de colisão de princípios fundamentais em favor da proteção ao meio ambiente. Admitindo uma intervenção alta no princípio da separação de poderes, os adeptos da aludida tese, invocando o direito adquirido e o ato jurídico perfeito, defendem que qualquer regra jurídica que venha a diminuir os padrões de proteção ambiental existentes é de ser declarada inconstitucional, independentemente do direito que aquela visa a tutelar.

Trata-se de um equívoco, pois parte-se do pressuposto de que o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado deve prevalecer sempre, não importando qual o direito que se encontra em colisão e que é protegido pela nova regra.

Para Dantas (2015, p. 273) o que deve ocorrer é a tentativa de harmonização entre os direitos em conflito através da invalidação de apenas parte do diploma normativo. Parte-se para o sopesamento, aplicando-se a máxima da proporcionalidade em suas três subdimensões, concluindo-se pela prevalência de um direito sobre o outro. Os casos de impasse são resolvidos discricionariamente, mediante argumentação. Ao final, chega-se à solução da hipótese, mediante a

prevalência de um direito fundamental sobre o outro, no caso concreto.

Em alguns casos o teste da proporcionalidade é resolvido em favor do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, de modo que a lei que adote padrões menos restritivos de proteção ambiental deva ser declarada inconstitucional.

Haverá casos em que a colisão será resolvida em favor de outros direitos fundamentais. Basta que a solução decorrente do teste da proporcionalidade penda em favor daqueles direitos e não da proteção ambiental. A lei que restrinja a tutela do meio ambiente em relação a outros atos normativos outrora em vigor não será declarada inconstitucional. O princípio da proibição do retrocesso ecológico não incide, porque a colisão não se resolveu a favor dos direitos fundamentais de que aquela emana.

O risco de a adoção irrestrita do princípio em tela gerar um verdadeiro engessamento da atividade legislativa, com o reconhecimento da inconstitucionalidade de qualquer norma que adote padrões menos restritivos de proteção ambiental, independentemente do direito que a regra vise a prestigiar.

As leis exercem um papel fundamental e não podem simplesmente ser desconsideradas. Para Ávila (2009, p. 114) as regras “desempenham uma função importantíssima de solução previsível, eficiente e geralmente equânime de solução de conflitos sociais”. Neste sentido Silva (2009, p. 52) ensina que “um dos papéis mais importantes das regras no ordenamento jurídico é justamente aumentar o grau de segurança na aplicação do direito”.

Na concepção de Alexy (2008, p. 626) “Constituições que garantem direitos fundamentais são tentativas de, ao mesmo tempo, organizar ações coletivas e assegurar direitos individuais”. O referido autor explica que no caso dos direitos fundamentais o duplo caráter pode ser percebido pela possibilidade de restrição pelo legislador. “Essa possibilidade de restrição dos direitos fundamentais positivados é parte de sua essência” (ALEXY, 2008, p. 626).

Para Molinaro (2007, p. 81) “a inércia também pode representar ofensa a um direito fundamental”. Dworkin (1978, p. 82) explica que “juízes devem aplicar a lei que outras instituições fizeram; eles não devem produzir novas leis”.

Desta forma, a incidência do princípio da proibição do retrocesso ecológico, por implicar uma exceção à regra, deve ser adotada no âmbito da colisão de direitos fundamentais, na tentativa de harmonização seguida de proporcionalidade, e não de maneira irrestrita, sob pena de incidir em inconstitucionalidade por afronta ao princípio da separação de poderes e inviabilizar a atividade

legislativa.

2.3 A INTERVENÇÃO REALIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO NOS ÓRGÃOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA AMBIENTAL

O Ministério Público normalmente interfere na Administração Pública, compelindo os agentes do Estado a cumprir ordens constantes das recomendações, que não possuem caráter coercitivo. Análise do alcance das recomendações expedidas pelo Ministério Público e se estão dotadas de coercibilidade a ponto de excluir a necessidade de que se recorra ao Judiciário para fazer valer as determinações nela contidas.

Os Poderes da União são o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. O Ministério Público não é um quarto Poder. É instituição autônoma e independente, mas que não possui ingerência sobre os demais Poderes. Não incidindo o princípio da separação de poderes não há que se falar em colisão de direitos fundamentais nos casos em que o Ministério Público tenta intervir na esfera da Administração Pública em matéria ambiental.

A intervenção do Ministério Público perante os órgãos ambientais não pode ser feita de modo a ultrapassar a discricionariedade administrativa, sob pena de ilegalidade e abuso de poder. Depende sempre do Poder Judiciário que é a quem compete determinar o cumprimento das obrigações de fazer e não fazer e impor as sanções pela prática de ilícitos penais e por atos de improbidade. O Ministério Público não detém atribuição para tanto.

Para Hartmann (2009, p. 237) “recomendação não é uma ordem”, mas mera advertência. Gomes (2003, p. 237) entende que é uma “advertência para que seja adotada determinada postura diante de um fato lesivo ou de um ato do qual possa resultar dano ao patrimônio ambiental”. A recomendação em alguns casos perdeu o seu caráter, transformando-se em instrumento de pressão incompatível com a ordem democrática e, especialmente, com as nobres funções exercidas pelo Ministério Público.

Bugalho (2005, p. 109) afirma que “embora não tenha caráter vinculante, a autoridade destinatária da recomendação deve ser advertida de que medidas de natureza civil ou até mesmo penal poderão ser adotadas acaso haja descumprimento daquilo que foi recomendado”.

As recomendações acabam impregnadas de grande poder de persuasão, geralmente atingindo seu objetivo, que nada mais é do que interferir na condução da Administração Pública no interesse maior da coletividade. A ingerência que se faz por meio da recomendação é um exemplo característico

de participação do Ministério Público na formulação de uma política ambiental, visando justamente a evitar a via jurisdicional e levar à consideração do administrador aspectos legais que não estão sendo observados na condução de determinado assunto.

A recomendação, instrumento notável que dispõe o Ministério Público para auxiliar a gestão do bem ambiental, não deve conter qualquer referência a ameaças, admoestações ou atos análogos que não coadunam inclusive com o perfil democrático que a instituição possui.

A tentativa de intervenção do Ministério Público no Poder Executivo não encerra propriamente um caso de colisão de direitos fundamentais e é inteiramente vedada, devendo o Ministério Público se valer do Judiciário para impor o cumprimento das obrigações constitucionais e legais que entende estejam sendo desrespeitadas pela Administração Pública.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objeto principal alcançado pelo presente trabalho de pesquisa foi abordar de forma sucinta os distintos enfoques relativos à colisão entre o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o princípio constitucional da separação de poderes.

O trabalho em testilha enfrentou o importante tema da intervenção do Poder Judiciário no Poder Executivo no âmbito do controle jurisdicional de políticas públicas. Estudou a intervenção do Poder Judiciário no Poder Legislativo e o princípio da proibição do retrocesso ecológico. Analisou a interferência do Ministério Público nos órgãos da Administração Pública Ambiental. Constatou que, conforme o disposto no art. 2º da CRFB, cada poder exerce suas funções de maneira independente e autônoma, não podendo sofrer interferências indevidas por parte de outro.

A pesquisa também constou a existência de iguais pretensões sobre determinada relação jurídica, em virtude da qual pode surgir o litígio. Desta forma, o objetivo geral da pesquisa em tela foi alcançado ao estudar a proibição do retrocesso ecológico na colisão entre o princípio constitucional da separação de poderes e o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O problema da pesquisa em testilha foi destacar que a incidência do princípio da proibição do retrocesso ecológico, por implicar uma exceção à regra, deve ser adotada no âmbito da colisão de direitos fundamentais, na tentativa de harmonização seguida de proporcionalidade, e não de maneira irrestrita, sob pena de incidir em inconstitucionalidade por afronta ao princípio da separação de poderes e inviabilizar a atividade legislativa.

A hipótese que norteou o trabalho é no sentido de evidenciar os distintos enfoques relativos à colisão entre o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o princípio constitucional da separação de poderes.

Urge aprofundar os debates efetivos sobre a questão. A solução de casos difíceis em matéria ambiental contempla diferentes enfoques, ora prevalecendo o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ora o direito colidente. Dependerá do caso concreto e da análise do órgão julgador, que, aplicando a máxima da proporcionalidade, irá optar por um dos interesses em conflito. Nos casos de impasse, valer-se-á da discricionariedade, sempre mediante adequada fundamentação.

O meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental que merece proteção, mas não se trata de um direito absoluto que deverá sempre prevalecer. Nenhum direito é absoluto e não se pode desconsiderar por completo direitos fundamentais consagrados há séculos quando os mesmos colidem com o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental de terceira geração, altamente digno de tutela para as presentes e futuras gerações, mas não está acima de qualquer outro direito quando em colisão. Isto não significa que o direito que com ele colida deva ceder passo para a realização daquele. Não significa que o direito ao meio ambiente não deva prevalecer jamais. Ao revés, em inúmeras situações de colisão, isto deverá ocorrer, privilegiando-se um direito de terceira geração, bem de uso comum do povo e pertencente às futuras gerações.

O que não se pode admitir é a concepção pré-estabelecida de que um direito fundamental é superior em relação aos demais. Ao contrário, as hipóteses de colisão merecem ser resolvidas caso a caso, buscando-se a harmonização entre eles e, caso isto não seja possível, mediante o uso da máxima da proporcionalidade, mediante argumentação adequada.

Entender-se o contrário significa erigir um determinado direito fundamental a uma posição que ele não possui, de superioridade hierárquica perante os demais. Por mais relevante que seja, em hipóteses de colisão o direito fundamental pode ter de ceder passo a outro.

É de se buscar harmonizar os interesses colidentes e, não sendo isto possível, passar-se à aplicação do teste da proporcionalidade, a fim de que um deles prevaleça, considerando-se as peculiaridades do caso concreto, sempre mediante argumentação. Uma sociedade livre respeita a diferença e somente assim se constrói um mundo melhor. Deve-se caminhar para uma mudança de mentalidade e uma maior abertura que possibilite um diálogo construtivo na busca da construção da sustentabilidade.

7 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

AYALA, Patryck de Araújo. **Devido processo ambiental e o direito fundamental ao meio ambiente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos direitos fundamentais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BODNAR, Zenildo. **Audiência judicial participativa**. Revista de Direito Ambiental. São Paulo: RT, v. 46, abr./jun. 2007.

BUGALHO, Nelson. Instrumentos de controle extraprocessual: aspectos relevantes do inquérito civil público, do compromisso de ajustamento de conduta e da recomendação em matéria de proteção do meio ambiente. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: RT, jan./mar. 2005, v. 37, p. 96-112.

CHACÓN, Mario Peña. El principio de no regresión ambiental a luz de la jurisprudência constitucional costarricense. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: RT, v. 66, p. 11-54, abr./jun. 2012.

DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Direito ambiental de conflitos: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

DAROS, Ana Carine Busato. **Anotações sobre o princípio da proibição do retrocesso no Direito Previdenciário**. In: VAZ, Paulo Afonso Brum. SCHÄFER, Jairo Gilberto (Orgs.). Curso modular de Direito Constitucional. Florianópolis: Conceito, 2008, p. 27-56.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito**. Porto Alegre: LAEL, 2008.

GOMES, Luís Roberto. **O Ministério Público e o controle da omissão administrativa: o controle da omissão estatal no Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

HARTMANN, Analúcia de Andrade. Políticas públicas ambientais: a atuação do Ministério Público. In: D'ISEP, Clarissa Ferreira Macedo. NERY JUNIOR, Nelson. MEDAUAR, Odete (Coord.). **Políticas públicas ambientais: Estudos em homenagem ao Professor Michel Prieur**. São Paulo: RT, 2009, p. 31-57.

MOLINARO, Carlos Alberto. **Direito Ambiental: proibição de retrocesso**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 12. ed. São Paulo:

Conceito Editorial, 2011.

PIRES FILHO, Anízio Gavião. **Direito fundamental ao ambiente**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

PRIEUR, Michel. **Princípio da proibição de retrocesso ambiental**. In: Brasil. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle (CMA). Colóquio Internacional sobre o Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental. Brasília – DF, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente**. 2. ed. São Paulo: RT, 2012.

_____. Notas sobre os deveres de proteção do Estado e a garantia da proibição de retrocesso em matéria ambiental. In: STEINMETZ, Wilson. AUGUSTIN, Sérgio. (Orgs.). **Direito constitucional do ambiente: teoria e aplicação**. Caxias do Sul: EDUCS, 2011, p. 9-50.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009.

STF. AgR no RE n. 410715/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, *in* DJe de 26/4/12.

TRF da 4ª região. AC n. 2007.72.00.001075-4/SC, Rel. Juiz Federal Nicolau Konken Junior, *in* DE de 25/2/11.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico: Os novos caminhos da contemporaneidade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BREVES NOTAS ACERCA DO ACORDO AMIGÁVEL NO ÂMBITO DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Felipe Schmidt¹

Recebido em: 30 mar. 2018

Aceito em: 01 out. 2018

Resumo: O estudo trata da disciplina do acordo amigável entre o peticionário e o Estado-parte no âmbito da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e das características dessa avença (previsão, natureza jurídica, oportunidade, procedimento, papel da Comissão, obrigatoriedade ou não) e medidas adotadas em caso de êxito ou insucesso.

Palavras-chave: Acordo Amigável, Sistema Interamericano de Direitos Humanos, Convenção Americana de Direitos Humanos, Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

BRIEF NOTES ON THE FRIENDLY SETTLEMENT IN THE INTER-AMERICAN COMMISSION OF HUMAN RIGHTS

ABSTRACT The study deals with the friendly settlement between the petitioner and the State party within the framework of the Inter-American Commission on Human Rights and the characteristics of this agreement (foreseeing, legal nature, timing, procedure, role of the Commission, mandatory or not) and measures adopted on success or failure).

Keywords: Friendly Settlement, Inter-american Human Rights System, American Convention on Human Rights, Inter-american Commission of Human Rights.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo versa sobre a disciplina do acordo amigável (*friendly settlement*) no âmbito da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, tal qual previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).

Assim, inicialmente apresenta as linhas gerais da proteção internacional dos direitos humanos, com ênfase para o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, regido pela Convenção e integrado pela Comissão acima denominadas.

Em seguida, examina sucintamente a estrutura e o funcionamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, notadamente quanto ao recebimento e processamento de petições e comunicações relativas às possíveis violações a direitos humanos previstos na Convenção.

Após, pretende-se analisar questões afetas à previsão convencional do acordo amigável (art. 48, 1, f c/c art. 49 da Convenção) e à sua disciplina regulamentar (art. 40 do Regulamento da

¹ Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado de Santa Catarina; Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Email: fsmafra@gmail.com

Comissão), à sua natureza jurídica, à oportunidade em que é celebrado, a seu procedimento, ao papel atribuído à Comissão Interamericana de Direitos Humanos pela Convenção durante e depois da realização do acordo, à obrigatoriedade ou facultatividade deste, às vantagens aos interessados decorrentes de sua celebração, à posição ou situação de terceiros em face do acordo e às diversas medidas a serem adotadas em caso de êxito ou de insucesso na celebração da avença.

Por fim, são tecidas as considerações finais. O trabalho se vale do método dedutivo, indo do geral ao particular na apreciação da matéria, e tem o objetivo de compreender a disciplina do acordo amigável no âmbito da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

2 OS SISTEMAS GLOBAL E INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS: LINHAS GERAIS

A proteção internacional dos direitos humanos se dá por intermédio de um sistema global, no âmbito das Nações Unidas, e de sistemas regionais, no âmbito dos continentes, alcançando América, Europa e África. Quanto à Ásia, “não existe sequer expectativa de conclusão de uma convenção regional ou sub-regional de direitos humanos, menos ainda a instituição de uma Comissão ou Corte Asiática para a proteção desses mesmos direitos” (MAZZUOLI, 2011, p. 15).

O sistema global de proteção internacional dos direitos humanos, que teve início no Pós-2ª Guerra Mundial, é gerido pela Organização das Nações Unidas e tem seu regime jurídico integrado pela Carta da ONU (1945), pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966) e pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966). O conjunto desses instrumentos é chamado de Carta Internacional dos Direitos Humanos (MAZZUOLI, 2011, p. 13/14).

No âmbito regional, a organização dos diversos sistemas de proteção internacional dos direitos humanos fica a cargo de organismos continentais, quais sejam, o Conselho da Europa, a Organização dos Estados Americanos e a União Africana, que organizam cada sistema tendo em conta as especificidades e os interesses regionais.

O Sistema Interamericano tem seu regime jurídico composto pela Carta da Organização dos Estados Americanos (1948), pela Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (1948), pela Convenção Americana de Direitos Humanos, o chamado Pacto de São José da Costa Rica (1969), e pelo Protocolo Adicional à Convenção Americana em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o chamado Protocolo de São Salvador (1988). Há ainda outros instrumentos internacionais

de proteção a direitos humanos específicos no âmbito desse sistema, versando sobre a abolição da pena de morte (1990), a prevenção à tortura (1985), o combate à violência contra a mulher (1994) e ao tráfico internacional de menores (1994) e à proteção a pessoas com deficiência (1999), entre outros.

Desses instrumentos normativos, interessa para este estudo, à vista da delimitação de seu objeto, o Pacto de São José da Costa Rica, celebrado em 1969, que entrou em vigor em 1978 e ao qual o Brasil aderiu em 1992. A esse tratado apenas os membros da Organização dos Estados Americanos podem aderir, sendo certo que os Estados Unidos e o Canadá não o ratificaram, e não se mostram dispostos a fazê-lo (MAZZUOLI, 2011, p. 21).

Ademais de prever diversos direitos humanos a merecer proteção do continente americano, o Pacto de São José da Costa Rica disciplina dois relevantes órgãos no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, quais sejam, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, dos quais aquela será objeto de consideração em seguida.

3 A COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: ORGANIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos foi criada em 1959, é anterior ao Pacto de São José da Costa Rica, sendo simultaneamente órgão da Organização dos Estados Americanos e da Convenção Americana de Direitos Humanos, portanto com funções bifrontes (MAZZUOLI, 2011 p. 24), das quais apenas as afetas à Convenção ora serão estudadas.

Cabe à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de maneira geral, conhecer de assuntos relacionados à proteção, pelos Estados-parte da Convenção, aos direitos humanos nela tutelados (art. 33, a, da Convenção). De forma mais específica, compete-lhe estimular a consciência dos direitos humanos na América, formular recomendações aos governos dos Estados - membros quanto à tutela dos direitos humanos, preparar estudos e relatórios quanto à proteção dos direitos humanos, solicitar aos Estados-membros informações em matéria de direitos humanos, atender a consultas formuladas pelos Estados-membros acerca de questões afetas a direitos humanos, adotar providências em face de petições e comunicações que receberem quanto a possíveis violações a direitos humanos e apresentar relatório anual de suas atividades à Assembleia-Geral da OEA (art. 41 da Convenção). É de se pontuar que a Comissão não tem função jurisdicional, que é afeita, no

Sistema, à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Comissão representa todos os membros da OEA (art. 35 da Convenção) e é composta por sete pessoas de alta autoridade moral e elevado saber em direitos humanos (art. 34 da Convenção), eleitas a título pessoal pela Assembleia-Geral da OEA a partir de candidatos propostos pelos Estados - membros da Organização (art. 36, 1, da Convenção), sendo vedada a presença simultânea de mais de um nacional do mesmo Estado (art. 37, 2, da Convenção).

Qualquer pessoa, grupo de pessoas ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em algum dos Estados-membro da OEA pode dirigir à Comissão petições com notícia de possíveis violações a direitos humanos previstos na Convenção, praticadas, em tese, por Estado-parte desta (art. 44 da Convenção). Note-se que os indivíduos não têm possibilidade de acesso direto à Corte Interamericana de Direitos Humanos, devendo peticionar à Comissão, que, após a adoção de medidas de sua alçada, que a seguir serão referidas, poderá encaminhar o caso à Corte.

Cabem ainda comunicações de gênese de um Estado-Parte em face de outro Estado-Parte acerca de violações a direitos humanos previstos na Convenção, desde que o Estado comunicante tenha previamente reconhecido a competência da Comissão (art. 45, 1, 2, da Convenção).

Essas petições e comunicações têm diversos requisitos formais de admissibilidade, cabendo destacar a necessidade de prévio esgotamento dos recursos da jurisdição interna, sua formulação em 6 (seis) meses da notificação da decisão definitiva no âmbito interno, a inexistência de outro processo sobre o caso pendente de solução internacional e a necessidade de qualificação completa do peticionante (art. 46, 1, da Convenção). Aqueles requisitos são excepcionados quando não houver, na legislação interna, previsão de devido processo legal para a tutela do direito violado, não tiver sido concedido ao prejudicado acesso aos recursos da jurisdição interna ou nesta houver demora injustificada para a solução do caso (art. 46, 2, da Convenção). A inadmissibilidade da petição ou comunicação se dá na hipótese de inobservância daqueles requisitos, de omissão de narrativa de fatos que caracterizem, em tese, violação a direitos humanos previstos na Convenção, de petição ou comunicação manifestamente infundada ou evidentemente improcedente ou quando a petição ou comunicação for substancialmente reprodução de manifestação anterior já examinada pela Comissão ou outro organismo internacional (art. 47 da Convenção).

Quanto ao processamento das petições e comunicações perante a Comissão, preceitua a Convenção que, ao receber o expediente, aquele órgão examinará sua admissibilidade e, se reconhecê-la, solicitará informações ao Estado ao qual pertença a autoridade indicada como responsável pela violação considerada, fixando prazo razoável para resposta.

Recebidas as informações ou decorrido o prazo para prestá-las, verificará se subsiste a alegada violação a direitos humanos previstos na Convenção, arquivando o expediente em caso negativo, examinará sua admissibilidade ou improcedência à luz das informações prestadas ou examinará a matéria versada na petição ou comunicação, podendo realizar investigação, pedir mais informações aos Estados interessados ou outras pessoas, colocando-se à disposição dos envolvidos para buscar uma solução amistosa da questão (art. 48, 1, da Convenção).

À vista dessa última atribuição da Comissão Interamericana de Direitos Humanos é que se introduz o tema objeto deste estudo.

Assim, delineados esses aspectos mais gerais acerca da matéria, passa-se à análise da disciplina do acordo amigável (*friendly settlement*) no âmbito da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

4 O ACORDO AMIGÁVEL NO ÂMBITO DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A Convenção Americana De Direitos Humanos (pacto de são josé da costa rica) prevê que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos deve colocar-se à disposição dos interessados com vista a alcançar um acordo amigável acerca de controvérsia relativa a alegada violação a direitos humanos reconhecidos na Convenção (art. 48, 1, f c/c art. 49 da Convenção), na Declaração Americana e em outros instrumentos aplicáveis (art. 40 do Regulamento da Comissão), solução que deve ser fundada no respeito a esses mesmos direitos.

Segundo Adriano Fernandes Ferreira, o procedimento de conciliação para busca do acordo amigável tem natureza jurídica político-diplomática, consistindo numa concertação para chegar a um acordo acerca de um interesse comum das partes, mas que se distingue da negociação diplomática tradicional, que como regra envolve Estados (FERREIRA, 2016).

O acordo amigável é buscado a partir de uma petição ou comunicação que chegue ao conhecimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos relatando possível violação a direitos humanos assegurados naqueles documentos internacionais.

A conciliação pode se dar em qualquer etapa do exame de uma petição ou caso, após a admissibilidade destes pela Comissão, na chamada, por Valerio de Oliveira Mazzuoli, *fase conciliatória* da atuação da Comissão (MAZZUOLI, 2008, p. 28).

Todavia, não há, na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), disposições acerca de como se procede nessa fase de conciliação, do que se infere que ela é informal, dispondo o Regulamento da Comissão, de forma genérica (e lacunosa), que esse órgão poderá atribuir a um ou mais de seus membros, se entender necessário, a tarefa de facilitar a negociação entre as partes (art. 40.3).

De qualquer modo, o acordo amigável precede a adoção, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de suas próprias conclusões, acompanhadas da expedição de recomendações aos interessados, bem assim a tomada de outras providências mais drásticas, tais qual a remessa da matéria à apreciação da Corte Interamericana de Direitos Humanos (FERREIRA, 2016).

A proposição de acordo às partes, tal qual a adoção de outras providências posteriores tendentes a conduzi-las ao equacionamento consensual do conflito (audiências, reuniões etc.) são atividades que consubstanciam o papel conciliatório que é assinalado à Comissão pela Convenção (FERREIRA, 2016).

Quanto à obrigatoriedade ou não da propositura do acordo pela Comissão, as regras de procedimento do órgão estabelecem que, por sua própria iniciativa ou a requerimento de qualquer das partes, a Comissão *deve* colocar-se à disposição das partes para encontrar um acordo amigável (PASQUALUCCI, 2012, p. 107).

Assim, por vezes os Estados têm apresentado objeções preliminares aduzindo que a Comissão não atentou para a obrigação de promover o acordo amigável entre o peticionário e o Estado, em conformidade ao que prevê a Convenção (PASQUALUCCI, 2012, p. 107). Acerca desse ponto, a jurisprudência da Corte variou do sentido inicial de que a promoção do acordo amigável era essencialmente discricionária à Comissão, para aquele segundo o qual a Comissão pode recusar a realização do acordo apenas em casos excepcionais e por boas razões, até o último entendimento de que o procedimento não é obrigatório e que omiti-lo não contraria a admissibilidade ou a jurisdição da Corte para resolver o litígio (PASQUALUCCI, 2012, p. 107/108).

A despeito dessa inteligência mais recente da Corte, a prática da Comissão é fazer-se disponível para um acordo amigável entre as partes. Contudo, se ambas as partes de plano declinam do acordo, a Comissão geralmente não avança no sentido de obtê-lo. Ademais, se as partes entram em negociação para acordo amigável que ao final não se mostra frutífero, a Comissão encerra sua intervenção quanto à promoção da avença, dando seguimento à apreciação da matéria (PASQUALUCCI, 2012, p. 108).

Assim, apesar de a Corte não exigir que a Comissão procure entabular acordo amigável em todos os casos, a prática da Comissão de fazê-lo eliminou efetivamente aquela objeção preliminar pelos Estados, o que acabou por abreviar a solução dos casos perante a Corte (PASQUALUCCI, 2012, p. 108).

No que tange às partes, para que haja acordo amigável devem elas demonstrar um consenso básico em encerrar o conflito pelo mérito e resolver possíveis reparações (PASQUALUCCI, 2012, p. 106). Nessa linha, o art. 40.2 do Regulamento da Comissão prevê que “o início e a continuação do procedimento de solução amistosa basear-se-ão no consentimento das partes”. Todavia, o consentimento para negociar pode estar submetido a algumas condições que as partes apresentem para aderir ao procedimento conciliatório (FERREIRA, 2016).

Do exposto, pode-se inferir que não é obrigatória a conciliação.

O processo de acordo amigável ocorre sem intervenção judicial (vale dizer, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão jurisdicional do Sistema Interamericano de Direitos Humanos), e confere ao peticionário a possibilidade de obter a composição mais rápida do litígio, ao Estado a possibilidade de encontrar uma saída política para a controvérsia (e sem o reconhecimento por uma Corte Internacional de Justiça de que o Estado violou direitos humanos) (PASQUALUCCI, 2012, p. 106/107) e a ambos a possibilidade de uma solução negociada, que prestigie sua autonomia, sem a substituição de suas vontades pela decisão de um órgão jurisdicional, que em princípio refoge ao controle daqueles.

Mas as estipulações do acordo vão além dos interesses dos peticionários e dos Estados. Para os terceiros, que não são partes, e sofreram violações similares a seus direitos humanos, o acordo é favorável porque nele o Estado pode consentir em adotar legislação e procedimentos que irão assisti-los (PASQUALUCCI, 2012, p. 107). Ademais, como o peticionário pode ser alguém diverso da vítima, a Comissão também deve verificar se a vítima ou seus sucessores consentiram com o acordo, antes de validá-lo (PASQUALUCCI, 2012, p. 108).

Na forma do art. 40.4 do Regulamento da Comissão, esta poderá dar por concluída sua intervenção no procedimento de solução amistosa do conflito se advertir que o assunto não é suscetível de resolução por essa via ou se alguma das partes decidir retirar-se dele, não concordar com sua aplicação ou não se mostrar disposta a chegar a uma solução amistosa fundamentada no respeito aos direitos humanos (FERREIRA, 2016). Nada impede, contudo, que, encerrada a intervenção da Comissão, as partes possam continuar a negociar de forma direta e posteriormente lhe submetam um acordo para ser homologado (FERREIRA, 2016). De qualquer modo, acordos

amigáveis podem resultar em distintas fórmulas para resolver controvérsias sobre alegadas violações a direitos humanos (PASQUALUCCI, 2012, p. 107), que não necessariamente seriam adotadas no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Ao final do procedimento de conciliação, se as partes alcançam um acordo amigável, a Comissão adota um breve relatório que inclui uma sucinta exposição dos fatos e da solução adotada, o envia a ambas as partes e, por intermédio do Secretário-Geral da Organização dos Estados Americanos, o publica. É o primeiro informe ou informe preliminar, segundo Mazzuoli (2011, p. 28). Sobre a matéria, prevê a Convenção (art. 49):

Se se houver chegado a uma solução amistosa de acordo com as disposições do inciso 1, f, do artigo 48, a Comissão redigirá um relatório que será encaminhado ao peticionário e aos Estados Partes nesta Convenção e, posteriormente, transmitido, para sua publicação, ao Secretário-Geral da Organização dos Estados Americanos. O referido relatório conterá uma breve exposição dos fatos e da solução alcançada. Se qualquer das partes no caso o solicitar, ser-lhe-á proporcionada a mais ampla informação possível (SALIBA, 2010, p. 194).

Ademais, como anota Mazzuoli (2008, p. 234), no relatório “a Comissão irá expor também os métodos que empregaram as partes a fim de chegarem a uma solução amistosa” (sic).

Todavia, finda essa fase, a Comissão mantém sua atribuição sobre os casos nos quais as partes adotaram um acordo amigável, com o fito de monitorar seu cumprimento, podendo para tanto solicitar informações ao Estado e ao peticionário acerca do atendimento do que foi acordado, sem prejuízo de outras medidas de acompanhamento que considerar oportunas (realização de diligência in loco, de audiências etc.) (FERREIRA, 2016).

Ademais, ainda quando os procedimentos perante a Comissão tenham terminado e o caso tenha sido encaminhado à Corte, no interesse da economia processual, a Comissão pode continuar na condição de conciliadora, se as partes assim concordarem. Da perspectiva tanto da vítima quanto do Estado, um acordo amigável imediato pode ser preferível a um futuro e incerto julgamento da Corte. Se os peticionários e o Estado alcançam um acordo quando o caso já está perante a Corte, esta desempenha um papel de análise da admissibilidade e dos efeitos judiciais do acordo (PASQUALUCCI, 2012, p. 108/109).

Contudo, se não for alcançada uma solução amistosa para a controvérsia, a Comissão dará seguimento à tramitação da petição ou caso. Conforme Valerio de Oliveira Mazzuoli, “na prática, nem sempre é possível uma solução amistosa, sendo certo que muitos Estados ainda se negam a proteger os interesses daqueles que tiveram seus direitos humanos violados, recusando-se a propor à vítima uma solução amigável” (MAZZUOLI, 2008, p. 233).

Nesse caso, mostra-se aplicável o disposto nos arts. 50 e 51 da Convenção, como aponta Valerio de Oliveira Mazzuoli:

Infelizmente, são raras as vezes em que se logra chegar a uma solução amistosa, sendo necessário então que se proceda de acordo com os arts. 50 e 51 da Convenção, caso em que poderá o Estado ser demandado perante a Corte ou ser repreendido pela Comissão (caso não seja submetido à Corte, por ainda não ter o Estado aceito sua competência contenciosa) no seu segundo informe (MAZZUOLI, 2008, p. 234).

Acerca do procedimento a ser seguido nessa hipótese, colhe-se da doutrina de Flávia Piovesan:

Entretanto, se não for alcançada qualquer solução amistosa, a Comissão redigirá um relatório, apresentando os fatos e as conclusões pertinentes ao caso e, eventualmente, recomendações ao Estado-parte. Como observa Thomas Buergenthal: “É importante notar que o relatório elaborado pela Comissão, na terceira fase do procedimento, é mandatório e deve conter as conclusões da Comissão indicando se o Estado referido violou ou não a Convenção Americana”. O relatório é encaminhado ao Estado-parte, que tem o prazo de três meses para conferir cumprimento às recomendações feitas.

Durante esse período de três meses, o caso pode ser solucionado pelas partes ou encaminhado à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Se, ao longo desse prazo, o caso não for solucionado pelas partes e nem mesmo for submetido à Corte, a Comissão, por maioria absoluta de votos, poderá emitir sua própria opinião e conclusão. A Comissão fará as recomendações pertinentes e fixará um prazo, dentro do qual o Estado deverá tomar as medidas que lhe competirem para remediar a situação. Vencido o prazo fixado, a Comissão decidirá, por maioria absoluta de votos de seus membros, se as medidas recomendadas foram adotadas pelo Estado e se publicará o informe por ela elaborado no relatório anual de suas atividades.

No entanto, como já dito, no período de três meses, contados da data da remessa do relatório ao Estado denunciado, o caso poderá ser encaminhado à apreciação da Corte Interamericana, que é o órgão jurisdicional desse sistema regional. Apenas a Comissão Interamericana e os Estados-partes podem submeter um caso à Corte Interamericana, não estando prevista a legitimação do indivíduo, nos termos do art. 61 da Convenção Americana (PIOVESAN, 2012, p. 332/333).

Em suma, esses são os breves apontamentos por ora cabíveis acerca da realização de acordo amigável entre as partes no âmbito da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao fim do presente estudo, são oportunas as considerações seguintes: A proteção dos direitos humanos se dá no âmbito global e regional, aquele a cargo da ONU e este de organismos continentais, cada um deles com seus próprios atos normativos de regência.

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos tem como principal ato normativo de regência a Convenção Americana de Direitos Humanos, chamada Pacto de São José da Costa Rica (1969), que prevê diversos direitos humanos a merecer proteção do continente americano e disciplina dois relevantes órgãos no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, quais sejam, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos tem entre suas atribuições conhecer de petições e comunicações relativas a possíveis violações a direitos previstos na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, podendo no curso de sua atuação propor acordo amigável entre os interessados em dado caso.

O acordo amigável tem previsão convencional no art. 48, 1, f c/c art. 49 da Convenção e regulamentar no art. 40 do Regulamento da Comissão.

A natureza jurídica do acordo amigável é político-diplomática.

O acordo amigável ocorre a qualquer momento após a admissibilidade de uma petição ou comunicação pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Não há nas normas de regência clara previsão de procedimento para a entabulação do acordo amigável, do que se infere que ele é informal.

O papel conferido à Comissão Interamericana de Direitos Humanos é de proposição do acordo amigável às partes, adoção de providências que conduzam à sua aceitação por estas e fiscalização de seu cumprimento, caso entabulado.

O acordo amigável não se reveste de obrigatoriedade, tanto no que tange à sua proposição pela Comissão quanto no que toca à sua aceitação pelas partes.

A celebração do acordo amigável tem como vantagem, em suma, para o peticionário resolver o conflito de modo mais célere, para o Estado obter uma solução política fora da Corte e para ambos ter valorizada sua autonomia decisória.

Os terceiros que foram vítimas de violação semelhantes a seus direitos humanos têm a vantagem de ser beneficiados com eventuais modificações legislativas ou procedimentais adotadas pelo Estado como decorrência da celebração e cumprimento do acordo amigável.

As vítimas da violação a direitos humanos que constitui objeto do acordo amigável devem ser previamente ouvidas pela Comissão acerca de seus termos, notadamente quanto ao valor de eventual reparação de danos.

Em caso de entabulação do acordo amigável, a Comissão redigirá um relatório, encaminhado ao peticionário e ao Estado-parte e posteriormente publicado, contendo breve exposição dos fatos e da solução alcançada, sem prejuízo dos meios empregados para estabelecimento do consenso.

Caso o acordo amigável não tenha êxito, a Comissão redigirá um relatório, de natureza mandatória, contendo os fatos e conclusões pertinentes e recomendações ao Estado-parte, que terá

três meses para cumpri-las, prazo no qual o caso pode ser solucionado pelas partes ou encaminhado à Corte.

5 REFERÊNCIAS

FERREIRA, Adriano Fernandes. **Elementos de Direitos Humanos e o Sistema Interamericano**. 02/06/2016. Disponível

em: <https://play.google.com/store/books/details?id=YlhHDAAAQBAJ&rdid=book-YlhHDAAAQBAJ&rdot=1&source=gbs_vpt_read&pcampaignid=books_booksearch_viewport>. Acesso em: 06 jan. 2017.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Os Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos**. Uma análise comparativa dos sistemas interamericano, europeu e africano. São Paulo: RT, 2011.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal. V. 4. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: RT, 2008.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção americana sobre direitos humanos**. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 06 jan. 2017.

PASQUALUCCI, Jo M. *The Practice and Procedure of the Inter-american Court of Human Rights*. 2º ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SALIBA, Aziz Tuffi (org.). **Legislação de Direito Internacional**. Constituição Federal. 5. ed. São Paulo: Rideel, 2010.

O DANO AMBIENTAL DE GRANDE PROPORÇÃO COMO ECOCÍDIO E A POSSIBILIDADE DE PUNIÇÃO PELO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Thais Muliterno¹
Camila Monteiro Santos Stohrer²

Recebido em: 16 abr. 2018
Aceito em: 01 out. 2018

Resumo: O presente trabalho foi desenvolvido com o objetivo de verificar a possibilidade do dano ambiental de grande proporção classificado como Ecocídio ser punido pelo Tribunal Penal Internacional. Para tanto, faz-se algumas considerações sobre o histórico, conceito e princípios do Direito Ambiental. Na presente pesquisa analisa-se também o Direito Penal, alguns princípios que tem relação aos crimes ambientais e a responsabilidade penal da pessoa física e da pessoa jurídica. Estuda-se, por fim o Tribunal Penal Internacional, sua competência para julgamento, o dano ambiental como Ecocídio e a possibilidade deste ser considerado crime contra a humanidade e ser punido pelo TPI. A justificativa do tema se dá em razão da sua atualidade, e também da necessidade de uma punição mais severa em relação aos crimes ambientais de grande extensão. Para encetar a investigação foi utilizado o método indutivo a ser operacionalizado com as técnicas do referente, das categorias, dos conceitos operacionais e da pesquisa de fontes documentais, resultando em uma fonte de pesquisa para os operadores do Direito.

Palavras-chave: Direito Ambiental. Dano Ambiental. Direito Penal. Ecocídio. Tribunal Penal Internacional.

THE GREAT PROPORTIONAL ENVIRONMENTAL DAMAGE AS ECOCIDITY AND THE POSSIBILITY OF PUNISHMENT BY THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT

Abstract: The present work was developed with the objective of verifying the possibility of environmental damage of great proportion classified as Ecocídio to be punished by the International Criminal Court. Therefore, some considerations about the history, concept and principles of Environmental Law are made. The present research also analyzes the Criminal Law, some principles that have relation with environmental crimes and the criminal responsibility of the individual and the legal person. The International Criminal Court, its jurisdiction for judgment, the environmental damage as Ecocídio, and the possibility of it being considered a crime against humanity and being punished by the ICC, is being studied. The justification for the theme is due to its relevance, and also the need for a more severe punishment in relation to environmental crimes of great extent. To begin the investigation, the inductive method was used to be used with reference techniques, categories, operational concepts and the search of documentary sources, resulting in a research source for legal operators.

Keywords: Environmental Law. Environmental Damage. Criminal Law. Ecocídio. International Criminal Court.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. E-mail: thaism@edu.univali.br

² Doutoranda em Derecho Ambiental pela Universidad de Alicante. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Possui graduação em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (2007). Pós-graduada em Direito Tributário pela Universidade do Vale do Itajaí (2009). Concluiu módulo de Formação para o Magistério Superior pela Universidade do Vale do Itajaí (2010). Professora do Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí. Advogada em Balneário Camboriú e região. E-mail: camila.stohrer@univali.br.

1 INTRODUÇÃO

Meio ambiente é um bem jurídico protegido, pertencente a todos os cidadãos, dessa forma sendo usufruído por toda a coletividade.

Na Lei 6.938/81, Lei da Política Nacional do Meio Ambiente³, o conceito de meio ambiente está previsto em seu art. 3º, I: entende-se por meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.

A Constituição Federal de 1988⁴, em seu art. 225, tutelou o meio ambiente da seguinte forma. “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 a coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

No entanto com a busca desenfreada pelo desenvolvimento econômico e a exploração descontrolada, resultaram em catástrofes ambientais, escassez de recursos naturais, desertificação e miséria. A proteção do meio ambiente deve ser entendida como parte do processo econômico e a utilização de seus recursos deve ser planejada através de condutas e atitudes compatíveis com a manutenção das bases naturais.

O presente artigo tem como objetivo geral verificar a possibilidade de punição do dano ambiental de grande proporção como ecocídio pelo Tribunal Penal Internacional.

Primeiramente o artigo trata da regulamentação de normas através do Direito Ambiental, abordando sucintamente alguns dos princípios que o norteiam, passa-se a observar, por conseguinte o Direito Penal, alguns princípios relacionados a sua atuação e uma breve consideração sobre a Lei de Crimes Ambientais.

A pesquisa se direciona por fim, às competências para julgamento do Tribunal Penal Internacional, buscando verificar a possibilidade do Ecocídio ser considerado crime contra a humanidade, podendo assim ser julgado pelo Tribunal Penal Internacional.

Para a elaboração deste artigo empregou-se o método indutivo à pesquisa desenvolvida, sendo operacionalizado por meio das técnicas do referente e da pesquisa bibliográfica dos conceitos operacionais.

³ BRASIL. **Política Nacional do Meio Ambiente**. Lei 6.938 de 31 de agosto de 1981.

⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 05 de outubro de 1988.

2 O DIREITO AMBIENTAL E ALGUNS DE SEUS PRINCÍPIOS NORTEADORES

Diante da necessidade de normas que regulem a proteção dos recursos naturais, é que o Direito Ambiental surge, com importante relevância, de forma a controlar, limitar e restringir os excessos causados por uma sociedade extremamente capitalista e pouco preocupada com o esgotamento dos recursos naturais disponíveis.

Assim, o Direito ambiental seria um conjunto de regras e princípios que geram direitos e deveres, no sentido de assegurar um comportamento mais consciente em relação as questões ambientais, garantindo a proteção dos recursos hoje disponíveis para as presentes e futuras gerações.⁵

No entanto a crise ambiental enfrentada atualmente não se restringe apenas a determinada região, é um problema global, afinal existe somente um único meio ambiente no planeta Terra. Dessa forma, o Direito Internacional pode ser o início da solução dessa problemática, uma vez que se faz necessário a cooperação entre países na tentativa de um sistema normativo unificado, no que se refere as questões ambientais.

Portanto, o entrosamento entre o direito ambiental e o direito internacional, se dá na medida da necessidade que as nações tem em defender o mesmo objeto, ou seja, a defesa do ambiente planetário, estreitando esses laços através dos tratados e convenções. Para que isso aconteça é necessário que haja uma integração no plano jurídico ambiental, de forma que haja semelhança de institutos jurídicos, unificando as normas gerais ambientais de cada país, para que posteriormente não ocorra conflitos.

O Direito Ambiental não possui um código específico para reger suas normas, mas é orientado por seus princípios, os quais servem de alicerce para as matérias que ainda não possuem legislação específica.

Sobre os princípios do Direito Ambiental, ensina Sirvinskaskas⁶ que estes “tem por escopo proteger todas a espécie de vida no planeta, propiciando uma qualidade de vida satisfatória ao ser humano da presente e das futuras gerações”.

Dessa forma, o Direito Ambiental apresenta princípios relevantes e importantes com o tema em questão, que norteiam a aplicabilidade da legislação ambiental e suprem omissões e lacunas do ordenamento jurídico, sendo assim passa-se a explanação de alguns princípios que possuem maior

⁵ REIS, Jair Teixeira dos. **Resumo de Direito Ambiental**. 4 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2008. p. 16.

⁶ SIRVINSKASKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, SP: Saraiva, 2012. p. 29.

relevância com o tema abordado.

O Princípio do Direito Humano Fundamental, o qual busca orientar a relação entre meio ambiente e ser humano, para que todos possam conviver em um ambiente sadio e com respeito as mais variadas formas de vida sem desrespeitá-las ou causar-lhes sofrimento.

Crimes ambientais, em especial os de grande extensão, atacam direitos à vida, à saúde, ao bem-estar e ao meio ambiente equilibrado, pois possuem grande magnitude e na maioria das vezes causam danos irreversíveis. Proteger o meio ambiente, é uma forma de se conseguir o cumprimento dos direitos humanos, e o reconhecimento disso, pode contribuir para melhorar o cenário mundial em relação a degradação dos recursos naturais.

Em continuidade, o Princípio do Direito ao Desenvolvimento Sustentável, o qual contribui para que se encontre um ponto de equilíbrio entre o desenvolvimento econômico e social e a utilização dos recursos naturais hoje disponíveis, de forma que tais recursos não se esgotem para que seja possível atender as necessidades das gerações futuras.

O Princípio da Precaução e da Prevenção, onde o primeiro busca prevenir, evitar agressões ao meio ambiente, mas não sem antes ter o conhecimento científico dos riscos que estes podem gerar, sendo um instrumento utilizado para evitar que o dano ambiental ocorra. Para tanto, os responsáveis por atividades com grande potencial lesivo ao meio ambiente, devem adotar medidas de proteção preventivas diante do risco de ocorrência de danos graves e irreversíveis, como no caso de crimes como o ecocídio. E o segundo, parte-se da premissa de que o mesmo está destinado a adoção de medidas ou ações relativas a um dano que já aconteceu, com o intuito de evitar novo acontecimento. O princípio da prevenção através da imposição de medidas mais severas em relação aos empreendimentos e atividades potencialmente danosas e poluidoras ao meio ambiente, tem por objetivo mitigar ou compensar a ocorrência de danos ao meio ambiente.

E por fim, o Princípio do Poluidor-Pagador, o qual visa impor a aquele que se beneficia com a extração dos recursos naturais, custos relativos a esta utilização, com o objetivo de impedir o uso gratuito, devendo ser implementado mesmo inexistindo qualquer ilicitude, bastando estar demonstrado a produção de poluição em função da utilização dos recursos naturais.⁷ Dessa forma, o poluidor deverá arcar com o prejuízo causado no meio ambiente de forma objetiva, bastando para isso a comprovação do dano, independentemente da existência de culpa.

⁷ PADILHA, Norma Soeli. **Fundamentos Constitucionais do Direito Ambiental Brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 255-256.

O princípio do poluidor-pagador tornou-se uma ferramenta importante na proteção ambiental, uma vez que ele não autoriza o dano mediante a sua reparação, mas como forma de prevenir, ele responsabiliza economicamente aqueles que causaram prejuízos ao meio ambiente.

Em continuidade, diante do objetivo de verificar a possibilidade de punição do crime de Ecocídio, passa-se a tratar sobre o Direito Penal e sua atuação no que se refere a crimes ambientais de grande proporção.

3 CONDIÇÕES DA RETÓRICA

A sociedade humana está intrinsicamente ligada ao direito penal. Nesse sentido, ensina Estefam⁸ que “é no direito penal que se manifesta toda a individualidade de um povo, sendo considerado o rosto do Direito, assim o direito penal dos povos é um pedaço da história da humanidade.”

No entendimento de Gomes⁹, o conceito social de Direito penal pode ser considerado como:

[...] um dos instrumentos do controle social formal por meio do qual o Estado, mediante um determinado sistema normativo (as leis penais), castiga com sanções de particular gravidade (penas ou medidas de segurança e outras consequências afins) as condutas desviadas ofensivas a bens jurídicos e nocivas para a convivência humana (fatos puníveis = delitos e contravenções).

Desta feita, o Estado através da sanção penal, procura tornar invioláveis os bens que entende por proteger, aplicando penas como forma de constranger o autor da conduta punitiva de maneira correspondente a gravidade do dano por ele causado.

Pelo exposto, o direito penal é o ramo do direito destinado a garantir a ordem social e a proteção de bens jurídicos, onde suas normas orientam a aplicação de sanções as quais estão vinculadas a prática de infrações penais. No entanto, a determinação e aplicação da sanção penal deve obedecer alguns princípios, razão pela qual, passa-se a análise dos mais relevantes princípios do Direito Penal com o tema da pesquisa, pois através deles torna-se possível a sanção de crimes ambientais de grande proporção.

O princípio da Legalidade, o qual foi positivado no Código Penal Francês, de 1810, sendo contemplado no Brasil na Constituição Imperial em 1824 (art. 179, XI) e no Código Criminal do Império em 1830 (art. 1º)¹⁰, bem como nos Códigos Penais de 1890 (art. 1º) e de 1940 (art. 1º), ainda

⁸ ESTEFAM, André. **Direito Penal 1**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 31.

⁹ GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal**: parte geral. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 5.

¹⁰ ESTEFAM, André. **Direito Penal 1**: parte geral. p. 111.

em vigor.¹¹

Para Estefam¹² o princípio da Legalidade tem importância ímpar em matéria de segurança jurídica, pois salvaguarda os cidadãos contra punições criminais sem base em lei escrita, de conteúdo determinado e anterior à conduta. Exige, ademais disso, que exista uma perfeita e total correspondência entre o ato do agente e a lei penal para fins de caracterização da infração e imposição da sanção respectiva.

Nesta direção, em se tratando de crime ambiental, tal princípio possui fundamental importância para que se possa haver punição ao infrator da norma penal ambiental.

Outro importante princípio do Direito Penal, é o da Ofensividade, segundo este princípio se não houver lesão efetiva ou ameaça concreta a um bem jurídico tutelado, não há crime, sendo os crimes de perigo abstrato considerados inconstitucionais.¹³

Para Bitencourt¹⁴, o referido princípio não se confunde com o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, segundo o qual não compete ao Direito Penal tutelar valores puramente morais, éticos ou religiosos, como *ultima ratio*, ao Direito Penal se reserva somente a proteção de bens fundamentais para a convivência e o desenvolvimento da coletividade.

Ensina Jesus¹⁵, que o Direito Penal só deve ser aplicado quando a conduta ofende um bem jurídico.

[...] esse princípio pode ser extraído do art. 98, I da CRFB/88, que disciplina as infrações penais de menor potencial “ofensivo”. Para um setor da doutrina, o princípio da ofensividade (*nullum crimen sine injuria*) requer, para a existência (material) do crime, que a conduta produza uma lesão efetiva ou um perigo concreto a um bem jurídico tutelado.

Em relação aos crimes ambientais e levando em consideração que o meio ambiente é um bem jurídico protegido, pelo princípio supracitado é possível punir as condutas que tragam lesão a este bem tutelado.

Por fim, e não menos importante, é o princípio da Fragmentariedade, o qual prevê que somente uma parcela de bens jurídicos protegidos devem punidos pelo direito penal, ou seja, não inclui todas as lesões a estes bens, mas sim as mais graves, as verdadeiramente lesivas à vida em sociedade.¹⁶

¹¹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, volume 1**: parte geral, arts. 1º a 120. 13 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 160.

¹² ESTEFAM, André. **Direito Penal 1**: parte geral. p. 111.

¹³ ESTEFAM, André. **Direito Penal 1**: parte geral. p. 120.

¹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral 1. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 53-54.

¹⁵ JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**: parte geral. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 52.

¹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 67.

Dessa forma pelo princípio supracitado é possível sua aplicação quando se tratar de crimes ambientais de grande extensão, uma vez que o meio ambiente é um bem jurídico protegido, e crimes desta monta são lesivos à vida.

3.1 LEI DE CRIMES AMBIENTAIS E A RESPONSABILIDADE PENAL AMBIENTAL

Na CRFB/88¹⁷ encontra-se prevista a possibilidade de responsabilizar o poluidor em decorrência do dano ambiental, nas esferas penal, administrativa e civil. Em seu artigo 5º, §3º o texto constitucional possui a seguinte redação: “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.”

Ensina Silva¹⁸, “que na esfera penal, a norma constitucional foi regulamentada pela Lei nº 9.605 de 12 de fevereiro de 1998, intitulada Lei de Crimes Ambientais, diploma que prevê a maior parte dos crimes contra o meio ambiente”.

Sobre a Lei de crimes ambientais brasileira, Machado¹⁹ leciona que esta trata especificamente:

[...] de crimes contra o meio ambiente e de infrações administrativas ambientais. Dispõe também, sobre processo penal e cooperação internacional para a preservação do meio ambiente. [...] A Lei 9.605/1998 tem como inovações marcantes a não utilização do encarceramento como norma geral para as pessoas físicas criminosas, a responsabilização penal das pessoas jurídicas e a valorização da intervenção da Administração Pública, através de autorizações, licenças e permissões. [...] Passamos a ter um sistema penal ambiental predominantemente sancionador das pessoas físicas – o da restrição de direitos. A promiscuidade carcerária fica afastada, esperando-se que o novo sistema de penas seja efetivamente aplicado, inclusive com a fiscalização dos meios de comunicação e da própria opinião pública.

Dessa forma, a Lei de crimes ambientais visa não utilizar a privação da liberdade como sendo a regra geral para as pessoas físicas além de ter contemplado a responsabilização da pessoa jurídica.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal²⁰ vislumbra a possibilidade de punição da pessoa jurídica sem a condenação da pessoa física, conforme informativo publicado em 2013.²¹

¹⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 05 de outubro de 1988. Artigo 225, §3º.

¹⁸ SILVA, Romeu Faria Thomé da. **Manual de Direito Ambiental**. 5 ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 695-696.

¹⁹ MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 830-831.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo do STF: **crime ambiental: absolvição de pessoa física e responsabilidade penal de pessoa jurídica**. Data de publicação: 6 ago. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo714.htm>>. Acesso em: 19 nov. 2017.

²¹ Crime ambiental: absolvição de pessoa física e responsabilidade penal de pessoa jurídica - É admissível a condenação de pessoa jurídica pela prática de crime ambiental, ainda que absolvidas as pessoas físicas ocupantes de cargo de presidência ou de direção do órgão responsável pela prática criminosa. Com base nesse entendimento, a 1ª Turma, por maioria, conheceu, em parte, de recurso extraordinário e, nessa parte, deu-lhe provimento para cassar o acórdão recorrido.

Sendo assim, feitos os apontamentos mencionados acima, o presente artigo tratará a seguir sobre o Tribunal Penal Internacional, abordando a sua competência para julgamento e verificando a possibilidade de julgamento da conduta de Ecocídio pelo Tribunal Penal Internacional.

3.2 TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E SUA COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO

Mais de cinquenta anos após o julgamento de Nuremberg, a comunidade internacional, estabeleceu o Tribunal Penal Internacional permanente. À meia noite do dia 17 de julho de 1998, por meio de uma votação (120 votos a favor e 7 contra, com 21 abstenções), aprovou o Estatuto que prevê a formação de uma Corte Penal Criminal, representando um avanço para o fim da impunidade às graves violações dos direitos humanos.²²

O Brasil, assinou o tratado em fevereiro de 2000, tendo-o ratificado através do Decreto Legislativo nº 112, de 6 de junho de 2002, e promulgado, por intermédio do Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002.²³

O Estatuto do TPI, possui competência fixada em razão da matéria (*ratione materiae*), e foi criado para defender os interesses, os direitos, o bem estar da humanidade, e para punir os crimes que atentam contra os direitos humanos.

A competência do TPI, em relação aos crimes que serão julgados no seu âmbito, vem descrita no seu artigo 5º.

A competência do Tribunal restringir-se-á aos crimes mais graves, que afetam a comunidade

Neste, a imputação aos dirigentes responsáveis pelas condutas incriminadas (Lei 9.605/98, art. 54) teria sido excluída e, por isso, trancada a ação penal relativamente à pessoa jurídica. [...] No mérito, anotou-se que a tese do STJ, no sentido de que a persecução penal dos entes morais somente se poderia ocorrer se houvesse, concomitantemente, a descrição e imputação de uma ação humana individual, sem o que não seria admissível a responsabilização da pessoa jurídica, afrontaria o art. 225, § 3º, da CF. Sublinhou-se que, ao se condicionar a imputabilidade da pessoa jurídica à da pessoa humana, estar-se-ia quase que a subordinar a responsabilização jurídico-criminal do ente moral à efetiva condenação da pessoa física. Ressaltou-se que, ainda que se concluísse que o legislador ordinário não estabelecera por completo os critérios de imputação da pessoa jurídica por crimes ambientais, não haveria como pretender transpor o paradigma de imputação das pessoas físicas aos entes coletivos. Vencidos os Ministros Marco Aurélio e Luiz Fux, que negavam provimento ao extraordinário. Afirmavam que o art. 225, § 3º, da CF não teria criado a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Para o Min. Luiz Fux, a mencionada regra constitucional, ao afirmar que os ilícitos ambientais sujeitariam “os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas”, teria apenas imposto sanções administrativas às pessoas jurídicas. Discorria, ainda, que o art. 5º, XLV, da CF teria trazido o princípio da pessoalidade da pena, o que vedaria qualquer exegese a implicar a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Por fim, reputava que a pena visaria à ressocialização, o que tornaria impossível o seu alcance em relação às pessoas jurídicas.

²² AMBOS, Kai. CHOUKR, Fauzi Hassan. **Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.p. 25.

²³ JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. **Direito Internacional Penal: mecanismo de implementação do Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 31.

internacional no seu conjunto. Nos termos do presente Estatuto, o Tribunal terá competência para julgar os seguintes crimes:

- a) O crime de genocídio;
- b) Crimes contra a humanidade;
- c) Crimes de guerra;
- d) O crime de agressão.²⁴

Os Crimes contra a humanidade encontram-se previstos no art. 7º do Estatuto de Roma, sendo que, quaisquer das condutas enumeradas no artigo supracitado devem ser tidas como parte de um ataque generalizado ou sistemático contra população civil e com o conhecimento do ato atentatório.²⁵

O Tribunal Penal Internacional representa uma grande conquista, uma vez que disciplina os conflitos internacionais, limita as sanções penais e ratifica a necessidade de combater os crimes mais graves que preocupam a comunidade internacional, sendo de relevante importância para a segurança e defesa dos direitos humanos e garantia do bem estar da humanidade.

4. ECOCÍDIO, HISTÓRICO, CONCEITO E POSSIBILIDADE DE PUNIÇÃO PELO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

O termo Ecocídio nasceu da ciência. O biólogo do departamento de Botânica da Universidade de Yale, Arthur Galston utilizou publicamente o termo ecocídio em 1970, depois de pesquisar herbicidas. Em 2011 foi publicado por David Zierler um livro intitulado *The Invention of Ecocide*, o qual abordou o uso de herbicidas durante a guerra do Vietnã, o que levou à destruição de grandes áreas desse país e resultou em um movimento de cientistas, os quais defenderam que o ecocídio seria um crime internacional.²⁶

Em 1972 a temática sobre o Ecocídio foi revisitada, na Conferência das Nações Unidas de Estocolmo sobre o Meio Ambiente, onde Olof Palme, primeiro ministro da Suécia, em seu discurso de abertura falou explicitamente da guerra do Vietnã como um Ecocídio. Na ocasião outros, incluindo Indira Gandhi da Índia e Tang Ke, o líder da delegação chinesa, mencionaram o Ecocídio como sendo um crime internacional. Um Grupo de Trabalho sobre Crimes contra o meio ambiente foi formado na conferência, e um projeto de convenção sobre Ecocídio foi apresentado em 1973. Em 1978 novamente o crime de Ecocídio foi debatido pela Subcomissão de Prevenção da Discriminação e

²⁴ BRASIL. **Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**. Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002.

²⁵ AMBOS, Kai. CHOUKR, Fauzi Hassan. **Tribunal Penal Internacional**. p. 201.

²⁶ LAY, Bronwyn. NEYRET, Laurent. SHORT, Damien. BAUMGARTNER, Michael. JR OPOSA, Antônio A. **Timely And Necessary Ecocide Law as Urgent and Emerging**. *The Journal Jurisprudence*. p. 431-452, 2015.

Proteção das Minorias, para que reconhecesse a inclusão do Ecocídio e do genocídio cultural à sua lista de crimes. Sem sucesso, em 1985 o tema Ecocídio foi retomado através de um relatório elaborado por Benjamin Whitaker e apresentado a Subcomissão de Promoção e Proteção dos Direitos Humanos, relatório este que enfatizava a importância de expandir e aprofundar os estudos sobre Ecocídio.²⁷

Em 1998 foi aprovado o Estatuto de Roma, e o Ecocídio foi excluído, sendo qualquer menção de dano ambiental com previsão disposta no artigo 8º (2), b, IV²⁸, sendo restrito apenas a crimes de guerra e não um crime contra a paz.²⁹

Leciona Borges³⁰ que em 2010, o grupo *Eradicating Ecocide* apresentou um projeto de criminalização do Ecocídio, enquanto um crime contra a paz, a humanidade, a natureza, as futuras gerações e, com uma nova definição, não limitada a questões relacionadas com conflitos armados. Para tanto, formulou um documento denominado *Ecocide Act*, que possuía os elementos constitutivos da aludida proposta.

O termo Ecocídio é usado para descrever danos ecológicos de grande extensão e com efeitos duradouros, levando em conta o número de pessoas e espécies (fauna e flora) finalmente afetadas. Engloba a devastação de grandes áreas de cobertura vegetal, e o seu impacto na vida das pessoas em termos sociais e econômicos, uma vez que dependendo a extensão do dano, é improvável ou mesmo impossível reverter as condições da área atingida.³¹

Ecocídio é entendido também como o extenso dano, destruição ou perda de ecossistema(s) de um determinado território, seja por ação humana ou por outras causas, a tal medida que as condições de sobrevivência dos habitantes do território atingido seja severamente diminuída. Dentro desta definição, encontra-se dois tipos de Ecocídio: o Ecocídio causado pelo homem e o Ecocídio de ocorrência natural (tsunamis, aumento do nível do mar, inundações).³²

Na história mundial grandes extensões de áreas foram e continuam sendo contaminadas e devastadas pela ocorrência de acidentes e crimes ambientais. Muitas dessas ocorrências além de

²⁷ ERRADICAR ECOCIDE. Disponível em: <http://eradicatingecocide.com/the-law/history>. Acesso em 03 set. 2017.

²⁸ Lançar intencionalmente um ataque, sabendo que o mesmo causará perdas acidentais de vidas humanas ou ferimento na população civil, danos em bens de caráter civil ou prejuízos extensos, duradouros e graves no meio ambiente que se revelem claramente excessivos em relação à vantagem militar global concreta e direta que se previa.

²⁹ ERRADICAR ECOCIDE. Disponível em: <http://eradicatingecocide.com/the-law/history>. Acesso em 12 set. 2017.

³⁰ BORGES, Orlindo Francisco. **ECOCÍDIO: Um crime ambiental internacional ou um crime internacional maquiado de verde?** RIDB, vol. nº 7, p. 6457-6495, 2013.

³¹ GRAY, Mark Allan. **The international crime of ecocide.** California Western International Law Journal, vol. 26, nº. 2, art. 3. p. 215-271, 1995.

³² HIGGINS, Polly. SHORT, Damien. SOUTH, Nigel. **Protecting the planet: a proposal for a law of ecocide.** Crime Law and Social Change. vol. 59. nº 1. p. 251-266, 2013.

destruir todo um ecossistema, trazem consequências sobre a saúde física e mental de toda uma população, por uma vida toda.

Exemplos de Ecocídio aconteceram em vários países, durante a guerra do Vietnã no período compreendido entre 1961 a 1971 foram despejados/pulverizados pelos EUA sobre o Vietnã milhões de litros de herbicidas, os efeitos foram destrutivos e os cientistas acadêmicos da época chamaram de “Ecocídio”. Na ocasião herbicidas foram pulverizados em massa, e as quantidades, sem dúvida, prejudicaram mais do que as plantas, o impacto ambiental foi global e uma ameaça para a paz e até mesmo sobrevivência, pois várias doenças incluindo cânceres, e defeitos congênitos afetaram civis vietnamitas, veteranos da guerra dos EUA e vietnamitas, e sua progênie.³³

Outra grande catástrofe ocorreu em 1986, em 26 de abril, quando um reator da usina de Chernobyl explodiu e liberou uma imensa nuvem 400 vezes mais radioativa do que a bomba atômica de Hiroshima. O acidente contaminou milhares de pessoas, animais, meio ambiente e pelos estudos elaborados por cientistas, o número de mortes ficou entre 30.000 a 60.000 pessoas. Décadas após o acidente, as regiões atingidas ainda continuam devastadas, 784.320 hectares de terras agrícolas passaram a ser áreas proibidas para o cultivo, 700.000 hectares tiveram vetadas a produção de madeira, e pessoas que conseguiram sobreviver sofreram consequências terríveis e até hoje apresentam sequelas decorrentes do acidente.³⁴

Recentemente no estado de Minas Gerais, município de Mariana aconteceu o maior desastre ambiental vivido no Brasil. Em 5 de novembro de 2015, a barragem da mineradora Samarco se rompeu, despejando sessenta bilhões de litros de rejeitos de mineração de ferro na bacia do rio Doce por mais de 500 Km, causando danos ambientais imensuráveis e irreversíveis.³⁵

Portanto, um desastre ambiental dessa magnitude, provoca danos irreparáveis em todo o ecossistema da região e compromete as condições de vida de uma comunidade inteira, desde seu habitat até sua sobrevivência.

Leciona Schaefer³⁶ *et al.* que em termos práticos, o desastre da barragem evidenciou a morte e a destruição em sua face mais temível: 17 vidas humanas perdidas, milhões de animais aquáticos e

³³ ZIERLER, David. **The Invention of Ecocide: Agent Orange, Vietnam, and the Scientists who changed the way we think about the environment.** Athens and London. University of Georgia Press. p. 1-7, 2011.

³⁴ **O terror do acidente nuclear ocorrido em Chernobyl, cidade norte da Ucrânia, em 26 de abril de 1986.** Disponível em: <http://www.irpaa.org/publicacoes/divulgacao/chernobyl.pdf>. Acesso em 14 set. 2017.

³⁵ JACOBI, Pedro Roberto. CIBIM, Juliana, **A Necessária compreensão das Consequências Ampliadas de Um Desastre.** Ambiente & Sociedade, vol. 18, nº 4, p. 1-5, 2015.

³⁶ SCHAEFER, Carlos Ernesto G. Reynaud; SANTOS, Eliana Elizabet dos; FILHO, Elpídio Inácio Fernandes; ASSIS, Igor Rodrigues de. Paisagens de Lama: **Os tecnossolos para recuperação ambiental de áreas afetadas pelo desastre da barragem do Fundão, em Mariana.** Sociedade Brasileira de Ciência do Solo, volume 42, nº 1. p. 1- 48, 2016.

terrestres mortos, uma bacia hidrográfica essencial para Minas e Espírito Santo, diretamente e fortemente afetada em sua integridade ambiental.

Para Freeland³⁷, o conceito de Crimes contra a Humanidade reside na abrangência do Artigo 7º(1) (k), que se refere a " outros atos desumanos [...] que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem de forma grave a integridade física ou a saúde física ou mental". Podendo-se assim vislumbrar a possibilidade de enquadrar nessa definição determinados atos que constituem crimes ambientais.

Assim, falando em crimes contra a humanidade e observando mais especificamente o artigo 7º, alínea k do § 1º do Estatuto de Roma, de forma a ampliar a competência do TPI, a de se defender a inclusão dos crimes ambientais, como crime contra a humanidade, uma vez que crimes contra o meio ambiente em especial os de grande extensão destroem as condições de existência e subsistência de uma população diante da extensão e destruição de todo um ecossistema.

Sobre considerar crime ambiental um crime contra a humanidade, Rocha³⁸ leciona que:

É justamente na última figura criminal, em seu artigo 7, do Estatuto, que defendemos a ampliação do seu conceito para incluir os crimes graves contra o meio ambiente. O preâmbulo da Carta da Terra conduz-nos a este entendimento. "A Humanidade é parte de uma vasto universo em evolução. A Terra, nosso lar, está viva com uma comunidade de vida única. Os padrões dominantes de produção e consumo estão causando devastação ambiental, redução dos recursos e uma massiva extinção de espécies. Comunidades estão sendo arruinadas. Os benefícios do desenvolvimento não estão sendo divididos equitativamente e o fosso entre ricos e pobres está aumentando".

Dessa forma, o autor defende uma ampliação do conceito de crime contra a humanidade, previsto no artigo 7º do Estatuto, no sentido de que seja incluído os crimes graves contra o meio ambiente, como crime contra a humanidade, podendo assim ampliar a competência do TPI.

No mesmo sentido Freeland³⁹ considera que, mesmo com sua atual definição no Estatuto de Roma, o conceito de Crimes contra a Humanidade representa uma ferramenta possível para denunciar crimes ambientais perante o TPI:

[...] É claro que será necessário comprovar a presença dos demais elementos do crime, inclusive " [...] ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque" (Artigo 7º, 1), antes que uma condenação possa ser sustentada. Decerto, será maior a possibilidade de se recorrer a esse crime, mais do que ao de genocídio, para mover uma ação, devido a seu alcance mais amplo. De fato, pode muito bem ser

³⁷ FREELAND, Steven. **Direitos humanos, meio ambiente e conflitos: enfrentando os crimes ambientais**. Sur, Revista Internacional de Direitos Humanos. vol.2, nº.2, p. 118-145, 2005.

³⁸ ROCHA, Manoel Leonilson Bezerra. **Crimes contra o meio ambiente estão acima da soberania do país**. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-abr-10/crimes_meio_ambiente_acima_soberania, Acesso em 29 ago. 2017.

³⁹ FREELAND, Steven. **Direitos humanos, meio ambiente e conflitos: enfrentando os crimes ambientais**. Sur, Revista Internacional de Direitos Humanos. p. 129.

estrategicamente vantajoso e simbolicamente importante para a Promotoria do TPI denunciar um ato de crime ambiental com fundamento em Crimes contra a Humanidade, em acréscimo (ou como alternativa) aos Crimes de Guerra, dado que o primeiro em geral é concebido como o crime mais hediondo.

Atos de dano ambiental como destruição de habitat ou do acesso a alimento ou a água potável (direitos fundamentais do indivíduo) em escala significativa, dentro de um determinado grupo de pessoas representa um ataque aos direitos humanos fundamentais, sendo assim, seria possível considerar ecocídio como um crime contra a humanidade, uma vez que seria uma infração aos direitos humanos.⁴⁰

Para Sirvinskas⁴¹, o crime contra o meio ambiente deveria estar tutelado hierarquicamente superior ao homicídio, argumentando que:

[...] A parte especial deveria começar com os crimes contra a humanidade, à semelhança do Código Penal Francês, advindo daí os crimes de homicídio etc. Por isso, a necessidade de se punir penalmente as condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

Assim, para o autor, uma vez que os crimes contra o meio ambiente na maioria dos casos trazem consequências globais, deveriam ser tratados como crime contra a humanidade.

Em setembro de 2016, a procuradora do Tribunal Penal Internacional Fatou Bensouda publicou o documento sobre “*Policy Paper on Case Selection and Prioritisation*”⁴², onde expressamente ela demonstra preocupações acerca de crimes ambientais no tópico 41 do referido documento⁴³:

The impact of the crimes may be assessed in light of, inter alia, the increased vulnerability of victims, the terror subsequently instilled, or the social, economic and environmental damage inflicted on the affected communities. In this context, the Office will give particular consideration to prosecuting Rome Statute crimes that are committed by means of, or that result in, inter alia, the destruction of the environment, the illegal exploitation of natural resources or the illegal dispossession of land.⁴⁴

Embora o Estatuto de Roma até o momento não tenha sofrido mudanças ou alterações no

⁴⁰ FREELAND, Steven. **Direitos humanos, meio ambiente e conflitos: enfrentando os crimes ambientais**. Sur, Revista Internacional de Direitos Humanos. p. 135.

⁴¹ SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Tutela penal do meio ambiente: breves considerações sobre a lei nº. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 17.

⁴² Documento de política sobre seleção e priorização de casos. (Tradução livre da autora do artigo)

⁴³ Tribunal Penal Internacional. Gabinete do Procurador. **Policy Paper on Case Selection and Prioritization**. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20160915_OTP-Policy_Case-Selection_Eng.pdf. Acesso em 19 set. 2017.

⁴⁴ O impacto dos crimes pode ser avaliado tendo em vista, nomeadamente, o aumento da vulnerabilidade das vítimas, o terror subsequentemente instalado ou o dano social, econômico e ambiental infligido às comunidades afetadas. Neste contexto, o Gabinete prestará especial atenção à acusação de delitos do Estatuto de Roma cometidos por meio de, ou que resultem, entre outros, a destruição do meio ambiente, a exploração ilegal de recursos naturais ou a desapropriação ilegal de terras. (Tradução livre da autora do artigo)

sentido de incluir crimes ambientais como crime contra a humanidade, a preocupação demonstrada na recomendação da procuradora do TPI no documento supracitado mostra uma tendência de inclusão de crimes ambientais como uma das prioridades do tribunal, abrindo-se portas para julgamentos de crimes que afetam comunidades inteiras, uma vez que o Ecocídio na maioria dos casos causa danos irreparáveis, comprometendo as formas de vida do ambiente atingido e a sobrevivência dos animais e pessoas que habitam o lugar.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Tribunal Penal Internacional obedece determinados princípios contemplados no Direito Penal. A possibilidade de julgamento pelo TPI referente a conduta de Ecocídio, é possível, uma vez que o texto do artigo 7, 1, k do Estatuto de Roma prevê condutas que servem como ferramenta para que isto ocorra. Não se trata de uma interpretação extensiva, mas sim de legalidade, pois o tipo penal previsto no artigo supracitado é amplo e permite que se considere condutas como o ecocídio, crime contra a humanidade, uma vez que comprovadamente crimes ambientais de grande extensão causam sofrimento e afetam gravemente a integridade física e a saúde da população atingida. Sendo assim, as consequências de um desastre ambiental se adequam ao que está previsto no dispositivo legal anteriormente mencionado.

O princípio da ofensividade também pode ser invocado na questão, pois o meio ambiente é um bem jurídico tutelado pelo Direito Penal, lesão efetiva ou ameaça concreta a esses bens são concebidos como um delito. Assim por este princípio torna-se possível o julgamento pelo TPI da conduta de Ecocídio, uma vez que todos os desastres ambientais trouxeram consequências graves e muitas destas irreversíveis num bem jurídico protegido, no caso o meio ambiente.

Outro princípio relevante e que pode servir como fundamento para o julgamento de Ecocídio pelo TPI, é o da Fragmentariedade, pois ele prevê que as lesões mais graves a bens jurídicos protegidos devem ser punidos pelo Direito Penal. Dessa forma não resta dúvidas que no caso de Ecocídio, este princípio serve de subsidio e fundamentação para o julgamento. Não se trata de qualquer lesão, mas sim de uma conduta de grande extensão e destruição.

Sendo assim, o dano ambiental de grande proporção como Ecocídio pode ser julgado pelo Tribunal Penal Internacional, obedecendo alguns princípios previsto no Estatuto de Roma, e podendo sim ser considerado crime contra a humanidade.

5 REFERÊNCIAS

AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan. **Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral 1. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BORGES, Orlindo Francisco. **ECOCÍDIO: Um crime ambiental internacional ou um crime internacional maquiado de verde?** RIBD, vol. nº 7, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 05 de outubro de 1988.

BRASIL. **Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**. Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002.

BRASIL. **Política Nacional do Meio Ambiente**. Lei 6.938 de 31 de agosto de 1981.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo do STF: **crime ambiental: absolvição de pessoa física e responsabilidade penal de pessoa jurídica**. Data de publicação: 6 ago. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo714.htm>>. Acesso em: 19 nov. 2017.

ERRADICAR ECOCIDE. Disponível em: <http://eradicatingecocide.com/the-law/history>. Acesso em 03 set. 2017.

ESTEFAM, André. **Direito Penal 1**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2010.

FREELAND, Steven. **Direitos humanos, meio ambiente e conflitos: enfrentando os crimes ambientais**. Sur, Revista Internacional de Direitos Humanos. vol.2, nº.2, p. 118-145, 2005.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal**: parte geral. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GRAY, Mark Allan. **The international crime of ecocide**. California Western International Law Journal, vol. 26, nº. 2, art. 3. p. 215-271, 1995.

HIGGINS, Polly; SHORT, Damien; SOUTH, Nigel. **Protecting the planet: a proposal for a law of ecocide**. Crime Law and Social Change. vol. 59. nº 1. p. 251-266, 2013.

JACOBI, Pedro Roberto; CIBIM, Juliana, **A Necessária compreensão das Consequências Ampliadas de Um Desastre**. Ambiente & Sociedade, vol. 18, nº 4, p. 1-5, 2015.

JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. **Direito Internacional Penal**: mecanismo de implementação do Tribunal Penal Internacional. São Paulo: Saraiva, 2009.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**: parte geral. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LAY, Bronwyn. et al. **Timely And Necessary Ecocide Law as Urgent and Emerging**. The Journal Jurisprudence. p. 431-452, 2015.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 19 ed. São Paulo: Malheiros,

2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

O terror do acidente nuclear ocorrido em Chernobyl, cidade norte da Ucrânia, em 26 de abril de 1986. Disponível em: <http://www.irpaa.org/publicacoes/divulgacao/chernobyl.pdf>. Acesso em 14 set. 2017.

PADILHA, Norma Soeli. **Fundamentos Constitucionais do Direito Ambiental Brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120**. 13 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

REIS, Jair Teixeira dos. **Resumo de Direito Ambiental**. 4 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2008.

ROCHA, Manoel Leonilson Bezerra. **Crimes contra o meio ambiente estão acima da soberania do país**. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-abr-10/crimes_meio_ambiente_acima_soberania, Acesso em 29 ago. 2017.

SCHAEFER, Carlos Ernesto G. Reynaud. et.al. **Os tecnossolos para recuperação ambiental de áreas afetadas pelo desastre da barragem do Fundão, em Mariana**. Sociedade Brasileira de Ciência do Solo, volume 42, nº 1. p. 1- 48, 2016.

SILVA, Romeu Faria Thomé da. **Manual de Direito Ambiental**. 5 ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, SP: Saraiva, 2012.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Tutela penal do meio ambiente: breves considerações sobre a lei nº. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

Tribunal Penal Internacional. Gabinete do Procurador. **Policy Paper on Case Selection and Prioritization**. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20160915_OTP-Policy_Case-Selection_Eng.pdf. Acesso em 19 set. 2017.

ZIERLER, David. **The Invention of Ecocide: Agent Orange, Vietnam, and the Scientists who changed the way we think about the environment**. Athens and London. University of Georgia Press. p. 1-7, 2011.

A IMPLANTAÇÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI NO BRASIL E SUAS CARACTERÍSTICAS NOS PRINCIPAIS PAÍSES DO MUNDO

Mariana Pellizzaro¹
Daniela Ries Winck²

Recebido em: 18 abr. 2018

Aceito em: 01 out. 2018

Resumo: O objetivo do presente estudo, desenvolvido através de pesquisa bibliográfica realizada a partir do método indutivo, foi apresentar a origem do Tribunal do Júri no Brasil, bem como expor breves considerações sobre as principais características desse instituto na Inglaterra, Estados Unidos, Itália, França, Portugal, Espanha e no Brasil. Com origem incerta, o instituto do Tribunal do Júri tem sido o modo de resolução de conflitos desde a sua criação, evoluindo de formas diversificadas nos países do mundo. No Brasil, seu surgimento se deu ainda na época do Brasil Império, quando o país era uma colônia de Portugal.

Palavras-chave: Tribunal do Júri; Direito Comparado; História do Direito; Common Law; Civil Law.

THE IMPLEMENTATION OF THE JURY COURT IN BRAZIL AND ITS CHARACTERISTICS IN THE MAIN COUNTRIES OF THE WORLD

Abstract: With uncertain origin, the institute of the Court of the Jury has been the mode of conflict resolution since its inception. In Brazil, its emergence occurred even in the time of Brazil Empire, when the country was a colony of Portugal. The objective of this study, developed through a bibliographical research based on the inductive method, was aimed at presenting the origin of the Jury's Court in Brazil, as well as presenting concise notes on the main characteristics of this institute in the United States United States, Italy, France, Portugal, Spain and Brazil.

Keywords: Jury Court; Comparative Law; The History of Law; Common Law; Civil Law.

1 INTRODUÇÃO

O surgimento do Tribunal do Júri é causa de grande controvérsia entre os doutrinadores mundiais. Entretanto, é ponto convergente entre eles que essa instituição, nos seus primórdios, era ligada à superstições e crenças populares, sendo comum a invocação de Deuses para o julgamento dos delitos cometidos na sociedade.

Alguns autores afirmam que a primeira aparição desse instituto se deu na Palestina. Outros, apontam para a Inglaterra, Grécia e Roma antiga. Referidas divergências decorrem da nítida falta de indícios documentais históricos acerca do tema, bem como da antiguidade da sua existência.

¹ Bacharelada da 9ª fase do Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC, Campus de Videira. E-mail: marianapellizzaro@hotmail.com;

² Professora do curso de Direito da UNOESC Videira, bacharel em enfermagem pela UFSM e Direito pela UNOESC, mestrado e doutorado pela UFSC.

O que pode ser afirmado com convicção é que, depois da Revolução Francesa, ocorrida em 1789, o Tribunal do Júri disseminou-se por toda a Europa, exceto pela Holanda e Dinamarca. A partir de então, cada país adotante apropriou-o com características próprias e convenientes segundo suas legislações pátrias, o que justifica a discrepância do seu procedimento entre os países do mundo.

Em se tratando de solo brasileiro, o Tribunal do Júri foi instituído em 18 de junho de 1822, através da declaração do príncipe regente da época, o qual fundamentou referida instituição em preceitos de bondade, justiça, salvação pública e liberdade de imprensa.

Oficialmente integrando o ordenamento jurídico brasileiro, na Constituição de 1824, esse instituto passou a ser um ramo do poder Judiciário.

O presente trabalho tem por escopo estudar a evolução histórica do Tribunal do Júri no Brasil e apresentar concisos apontamentos sobre o instituto em alguns países, os quais também adotaram o sistema da *civil law* e *common law*.

2 COMMOM LAW E CIVIL LAW

Antes de se passar para a análise de questões inerentes ao tribunal do júri propriamente dito, imperioso esclarecer as diferenças básicas entre os sistemas jurídicos da *commom law* e da *civil law*, tendo em vista que esses itens influenciaram historicamente esse instituto nos países que adotaram cada sistema.

2.1 COMMOM LAW

O sistema jurídico da *commom law*, também conhecido como anglo-saxão, teve sua formação entre os anos de 1066 e 1485, na Inglaterra, vigorando até os dias atuais na maioria dos países de colonização inglesa (DAVID, 1978).

Segundo Wambier (2009, p. 54), a principal característica desse sistema jurídico é que os casos concretos são considerados fontes de direito.

Santiago (2006) explica que, nesse sistema jurídico, as normas e regras não estão escritas, mas sim sancionadas pelos costumes e pela jurisprudência.

Diferentemente do que ocorre na *civil law*, os litígios devem ser resolvidos levando em conta as sentenças judiciais anteriormente proferidas, e não preceitos legais. “A reunião de sentenças judiciais sobre várias situações semelhantes permite extrair regras gerais que geram precedentes e que se convertem em orientações para o julgamento futuro dos países, em casos análogos”

(SANTIAGO, 2006).

Sendo assim, a fonte principal do direito são os costumes observados pela sociedade, sendo a conduta social regulada por aquilo que seus membros julgam ser correto (SABINO, 2010, p. 53).

1.2 CIVIL LAW

Conforme ensina Vidal (2016), esse sistema jurídico surgiu com o renascimento dos estudos de Direito romano nas universidades. Isso se deve ao fato de que, com a evolução da sociedade, viu-se a importância da criação de leis para garantir questões de ordem, segurança e progresso, repudiado o apelo ao sobrenatural.

Foram as universidades, por meio da Escola do Direito Natural, que sentiram a necessidade da sistematização do direito, uma vez que buscavam repassar aos seus membros exatamente aquilo que estava positivado na época (VIDAL, 2016).

Esse sistema jurídico, segundo Vidal (2016), refere-se ao direito baseado em códigos escritos. Contrasta-se diretamente com o sistema da *commom law*, o qual, como já visto, busca precedentes para a solução de litígios, e não a lei.

Vidal *apud* Sèroussi (2016) elencam como principais características desse sistema jurídico:

- 1) a Constituição e as leis protegem o indivíduo; 2) Separação dos poderes, mas independência da justiça menos acentuada que no *Common Law*; 3) controle de constitucionalidade das leis exercido por um órgão independente e respeitado; 4) legislação superabundante (direito escrito proveniente das leis e regulamentos); 5) não há preponderância dos precedentes judiciais; 6) noções de direito abstratas; 7) freqüente formulações de regras jurídicas gerais; 8) acentuada separação das regras de fundamento e de processo.

Sendo assim, diz-se que, no sistema jurídico da *civil law*, o Direito é predeterminado por normas, as quais, na grande maioria dos casos, estão sistematizadas em códigos escritos (FAIS, 2016).

3 A IMPLANTAÇÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI NO BRASIL

Conforme as explanações de Mossin (1999, p. 183), o Tribunal do Júri está previsto na legislação pátria desde a sua imposição, pelos legisladores portugueses, até os dias atuais.

3.1 BRASIL IMPÉRIO

O Júri foi implantado no Brasil através da Lei de 18 de junho de 1822, época em que o Brasil ainda era colônia portuguesa, pelo então Príncipe Regente, Dom Pedro de Alcântara, influenciado por

José Bonifácio de Andrada e Silva (MOSSIN, 1999, p. 183).

Criado como um ramo do poder judiciário, até 1823, esse instituto se prestava para apreciar os delitos de liberdade de imprensa, tendo atribuição para, no tocante à matéria de fato, decidir tudo (tanto na esfera criminal, quanto na esfera cível) (MOSSIN, 1999, p. 184).

A Constituição de 1824 dispunha, em seus artigos 151 e 152, respectivamente:

(sic) Art. 151. O Poder Judicial independente, e será composto de Juizes, e Jurados, os quaes terão logar assim no Cível, como no Crime nos casos, e pelo modo, que os Codigos determinarem.

Art. 152. Os Jurados pronunciam sobre o facto, e os Juizes applicam a Lei.

Segundo Mossin (1999, p. 185-185), foi nesse momento legislativo que a figura do jurado foi criada em solo nacional. Cabe salientar que referida criação tem seus vestígios no sistema do júri brasileiro atual, uma vez que os jurados decidem sobre a matéria de fato, e o juiz togado exterioriza a sentença, vinculado à decisão desses, decidindo sobre a aplicação e o cumprimento da pena.

Com o advento do Código de Processo Criminal de Primeira Instância (Código do Processo Criminal do Império), em 1832, o procedimento do Júri ganhou novas dimensões (MOSSIN, 1999, p. 185).

A primeira regra estabelecida pela lei penal era a formação do “primeiro conselho de jurados”, também conhecido como “júri de acusação”. Incumbia ao presidente da Câmara Municipal sortear, dentre os habilitados, 60 (sessenta) nomes para servir na sessão judiciária (MOSSIN, 1999, p. 185).

Em referida sessão, os jurados convocados juravam formalmente ter diante de seus olhos apenas os ensinamentos de Deus e a lei, bem como proferir o voto segundo a sua consciência. Depois, em sala secreta, debatiam sobre o processo e decidiam, pela maioria absoluta dos votos, se havia suficiente esclarecimento sobre o crime e sua autoria. Em caso positivo, era escrita no processo a frase “o júri achou matéria para acusação” (MOSSIN, 1999, p. 185).

Em caso negativo, eram chamados na sala o promotor público, o réu (se presente) e as testemunhas, para um processo de ratificação dos autos. Depois disso, era indagado aos jurados se poderiam proceder à acusação contra alguém ou não. Se a resposta fosse negativa, o juiz julgava sem efeito a denúncia. Se a decisão fosse positiva, o juiz sentenciava declarando que podia ser formada a acusação do réu, sendo ordenada a sua custódia (MOSSIN, 1999, p. 185).

Procedia-se, então, ao “segundo conselho de jurados”, também conhecido como “júri de sentença”, o qual era formado por 12 (doze) cidadãos que faziam o mesmo juramento dos anteriores. O objetivo dessa fase era continuar o trabalho do primeiro conselho de jurados, os quais já haviam

decidido ter matéria suficiente para a acusação (MOSSIN, 1999, p. 185).

Segundo Mossin (1999, p. 186), na sessão, o réu era interrogado; era feito o relatório do processo; eram inquiridas as testemunhas de acusação; era feita a defesa em favor do acusado; eram inquiridas as testemunhas de defesa; realizavam-se os debates orais; e, por fim, procedia-se à quesitação, indagando-se, nos termos do artigo 269 do Código de Processo Criminal do Império de 1932:

(sic) Art. 269. Achando-se a causa no estado de ser decidida por parecer aos Jurados, que nada mais resta a examinar o Juiz de Direito, resumindo com a maior clareza possível toda a matéria da acusação, e da defesa, e as razões expendidas pró, e contra, proporá por escripto ao Conselho as questões seguintes:

§ 1º Se existe crime no facto, ou objecto da accusação?

§ 2º Se o accusado é criminoso?

§ 3º Em que gráo de culpa tem incorrido?

§ 4º Se houve reincidencia (se disso se tratar)?

§ 5º Se ha lugar á indemnização?

Cabe ressaltar que, naquela época, o legislador já estabeleceu que não poderiam servir no mesmo conselho de sentença os ascendentes e seus descendentes, sogro e genro, bem como irmãos e cunhados, durante o cunhadio (BRASIL, 1832).

Com o advento da Lei n. 261, de 3 de dezembro de 1841, os Delegados de Polícia passaram a ser responsáveis pela organização da lista de jurados. A pronúncia ou impronúncia do réu também era incumbência da Autoridade Policial, passando, posteriormente, pelo crivo do juiz municipal. O procedimento, por sua vez, observou a legislação anterior (MOSSIN, 1999, p. 187).

O Decreto n. 120, de 21 de janeiro de 1942, trouxe regulamentações à lei anteriormente citada: a indenização decorrente do crime, que antes era discutida em seara penal, passou a ser atribuição exclusiva da esfera cível; e o crime de contrabando passou a ser competência do juiz municipal, e não mais do Tribunal do Júri (MOSSIN, 1999, p. 187).

Na transição entre império e república, em 1871, a Princesa Isabel, representando Dom Pedro II, baixou a Lei n. 2.033, a qual serviu de base para a organização desse instituto no período republicano (MOSSIN, 1999, p. 190).

A partir dessa Lei, os juízes de direito passaram a ter competência para a pronúncia do réu nos crimes comuns. Além disso, fixou que o júri deveria ser presidido por um desembargador nas comarcas especiais. (MOSSIN, 1999, p. 190).

3.2. REPÚBLICA

3.2.1. JÚRI FEDERAL

O Decreto Brasileiro n. 848, criado em 1890 com o objetivo de organizar a Justiça Federal, previu a criação do Júri Federal. Segundo o artigo 40 desse diploma legal, “os crimes sujeitos à jurisdição federal serão julgados pelo júri” (MOSSIN, 1999, p. 191).

Segundo Mossin (1999, p. 191), o conselho de jurados era composto por 12 (doze) juízes, os quais eram sorteados dentre 36 (trinta e seis) cidadãos, qualificados como jurados na capital do estado onde funcionada o Tribunal do Júri.

Com o advento da Lei Federal n. 515 de 1898, foram excluídos da competência do júri os crimes de moeda falsa, contrabando, peculato, falsificação de estampilhas, selos adesivos, vales postais e cupons de juros dos títulos de dívida pública da União, passando a ser competência do juiz da seção. O Decreto-Federal n. 3.084 de 1898, por sua vez, especificou quais eram os crimes que se submeteriam ao julgamento pelo Tribunal do Júri (MOSSIN, 1999, p. 191).

Com o Decreto n. 4.780 de 1923, ficou estabelecido que seria competência do Tribunal do Júri o julgamento de todos os crimes que a lei não atribuía ao juiz singular.

3.2.2 JÚRI GERAL

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 24 de fevereiro de 1891, previu a instituição do Tribunal do Júri em seu artigo 71, § 31, o qual preceituava: “é mantida a instituição do júri” (BRASIL, 1891).

A Constituição sequente, promulgada em 1934, seguiu a linha de raciocínio da anterior. O artigo 72 do texto constitucional dispunha: “É mantida a instituição do júri, com a organização e as atribuições que lhe der a lei” (BRASIL, 1934).

A Constituição de 1937, por sua vez, nada dispôs a respeito do júri. Porém, sua aplicação continuou sendo observada, conforme preceitua Mossin (1999, p. 193).

Em 1938, por sua vez, o Decreto-Lei n. 167 regulamentou a aplicação dessa instituição em solo nacional, definindo que competia ao Tribunal do Júri o julgamento dos seguintes crimes: homicídio qualificação, ou simples, ou com o resultado morte provindo das condições personalíssimas do ofendido, ou porque o ofendido não haja observado o regime médico higiênico reclamado por seu estado; infanticídio; infanticídio *honoris causa*; induzimento ao suicídio;

homicídio ocorrido em duelo; homicídio para roubar (latrocínio), operando-se a retirada de coisa alheia (MOSSIN, 1999, p. 195).

A Constituição Federal de 1946, em seu artigo 141, § 28, dispôs:

Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 28 - É mantida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, contanto que seja sempre ímpar o número dos seus membros e garantido o sigilo das votações, a plenitude da defesa do réu e a soberania dos veredictos. Será obrigatoriamente da sua competência o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Importante salientar que foi nesse momento legislativo que a Constituição deu ao Tribunal do Júri a competência tida até hoje, ou seja, a de julgar os crimes dolosos contra a vida, consumados ou tentados (MOSSIN, 1999. p. 196).

Além disso, segundo Mossin (1999, p. 195), referida Constituição instituiu que o conselho de sentença deveria ser formado por número ímpar de jurados, para que se evitasse empate, bem como a votação secreta, a fim de resguardar a integridade dos jurados.

Em 1967, o artigo 150, § 18 da Constituição Federal dispunha: “são mantidas a instituição e soberania do júri, que terá competência no julgamento dos crimes dolosos contra a vida” (BRASIL, 1967), o que foi mantido também na Constituição Federal de 1969.

Atualmente, o Tribunal do Júri é previsto na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXVIII, segundo o qual:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) a plenitude de defesa;
- b) o sigilo das votações;
- c) a soberania dos veredictos;
- d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;

4 O TRIBUNAL DO JÚRI NO DIREITO COMPARADO

4.1. INGLATERRA

Segundo Dotto *apud* Rangel (2014), na Inglaterra, o instituto do Tribunal do Júri é responsável

pelo julgamento de, apenas, 2% (dois por cento) das lides criminais. O número de jurados que atuam na sessão é de 12 (doze), devendo possuir idade entre 18 (dezoito) e 70 (setenta) anos.

O mesmo autor preceitua que, ao invés de responder a quesitos, como ocorre no Direito Brasileiro, os jurados proferem uma opinião, de forma semelhante a um veredito, que expressa sua vontade pela condenação ou absolvição.

Para ser condenado, são necessários 10 (dez) vereditos pleiteando a condenação do réu. Caso não haja essa maioria qualificada, será o acusado submetido a novo Júri, com novos jurados. Da mesma forma, para que haja a condenação, serão necessários 10 (dez) votos nesse sentido. Caso esse quórum não seja alcançado, o réu será considerado inocente e, conseqüentemente, será absolvido (DOTTO *apud* RANGEL, 2014).

Contra a sentença de absolvição do réu, não cabe recurso. Entretanto, pode o condenado recorrer de sentença condenatória, caso em que a decisão passará pela análise da Corte Inglesa (SLAPER e KELLY, 2011).

Com relação aos crimes julgados pelo Tribunal do Júri Inglês, há que se fazer algumas considerações. Todos os crimes ocorridos em território inglês são divididos em três categorias: a) *Summary Offences*, categoria formada pelos delitos punidos com pena de multa e prisão de, no máximo, 6 (seis) meses; b) *Either way offenses*, sendo composta pelos delitos mais graves que os que formam a categoria anterior, e menos graves do que os que formam a próxima; e c) *Indictable only*, que é a categoria que abrange os crimes mais severos (SLAPER e KELLY, 2011).

Segundo Slaper e Kelly *apud* Arruda (2012), em razão da matéria, os delitos serão apreciados por duas instituições judiciais, denominadas *Crown Court* e *Magistrates Courts*, de forma que os casos enquadrados na categoria “a” são julgados pelas *Magistrates Courts*; os casos do grupo “b”, são julgados pelas duas instituições; e os casos da categoria “c” competem à *Crown Court*. Apenas nos crimes submetidos à análise da *Crown Court*” em que o réu se declare inocente, o processo terá apreciação do Tribunal do Júri. Cabe ressaltar que referida submissão à sessão do Júri não é obrigatória, consistindo esse julgamento diferenciado em um direito do acusado.

4.2. ESTADOS UNIDOS

Conforme expõem Dotto *apud* Rangel (2014), nos Estados Unidos, além das causas criminais, as demandas cíveis também podem ser analisadas pelo Tribunal do Júri. Compete aos juízes togados dirigir os debates, fiscalizar os interrogatórios e as decisões das questões de direito, assumindo o

papel de guardiões dos direitos consagrados nas emendas constitucionais norte-americanas.

Isso ocorre porque referido Tribunal está previsto na Constituição Americana, a qual prevê que a todos os acusados, será assegurado o direito a um julgamento público e rápido, conforme a Sexta Emenda:

Nos processos de direito consuetudinário, quando o valor da causa exceder vinte dólares, será garantido o direito de julgamento por júri, cuja decisão não poderá ser revista por qualquer tribunal dos Estados Unidos senão de acordo com as regras do direito costumeiro.

Reis (2013, *online*) preceitua que, por mais que o direito ao julgamento pelo Tribunal do Júri constitua uma garantia fundamental, há hipóteses em que o acusado pode dispensá-la e ser julgado por juiz togado. Em âmbito federal, referida hipótese é cabível quando o acusado tiver sido instruído por um advogado e, ainda, havendo a concordância do promotor e do juiz. Na esfera estadual, cada unidade da federação estadunidense regulamenta a matéria de forma diversa. Porém, é comum que, em se tratando de crime punido com pena de morte, não se possa escolher entre o plenário e o juiz singular, sendo obrigatória a submissão ao Tribunal do Júri.

É consabido que, em âmbito federal, via de regra, o veredito deve ser unânime. No que diz respeito aos Estados, a Suprema Corte dos Estados Unidos tem aceitado a possibilidade de julgamentos não unânimes. Apesar disso, quando o conselho de sentença é formado por apenas 6 (seis) jurados, exige-se, imprescindivelmente, uma decisão unânime (REIS, 2013).

Com relação à escolha dos jurados, cujo número varia de 6 (seis) a 12 (doze) membros, Marques (2001, p. 191-196) explica que é feita por escriturários dos tribunais, que escolhem livremente a partir de cadastros eleitorais, de licenciamento de veículos ou de motoristas habilitados, sendo requisito que o escolhido esteja em pleno gozo de seus direitos de cidadania, tenha entre 21 (vinte e um) e 70 (setenta) anos, seja alfabetizado, e não tenha condenação por qualquer crime.

Além da possibilidade de o réu se declarar culpado (o que é chamado de *guilty plea*), pode-se realizar acordo entre o réu e a acusação (instituto denominado de *plea bargain*). Sendo assim, é possível que as partes acordem, por exemplo, que o réu reconheça a sua culpa, em troca de ser denunciado por homicídio simples, e não qualificado (REIS, 2013).

Diferentemente do que ocorre no Brasil, não se exige incomunicabilidade entre os jurados. Esses devem conversar sobre os fatos e provas apresentadas durante a sessão do Tribunal do Júri. Depois da explanação acerca desses itens, é escolhido um líder entre os jurados (denominado *foreperson*), ao qual incumbirá a condução dos trabalhos. Em linhas gerais, os jurados se reúnem em uma sala isolada, a qual recebe o nome de “sala secreta”, e debatem até chegar a uma conclusão. Em

âmbito estadual, a unanimidade varia conforme as leis de cada Estado (REIS, 2013).

Se não houver unanimidade no veredito, o juiz presidente deverá convocar novo júri ou absolver o réu (o que depende de concordância da promotoria). Em havendo veredito condenatório, passa-se à fase seguinte, denominada *sentencing*, na qual o juiz colherá elementos subjetivos sobre o sentenciado, fixando-se, então, sua pena (REIS, 2013).

Denota-se que, nos Estados Unidos, o instituto do Tribunal do Júri se presta para impedir arbitrariedades advindas da lei, sendo, portanto, uma garantia contra os excessos daqueles que participam da administração pública. Participar da sessão solene é, à vista dos cidadãos norte-americanos, uma oportunidade de participar ativamente da sociedade, e exprime a manifestação do Estado Democrático de Direito (CARLOTTO, SOARAS E GRESSLER, 2005).

4.3. FRANÇA

A título de contextualização histórica, expõem Dotto *apud* Rangel (2014):

Dotada de uma estrutura processual inquisitiva, a França necessitava de um mecanismo de controle do abuso estatal durante o procedimento criminal, pois a tortura, como meio de prova, era prática comum. O júri, então, veio colocar um freio nesse abuso representando os valores e os ideais dos revolucionários da época que fundaram a Revolução em três conceitos básicos: liberdade, igualdade e fraternidade. Liberdade de decisão dos cidadãos; igualdade perante a justiça e fraternidade no exercício democrático do poder.

Inicialmente, os crimes de competência do Tribunal do Júri, na França, eram julgados por jurados, os quais eram escolhidos a partir da lista eleitoral. Sendo assim, o único requisito para integrar o conselho de sentença, era ser eleitor (DOTTO *apud* RANGEL, 2014).

Atualmente, não são cidadãos comuns que julgam as pessoas na *Cours d'Assises*, como é chamado o Tribunal do Júri na França. Nesse país, observa-se a formação do escabinato: 3 (três) magistrados (sendo um o presidente da sessão, e os outros dois, seus assessores), e 9 (nove) jurados. O grupo de 12 (doze) pessoas deverá, em sessão individual e secreta, realizar a votação de quesitos que versam sobre o fato, o tipo penal, as agravantes, questões subsidiárias e causas de diminuição de pena (DOTTO *apud* RANGEL, 2014).

O acusado apenas será declarado culpado se, dos 12 (doze) integrantes do Júri, 8 (oito) assim o julgarem. A aplicação da pena, diferente do que ocorre nos países estudados até o presente momento, também é incumbência dos jurados (DOTTO *apud* RANGEL, 2014).

4.4. ITÁLIA

Segundo Dotto *apud* Rangel (2014), o Tribunal do Júri integrou o ordenamento jurídico da Itália em 1859. Porém, com o advento do fascismo, esse instituto foi extinto, uma vez que era incompatível com referida forma política, pois permitia a participação dos cidadãos na sociedade.

Os mesmos autores preceituam que, alternativamente, criou-se uma espécie de escabinato, denominada assessorado, a qual, restritamente, permitia a participação de pessoas detentoras de status social privilegiado e filiadas ao partido fascista na administração da justiça.

Apesar do declínio do fascismo, o Tribunal do Júri italiano manteve o assessorado, o qual, atualmente, é composto por 2 (dois) magistrados togados e 6 (seis) cidadãos, devendo ser pelo menos 3 (três) homens (DOTTO *apud* RANGEL, 2014).

Ainda segundo as lições de Dotto *apud* Rangel (2014), os jurados não apenas integram o tribunal do júri, mas também participam das decisões de fato, de direito, e de todas as que integram o processo. São requisitos para integrar o conselho de sentença ser cidadão de boa conduta, ter idade entre 30 (trinta) e 65 (sessenta e cinco) anos e ter escolaridade média de primeiro grau, exceto na Corte de Apelação, onde é exigida a escolaridade média.

Segundo Bayer (2014, *online*):

Conforme a pesquisa realizada, verificou-se que o Júri na Itália é bem aceito tanto pela doutrina, como pela sociedade, participando das decisões em todas as instâncias. A ampla participação da sociedade evidencia o quanto é importante, na Itália, a participação de juízes leigos. Outro fato observado é que os jurados leigos na Itália, são remunerados para exercer a função, o que faz com que se dediquem ainda mais no seu papel de representantes da sociedade. Portanto, em consonância ao sistema francês, o Júri italiano respeita o princípio da soberania dos veredictos, pois mesmo em instância de segundo grau dá a oportunidade ao juiz leigo decidir sobre o apelo.

4.5. ESPANHA

Previsto na Constituição Espanhola, é consabido que, nesse país, o cidadão tem direito a participar da administração da justiça (RANGEL *apud* DOTTO, 2014).

Segundo Dotto *apud* Rangel (2014), compõem o Tribunal do Júri espanhol um magistrado, que presidirá os trabalhos, e 9 (nove) jurados, dos quais não se exige o bacharelado em direito. Eles serão responsáveis por emitir um veredito, julgando o fato como provado ou não, e o acusado como culpado ou inocente.

A aplicação da pena, por sua vez, é competência do Juiz, que decidirá também acerca da responsabilidade do réu sobre terceiros, bem como as possíveis indenizações (DOTTO *apud*

RANGEL, 2014).

Segundo Hendler *apud* Bayer (2013), haverá uma lista bienal de candidatos a jurados, cujos componentes serão sorteados dentre os eleitores de cada província, nos últimos 15 (quinze) dias do mês de setembro dos anos pares.

Expõem Dotto *apud* Rangel (2014):

O Júri pode ser dissolvido se houver consenso entre as partes no sentido da condenação do réu, porém, a pena não poderá ultrapassar 6 anos de privação de liberdade, isoladamente; ou cumulativamente, pena de multa ou privação de direitos. Dessa forma, pode o Ministério Público retirar a pretensão acusatória, com a consequente dissolução do conselho de sentença e prolação da sentença absolutória. Assim, retirada a acusação pelo Ministério Público, o conselho é dissolvido e o réu absolvido.

Os mesmos autores ainda preceituam que a reunião se dará em local secreto, configurando obrigação do jurado não revelar o ocorrido dentro da sala. Apesar disso, a votação é feita em voz alta, sendo exigidos 7 (sete) dos 9 (nove) votos para a condenação do acusado.

Por fim, cabe ressaltar que a função de jurado é remunerada. Além disso, podem as partes entrevistar os candidatos a exercerem referida função, o que garante a investigação quanto a qualquer tipo de preconceito ou pré-disposição que possa influenciar seu julgamento (DOTTO *apud* RANGEL, 2014).

4.6. PORTUGAL

Conforme Dotto *apud* Rangel (2014), o Tribunal do Júri em Portugal é formado por 3 (três) juízes (os quais formam o tribunal coletivo), por 4 (quatro) jurados eletivos, e por outros 4 (quatro) suplentes.

Nesse país, a submissão à Sessão do Júri é facultativa, instalando-se apenas se as partes a requererem. Se o fizerem, referida submissão será irretroatável (DOTTO *apud* RANGEL, 2014).

Segundo Glória Jolluskin (2009), podem ser admitidos como jurados os cidadãos portugueses inscritos no recenseamento eleitoral, devendo ter idade inferior a 65 (sessenta e cinco) anos, escolaridade obrigatória, ausência de doença ou anomalia física ou psíquica que impossibilite o bom desempenho do cargo, não estar preso ou detido, e estar em pleno gozo dos direitos civis e políticos.

Em solo português, o Tribunal do Júri é competente para julgar crimes de violação do direito internacional humanitário, crimes contra a segurança do Estado e contra a identidade cultural e integridade pessoal, bem como qualquer crime punível com pena superior a 8 (oito) anos de prisão. A regra é que esse instituto seja utilizado para julgar os crimes mais graves, salvo os de terrorismo e

os de criminalidade altamente organizada (JOLLUSKIN, 2009).

Segundo Dotto *apud* Rangel (2014), assim como na Espanha, em Portugal, a função de jurado também é remunerada. Além disso, exercer esse trabalho é serviço obrigatório, constituindo sua recusa crime.

Outrossim, a decisão das figuras atuantes no Tribunal do Júri de Portugal deve ser fundamentada, devendo cada juiz e cada jurado esclarecer os motivos que o levaram a formar tal posicionamento, devendo indicar, inclusive, os meios de prova que sustentaram a decisão (DOTTO *apud* RANGEL, 2014).

4.7. BRASIL

Previsto pela primeira vez em legislação brasileira no ano de 1822 (Lei de 18 de junho de 1822), o Tribunal do Júri surgiu no Brasil para julgar os delitos de imprensa, sendo constituído, inicialmente, por 24 (vinte e quatro) juizes de fato, conforme preceitua Greco Filho (1999, p. 412).

Atualmente, tanto sua composição quanto sua competência são inteiramente diferentes. Pacelli (2014, p. 717) ensina:

Para fins de julgamento, o Tribunal é composto pelo Juiz-Presidente e pelo Conselho de Sentença. Este é integrado por sete jurados leigos, isto é, por pessoas do povo, escolhidas por meio de sorteio em procedimento regulado minudentemente em lei. O juiz-Presidente é o órgão do Poder Judiciário, integrante da carreira, daí por que denominado juiz togado.

A título de competência, é sabido que o Tribunal do Júri abrange o julgamento dos crimes, consumados ou tentados, de homicídio doloso, simples, privilegiado ou qualificado; induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, infanticídio e aborto, seja este último provocado pela gestante, com seu consentimento, ou por terceiro, conforme o artigo 74, § 1º do Código de Processo Penal:

Art. 74. A competência pela natureza da infração será regulada pelas leis de organização judiciária, salvo a competência privativa do Tribunal do Júri.
§ 1º Compete ao Tribunal do Júri o julgamento dos crimes previstos nos arts. 121, §§ 1º e 2º, 122, parágrafo único, 123, 124, 125, 126 e 127 do Código Penal, consumados ou tentados (BRASIL, 1941).

Com relação ao procedimento adotado por este instituto, Tourinho Filho (2009, p. 704), acompanhado pela doutrina e a jurisprudência majoritárias, entende ser ele bifásico ou escalonado: é formado pela fase da instrução preliminar e pela fase da acusação em plenário.

O Tribunal do Júri brasileiro é presidido por um juiz togado e composto por, além dele, 25 (vinte e cinco) jurados. Desses, 7 (sete) serão sorteados para constituir o Conselho de Sentença em

cada sessão de julgamento (TOURINHO FILHO, 2014).

Segundo o artigo 466, § 1º do Código de Processo Penal, os jurados devem permanecer incomunicáveis a partir do sorteio de seus nomes, sob pena de exclusão do Conselho de Sentença e multa, que poderá variar de um a dez salários mínimos (BRASIL, 1941).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Foi objeto do presente artigo a implantação do Tribunal do Júri em solo brasileiro, bem como o estudo das principais características desse instituto em alguns países do mundo.

Pode-se extrair, após a pesquisa realizada, que nem todos os países objeto de estudo consideram o júri um direito do acusado. Além disso, em países como os Estados Unidos, essa instituição recebe muito mais importância do que nos países localizados na Europa. Isso se deve ao fato de que o sistema jurídico utilizado por esse país, denominado *commom law*, tem por hábito utilizar a jurisprudência como fonte principal do direito.

Outro ponto estabelecido foi a implantação do júri no Brasil. Após o estudo, conclui-se que muito do que a legislação brasileira dispõe hoje acerca desse instituto, é herança do que as legislações anteriores dispuseram.

Como exemplo dessa afirmação, cita-se a competência para julgar crimes dolosos contra a vida, a qual foi estabelecida pelo legislador ainda em 1946.

Com relação ao direito comparado, nota-se que, apesar de ser um instituto único, o Tribunal do Júri evoluiu de formas diversas nos diferentes países do mundo, de forma que cada um adquiriu características próprias e marcantes.

A título de aprimoramento, verifica-se que as leis brasileiras devem buscar na legislação exterior aquilo que tem boa aceitação e, efetivamente, mostra bons resultados, sempre respeitando o que a Constituição Federal de 1988 versa a respeito da matéria.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, José Acácio. **Breve História do Júri Criminal Inglês**, 2012. Disponível em: <<http://www.confrariadojuri.com.br/artigos/inglaterra.pdf>>. Acesso em: 219 out. 2017.

BAYER, Diego Augusto. **Tribunal do Júri: o controle da decisão dos jurados no direito comparado**, 2014. Disponível em: <<https://diegobayer.jusbrasil.com.br/artigos/121943177/tribunal-do-juri-o-controle-da-decisao-dos->

jurados-no-direito-comparado>. Acesso em: 18 out. 2017.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Vade Mecum Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946**.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil de 1824**.

BRASIL. **Lei de 29 de novembro de 1832**.

Promulga o Código do Processo Criminal de primeira instância com disposição provisória acerca da administração da Justiça Civil. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-29-11-1832.htm>. Acesso em: 19 out. 2017.

CARLOTTO, Daniele; SORES, Denise Mara; Gresslet, Gustavo. **Um olhar sobre o tribunal no júri Norte-Americano**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, VIII, n. 20, fev 2005. Disponível em:

<[http://www.ambito-](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=860)

[juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=860](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=860)>. Acesso em: 20 out. 2017.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 2. ed. Lisboa: Meridiano, 1978.

ESTADOS UNIDOS, **Constituição Americana**. Disponível em:

<<http://www.braziliantranslated.com/euacon01.html>>. Acesso em: 24 out. 2017.

FAIS, Juliana Marteli; SILVA, Leda Maria Messias da. **Common Law em relação ao Direito Brasileiro**. Disponível em:

<<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/iccesumar/article/viewFile/120/58>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

JÓLLUSKIN, Glória - **O tribunal do júri no ordenamento jurídico português: uma abordagem na perspectiva da psicologia**. Revista da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais. Porto: Edições Universidade Fernando Pessoa, 2009, p. 116-126.

MARQUES, Luiz Artur Guedes. **Tribunal do júri: sistema americano X sistema brasileiro**.

In: Revista da Secretaria de Assuntos Jurídicos da Prefeitura Municipal do Recife, Recife, n. 9, 2001. Disponível em: <<http://recreio.senado.gov.br:4505/ALEPH/SESSION-527982/FIND-ACC/01521668>> Acesso em: 22 out. 2017.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Júri: Crimes e Processo**. São Paulo: Atlas, 1999.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 18. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

REIS, Wanderlei José dos. **O júri no Brasil e nos Estados Unidos. Algumas considerações**. Revista Jus Navegandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3490, 20 jan. 2013.

Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23474>>. Acesso em: 22 out. 2017.

RANGEL, Paulo – **Tribunal do júri: visão linguística, histórica, social e jurídica** – 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SANTIAGO, Emerson. **Common Law**, 2012. Disponível em: <<https://www.infoescola.com/direito/common-law/>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

SÈROUSSI, Roland. **Introdução ao direito inglês e norte-americano**. Traduzido por Renata Maria Parreira Cordeiro. São Paulo: Landy Editora, 2001.

TAVARES, André Ramos. Perplexidades do novo instituto da súmula vinculante no direito brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, jul.-ago.-set. 2007, p. 1-2. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-11-JULHO-2007-ANDRE%20RAMOS.pdf>> Acesso em: 11 nov. 2017.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal – Primeiro Volume**. 35. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito – Civil law e Common law**. Revista Jurídica, Porto Alegre, v. 57, n. 384, p. 53-62, out, 2009.

A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO MEIO PARA MANUTENÇÃO DA MENORIDADE PENAL

Patrícia Pasqualini Philippi¹
Caroline Testoni Wehmuth²

Recebido em: 07 mai. 2018
Aceito em: 01 out. 2018

Resumo: O presente artigo científico tem como objeto a Justiça Restaurativa como meio para manutenção da menoridade penal. A crise no sistema prisional brasileiro é situação preocupante para todos aqueles que se interessam pelo Direito Penal pátrio. Não obstante os o crescimento do número de segregados registrados nas instituições de execução penal, a redução da maioridade penal, mostra-se como um movimento que tem recebido muitos adeptos no país. Nesse sentido, levando-se em consideração o cenário da segurança pública, faz-se necessário pensar em políticas sociais e instrumentos capazes de frear o desenvolvimento do crime e da violência, diferentes dos atualmente empregados, fadados ao fracasso. Desse pensamento de mudança adveio a Justiça Restaurativa com o escopo de alterar a forma com que o crime é tratado, formando uma relação entre, a vítima, o autor e a sociedade. O método utilizado na elaboração desse artigo foi o indutivo e o método de procedimento foi o monográfico. O levantamento de dados foi através da técnica da pesquisa bibliográfica. As Considerações Finais trazem em seu bojo aspectos mais relevantes ao tema.

Palavras-chave: Ato Infracional. Justiça Restaurativa. Maioridade penal.

RESTORATIVE JUSTICE AS A MEANS TO MAINTAIN PENAL MINORITY

Abstract: The present scientific article has as its object Restorative Justice as a means to maintain the criminal minority. The crisis in the Brazilian prison system is a worrying situation for all those who are interested in the Brazilian Criminal Law. Notwithstanding the growth in the number of segregates registered in penal enforcement institutions, the reduction in the age of criminality is a movement that has received many supporters in the country. In this sense, taking into account the scenario of public security, it is necessary to think of social policies and instruments capable of curbing the development of crime and violence, different from those currently employed, doomed to failure. From this thought of change came Restorative Justice with the scope to change the way in which the crime is treated, forming a relation between the victim, the author and society. The method used in the elaboration of this article was the inductive one and the method of procedure was the monographic one. The data collection was through the technique of bibliographic research. The Final Thoughts bring in their aspects more relevant to the theme.

Keywords: Infractionary Act. Restorative Justice. Criminal majority.

¹Advogada; Professora de Direito Penal, Direito Processual Penal e Introdução ao Estudo do Direito da UNIDAVI – Centro Universitário para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí; Mestre e Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Coordenadora do Projeto de Pesquisa Direito Penal Crítico do Centro Universitário para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí – UNIDAVI - E-mail: philippi@unidavi.edu.br

² Advogada; Pesquisadora (2017) do Grupo de Estudos Direito Penal Crítico da Unidavi - Centro Universitário para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí – UNIDAVI. E-mail: carol.wehmuth@hotmail.com.br

1 INTRODUÇÃO

O Direito Penal é caracterizado, inclusive por sua nomenclatura, pela ideia de punição ao autor de um fato considerado como contrário às normas de uma sociedade. Esse conceito clássico, ressalvado o caráter ressocializador adquirido posteriormente, é aplicado até hoje nas mais diversas legislações.

Contudo, a maximização do Direito Penal tem custado caro ao Brasil, que figura entre as maiores populações carcerárias do mundo. Some-se a isso a falta de políticas públicas que ofereçam o mínimo de dignidade para as populações desprivilegiadas, tem-se como resultado a bomba-relógio que tornou-se a segurança pública do país.

Na contramão dessa análise, o movimento que visa o endurecimento das medidas socioeducativas para os adolescentes e a redução da maioridade penal ganha novos adeptos diariamente.

Claro está, para o mais desatento observador, que as políticas criminais não estão alcançando seus objetivos, o sistema prisional brasileiro não ressocializa, pelo contrário, forma bandidos com os mais diversos graus de diplomação.

Diante desse cenário, faz-se mister discutir novas formas de lidar com o aumento da violência e da criminalidade, e, nesse vértice, a Justiça Restaurativa tem se mostrado um método alternativo de resolução de conflitos, paralelo ao Direito Penal, que busca, em síntese, trazer a vítima para dentro da mediação penal, permitindo que o autor do fato seja responsabilizado, não somente na esfera penal, mas também no âmbito moral, dando ênfase ao ressarcimento do dano causado à vítima.

Tendo em vista que o adolescente é um indivíduo em desenvolvimento, a aplicação da justiça restaurativa no âmbito dos atos infracionais, é bem recepcionada pela doutrina, vez que é capaz de agregar ao adolescente o senso de responsabilidade necessário para moldar o seu caráter, bem como fornece à vítima o sentimento de que algo foi feito para amparar seu prejuízo, seja financeiro ou emocional.

Para tanto, o presente artigo trata no primeiro item da maioridade penal na legislação brasileira, traçando um parâmetro geral da história e conceito, refletindo acerca dos atos infracionais e medidas socioeducativas aplicadas atualmente pela legislação e explanando acerca dos projetos de Emenda Constitucional que visam alterar a idade penal.

Em um segundo momento, analisa-se a ausência de políticas públicas necessárias a amparar os jovens e adolescentes, e por fim, trata-se da justiça restaurativa como medida alternativa à redução

da maioria penal.

Assim, explanando acerca da justiça restaurativa e de sua aplicação às medidas socioeducativas, o presente artigo, tem por escopo demonstrar uma medida alternativa à maximização do direito penal na legislação pátria, haja vista a inequívoca falência do sistema prisional brasileiro, incapaz de receber mais detentos.

2 A MAIORIDADE PENAL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Quando o indivíduo atinge a maioria penal, fixada pela legislação pátria em 18 anos, possui capacidade plena para responder penalmente por seus atos e omissões dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

As discussões sobre a proteção à criança e ao adolescente se estabeleceram em nível mundial por volta da década de 1980, e, tomando por base a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito da Criança, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 adotou os princípios lá expressos, mesmo antes da aprovação da Convenção pela ONU.³

A Carta Magna alcançou alterações significativas no que diz respeito à proteção da criança e do adolescente. José Afonso da Silva salienta que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, “dedica à criança e ao adolescente um dos mais expressivos textos consagrados de direitos fundamentais da pessoa humana, cujo conteúdo foi explicitado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente”⁴.

Assim, nesta seara, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 passou a dispor acerca da inimputabilidade penal da seguinte maneira, “Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.”⁵

Sobre o tema José Afonso da Silva continua a discorrer:

[...] quanto aos menores de 18 anos a lei penal – e agora a própria Constituição – os tem como inimputáveis, militando, pois, a favor deles uma presunção absoluta de incapacidade para entender a ilicitude de sua conduta ou determinar-se segundo esse entendimento.

³ SILVA, Enid Rocha Andrade da. OLIVEIRA, Raissa Menezes de. **O adolescente em Conflito com a Lei e o Debate sobre a Redução da Maioridade Penal: esclarecimentos necessários**. Disponível em <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=25621> Acesso em 10 jan. 2017.

⁴ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 6 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 856.

⁵BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 10 de jan. 2017.

Concordamos com René Ariel Dotti quando concebe a inimizabilidade como “uma das garantias fundamentais da pessoa humana, embora topograficamente não esteja incluída no respectivo Título (II) da Constituição que regula a matéria. Trata-se de um dos direitos individuais inerentes à relação do art. 5º, caracterizando, assim, uma cláusula pétreia. [...]”⁶

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 inspirou-se nas políticas sociais como forma de preconizar a integralidade dos direitos das crianças e adolescentes, e, portanto, estabeleceu a idade penal em 18 anos, haja vista que considera esse grupo de indivíduos pessoas em desenvolvimento, que necessitam de prerrogativas diferentes dos adultos.⁷

Vê-se que o texto constitucional visou proteger as crianças e adolescentes, tecendo sobre estes indivíduos uma série de garantias e prerrogativas, sempre levando em conta a tenra idade e a fase de formação dessas pessoas, inclusive prevendo a criação de legislação especial para regular o tema, que mais tarde materializou-se no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em 13 de julho de 1990 entrou em vigor o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), como forma de regulamentar as normas gerais dispostas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 nos artigos 227 e 228.

Conforme explanam Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli:

Entre nós, o Estatuto da Criança e do Adolescente surgiu como decorrência da Constituição de 1988 que, pela primeira vez no evoluir da história brasileira, cuida da questão da criança e do adolescente como prioridade absoluta, considerando dever da família, da sociedade e do próprio Estado sua proteção.⁸

O Estatuto acolhe em seu artigo 1º a Doutrina Jurídica da Proteção Integral das Nações Unidas, ou seja, os cuidados são direcionados a todas as crianças e adolescentes, sem distinção, amparando não só o menor abandonado ou delinquente, mas toda a coletividade de jovens e infantes.¹⁰ No ensinamento de Tarcísio José Martins Costa:

A proteção integral se baseia, fundamentalmente, no princípio do melhor interesse da criança, critério consagrado no direito comparado e revelado nas expressões the best interest

⁶ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 6. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 864.

⁷ SILVA, Enid Rocha Andrade da. OLIVEIRA, Raissa Menezes de. **O adolescente em Conflito com a Lei e o Debate sobre a Redução da Maioridade Penal: esclarecimentos necessários**. Disponível em <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=25621> Acesso em 10 jan. 2017.

⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.130-131.

⁹ “Art. 1º - Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.” BRASIL. Lei 8.069 de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm> Acesso em 11 de jan. 2017.

¹⁰ COSTA, Tarcísio José Martins da. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.01.

of the child do direito norte-americano e no *kindeswohl* do direito germânico. Trata-se da chamada *regra de ouro* do Direito do Menor, atual Direito da Criança e do Adolescente, acolhida na jurisprudência de diferentes países. Pode-se proclamar que os interesses da criança e do adolescente, considerados como sujeitos de direitos, são superiores porque a família, a sociedade e o Estado, todos estão compelidos a protegê-los, tendo em conta a sua peculiar condição de pessoa em formação e desenvolvimento.¹¹

Dessa forma, ao adotar a *Doutrina da Proteção Integral*, revogando implicitamente a doutrina anterior da *situação irregular*, o Estatuto passa a considerar as crianças e adolescentes sujeitos não só de direitos fundamentais, mas, principalmente, sujeitos de direitos especiais que derivam das condições peculiares de vulnerabilidade, dependência e contínuo desenvolvimento que lhe são inerentes, conforme a ciência moderna e contemporânea tem revelado.¹²

Deve-se salientar, entretanto, que os adolescentes não são isentos de responsabilidade pelos atos que praticam, conforme exposto no art. 104, acima exposto, essas pessoas estão sujeitas às medidas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo aplicado ao menor de 12 anos medidas protetivas e, ao indivíduo com 12 anos completos e até 18 anos de idade as medidas socioeducativas que doravante serão abordadas.

2.1 ATO INFRACIONAL

O ato infracional é a denominação atribuída pelo legislador às condutas praticadas por menores de 18 anos que se enquadram na descrição de crimes ou contravenções penais.

Nesse sentido, cabe ao Código Penal tipificar os atos de natureza infracional praticados por adolescentes, conforme determina o art. 103¹³ do Estatuto da Criança e do Adolescente, “Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal”. O Estatuto dispõe sobre todos os procedimentos relativos a apuração do ato infracional, sendo aplicadas as normas processuais penais supletivamente.¹⁴

Sobre o tema ensina Tarcísio José Martins Costa:

Ao considerar ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção, o legislador estatutista acolhe o princípio da reserva legal, consagrado no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, e no artigo 1º do Código Penal. De acordo com a regra básica *nullum*

¹¹COSTA, Tarcísio José Martins da. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.02.

¹²COSTA, Tarcísio José Martins da. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.02.

¹³BRASIL. Lei 8.069 de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm> Acesso em 12 de jan. 2017.

¹⁴PEREIRA, Tânia da silva. **Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 934.

crimen nulla poena sine lege, que domina toda a legislação penal. Pode-se também proclamar que não há ato infracional que não corresponda a um crime ou contravenção previamente descrito na lei penal. O princípio da reserva legal ou princípio da legalidade dos delitos e das penas representa importante conquista de índole política, inscrita nas Constituições de todos os regimes democráticos liberais.¹⁵

Desta forma, o menor de dezoito anos encontra-se, de certo modo, protegido da eficácia punitiva das normas de Direito Penal, entretanto, quando o adolescente praticar atos descritos pela norma penal como crimes ou contravenções restará caracterizado o ato infracional, ficando sujeito às medidas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

2.1.1 MEDIDAS PROTETIVAS E SOCIOEDUCATIVAS

Consoante já analisado acima, a criança ou adolescente que praticam atos infracionais, enquadrados como crimes ou contravenções no Direito Penal, estarão sujeitos às medidas previstas na legislação especial, qual seja, no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Porém, existem duas espécies de medidas previstas pelo Estatuto, às crianças (consideradas pelo Estatuto menores de 12 anos completos) serão atribuídas medidas protetivas, enquanto aos adolescentes (faixa etária compreendida entre os 12 anos e os 18 anos de idade incompletos) serão aplicadas medidas socioeducativas.

Acerca das modalidades de medidas previstas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente ensina João José Leal:

Se o autor do ato infracional for *criança*, assim considerada a pessoa até doze anos de idade incompletos, as medidas aplicáveis pelo Conselho Tutelar ou pela Justiça da Infância e da Juventude, denominadas *específicas de proteção*, são as seguintes: encaminhamento aos pais ou responsáveis, mediante termo de responsabilidade; orientação, apoio e acompanhamento temporários; matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente; requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; abrigo em entidade; e colocação em família substituta.¹⁶

Seguindo sua explanação o mesmo autor afirma:

Se o ato infracional for cometido por *adolescente*, assim considerada a pessoa entre doze e dezoito anos de idade, as medidas, de natureza socioeducativas, serão aplicadas pela Justiça da Infância e Juventude e são as seguintes: advertência; obrigação de reparar o dano; prestação de serviços à comunidade; liberdade assistida; inserção em regime de semiliberdade; internação em estabelecimento educacional; qualquer uma das previstas no art. 101, I a VII. Prevê o Estatuto que, na aplicação das medidas em exame, deverão ser

¹⁵COSTA, Tarcísio José Martins da. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.201.

¹⁶ LEAL, João José. **Direito Penal Geral**. 3 ed. Florianópolis: OAB/SC, 2004, p. 366.

consideradas as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares comunitários, e que, em se tratando de adolescente, deve ser levada em conta sua capacidade de cumprir a medida e a gravidade da infração praticada (art. 112, §1º).¹⁷

Assim, vê-se que no art. 101¹⁸ do Estatuto da Criança e do Adolescente estão dispostas as medidas de cunho assistencial, aplicáveis pelo Conselho Tutelar ou pelo Juiz responsável pela Infância e Juventude ao menor de 12 anos completos. As medidas previstas nos incisos I a VII são de competência comum do Conselho Tutelar e do Juiz, em contrapartida, a colocação em família substituta prevista no inciso VIII, compete exclusivamente ao Juiz, diante do envolvimento direto do exercício do pátrio poder, especialmente no que tange à guarda.¹⁹

No que diz respeito às medidas dispostas no art. 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente, estas possuem caráter iminentemente ressocializador e educativo, sendo aplicadas exclusivamente pelo Juiz da Infância e da Juventude, que levará em conta a capacidade do adolescente de cumpri-las, as circunstâncias e a gravidade do ato infracional.

2.2 REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL: A PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE Nº 171/1993

Desde a sua promulgação, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 sofreu diversas alterações por meio de emendas, seja para correção de falhas e lacunas, seja para adequá-la à evolução da sociedade brasileira.

Nota-se que neste período o art. 228 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi alvo de 38 propostas de emenda, todos com o escopo de reduzir a idade penal. A emenda mais importante e que preconizou as demais foi a PEC nº 171 de 1993, proposta pelo Deputado Federal Benedito Domingos.

¹⁷ LEAL, João José. **Direito Penal Geral**. 3 ed. Florianópolis: OAB/SC, 2004, p. 366-367.

¹⁸ “Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas: I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; II - orientação, apoio e acompanhamento temporários; III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; IV - inclusão em serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, da criança e do adolescente; V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; VII - acolhimento institucional; VIII - inclusão em programa de acolhimento familiar; IX - colocação em família substituta.” BRASIL. Lei 8.069 de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm> Acesso em 12 de jan. 2017.

¹⁹ COSTA, Tarcísio José Martins da. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 194.

A Proposta de Emenda Constitucional nº 171 de 1993, tinha por objetivo alterar a redação do art. 228 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 fixando a imputabilidade penal para os maiores de 16 anos.

Desde então, foram apensadas outras 38 propostas de emendas à constituição, entre elas: a PEC 260/00, que propõe a maioria em dezessete anos; PEC's 37/95, 91/95, 301/96, 531/97, 68/99, 133/99, 633/99, 377/01, 582/02, 179/03, 272/04, 48/07, 223/12 e 279/13, que propõem sejam fixadas em dezesseis anos; a PEC 321/01, que pretende retirar a matéria do texto constitucional; e a PEC 345/04, que propõe seja fixado em doze anos o início da maioria penal.²⁰

Atualmente, está em trâmite a PEC 171-E que foi anexada a proposta inicial, e pretende mudar a redação do art. 228 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 para que conste da seguinte forma:

São penalmente imputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial, ressalvados os maiores de dezesseis anos, observando-se o cumprimento da pena em estabelecimento separado dos maiores de dezoito anos e dos menores imputáveis, em casos de crimes hediondos, homicídio doloso e lesão corporal seguida de morte.²¹

Nesse sentido, observa-se que muitas foram as propostas com o objetivo de reduzir, e até mesmo extinguir, a imputabilidade penal dos menores de 18 anos, isto se deu, para atender clamores populares de diminuição da violência e delinquência infanto-juvenil.

A justificativa da proposta inicial pauta-se, principalmente, na falta de segurança jurídica ao utilizar-se o critério biológico para aferição da imputabilidade, critério este que gera a presunção absoluta de imputabilidade aos menores de 18 anos.

Contudo, sabe-se que o sistema prisional brasileiro está longe de oferecer condições para receber adolescentes, e, da mesma forma, não possui estrutura para ressocialização e readaptação desses jovens, portanto, há que se pensar em medidas alternativas à redução da maioria penal.

3 MENORIDADE E OUTRAS VIAS

É perceptível que punir e segregar jovens não diminui os índices de violência. Conforme sustentado pelo Conselho Federal de Serviço Social, estudos indicam que o desenvolvimento

²⁰ INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. **Nota técnica sobre a PEC 171/1993**. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/docs/PEC_171_93.pdf> Acesso em 13 de jan. 2017.

²¹ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Proposta de Emenda à Constituição nº 171-E de 1993**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1358379&filename=Avulso+-PEC+171/1993> Acesso em 13 de jan. 2017.

psicológico, cultural e mental acontece até os 18 anos.²²

Ao prender adolescentes está-se apenas comprometendo seu desenvolvimento e contribuindo para agravar a sua exclusão social, sem impedir o avanço da violência, que não tem ocorrido apenas entre jovens, mas em toda a sociedade.²³ Em consonância, afirma o referido Conselho:

A verdade é que a violência está diretamente ligada à desigualdade e exclusão social. Não resta dúvidas que a solução para o problema está na melhoria do sistema de proteção social, no fortalecimento das políticas sociais, no respeito aos jovens como cidadãos portadores de direitos. Esse caminho pode ser mais complexo e menos imediatista, porque vai até as raízes no combate à violência. No entanto, representa a possibilidade de efetivarmos o compromisso com um outro mundo, que, além de absolutamente necessário, é humanamente possível, já que cabe a nós construirmos a sociedade que desejamos.²⁴

A partir da perspectiva da proteção integral adotada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a criança e o adolescente passaram a ter prerrogativas legais tais quais as asseguradas ao cidadão adulto que comete um delito, e assim, alcançaram um novo patamar de igualdade e respeito, inclusive, no que diz respeito às políticas públicas, de assistência social e de proteção especial, visando a redução das desigualdades.²⁵

Nesse ponto, vê-se que o crescente envolvimento do adolescente com a criminalidade tem como um dos motivos principais a falta de acesso às políticas sociais, haja vista que muitos vêm de uma realidade onde impera a pobreza e miserabilidade. É óbvio que esse fator, por si só, não justifica o envolvimento do adolescente na prática infracional, mas sua análise ajuda a entender o porquê de muitos jovens acabarem se aventurando pelo submundo do crime.²⁶

A ausência do Estado como promotor de políticas públicas que assegurem ao adolescente a educação, a inserção no mercado de trabalho, a saúde, o lazer, assim como preconizado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, é a grande causadora das discrepâncias sociais observadas na sociedade.

Neste sentido explica Guaraci Vianna:

²² CONSELHO FEDERAL DE SERVIÇO SOCIAL. Nota Pública do CFESS sobre a redução da idade penal. Disponível em: <<http://www.cfess.org.br/visualizar/noticia/cod/11162>> Acesso em 09 de mar. 2017.

²³ CONSELHO FEDERAL DE SERVIÇO SOCIAL. Nota Pública do CFESS sobre a redução da idade penal. Disponível em: <<http://www.cfess.org.br/visualizar/noticia/cod/11162>> Acesso em 09 de mar. 2017.

²⁴ CONSELHO FEDERAL DE SERVIÇO SOCIAL. Nota Pública do CFESS sobre a redução da idade penal. Disponível em: <<http://www.cfess.org.br/visualizar/noticia/cod/11162>> Acesso em 09 de mar. 2017.

²⁵ OLIVEIRA, Simone de. **ATO INFRACIONAL E POLÍTICAS PÚBLICAS: incursões críticas em torno dos mecanismos de prevenção da delinquência juvenil.** Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1473363773.pdf> Acesso em: 09 de mar. 2017.

²⁶ OLIVEIRA, Simone de. **ATO INFRACIONAL E POLÍTICAS PÚBLICAS: incursões críticas em torno dos mecanismos de prevenção da delinquência juvenil.** Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1473363773.pdf> Acesso em: 09 de mar. 2017.

Falta de expectativas educacionais, de perspectivas profissionalizantes e até mesmo de lazer, sem falar nas situações de extrema carência afetiva e material, faz da droga, do crime e da violência uma trajetória tentadora para muitos. Abusos sexuais e violências perpetradas contra crianças e adolescentes, convivência em ambientes de arbítrio e insegurança, onde direitos são constantemente desrespeitados, tornam mais difícil a assimilação de imperativos básicos para uma convivência pacífica e com facilidade gera verdadeiros “excluídos morais”.²⁷

Ainda sobre o papel do Estado de investir em políticas sociais que deem suporte aos adolescentes, argumenta Alfredo Barbeta:

A aplicação de medidas socioeducativas não pode acontecer isolada do contexto social, político e econômico em que está envolvido o adolescente. Antes de tudo é preciso que o Estado organize políticas públicas para assegurar, com prioridade absoluta, os direitos infante-juvenis. Somente com os direitos à convivência familiar e comunitária, à saúde, à educação, à cultura, esporte e lazer, e demais direitos universalizados, será possível diminuir significativamente a prática de atos infracionais cometidos por adolescente.²⁸

Dessa forma, conforme apontado acima, a melhor alternativa a ser adotada, é o investimento por parte do Estado em políticas sociais capazes de encaminhar as crianças e adolescentes. Conjuntamente às políticas preventivas, há que se considerar que as medidas socioeducativas, que possuem caráter ressocializador e repressivo, também devem ser aplicadas de forma correta, a partir do preconizado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente para que alcancem a sua finalidade.

Além disso, a sociedade e a família têm papel primordial, corroborando as ações estatais no sentido de dar suporte ao adolescente, e para tanto, é necessário empreender esforços no que diz respeito a conscientização desses núcleos quanto às necessidades de desenvolvimento da criança e do adolescente. Sabe-se que a mudança no cenário da criminalidade brasileira não será imediata, mas através de políticas que assegurem os direitos fundamentais da população é possível mudar essa perspectiva paulatinamente.

Nesse sentido, o judiciário também deve incentivar a mudança no paradigma da sociedade, tendo em vista que assume o controle da sanção e ressocialização do adolescente, podendo atuar dentro do devido processo legal com mecanismos que efetivem a responsabilização do infrator, repercutindo em transformações no próprio adolescente, em sua família e na comunidade em que está inserido.

²⁷ VIANNA, Guaraci. **Direito Infante-Juvenil: Teoria, Prática e Aspectos Multidisciplinares**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004, p. 332.

²⁸ BARBETTA, Alfredo. **A implementação das medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1997, p. 130.

4 A JUSTIÇA RESTAURATIVA APLICADA ÀS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

Ao analisar a ineficácia do sistema carcerário brasileiro e a insatisfação da população com as respostas dadas pelo poder público, é imprescindível pensar em novas maneiras de tratar os conflitos sociais.

Para tanto, um novo movimento de resolução de conflitos criminais vem tomando forma no Brasil, através do Direito Comparado, a Justiça Restaurativa. A expressão que passou a ser utilizada a partir dos anos 90, refere-se a diversos programas caracterizados por encontros mediados entre vítimas e ofensores, focados na reparação e na conciliação.²⁹

De acordo com Daniel Van Ness, a Justiça Restaurativa é “um movimento social global que apresenta enorme diversidade. O seu objetivo maior é transformar a maneira como as sociedades contemporâneas percebem e respondem ao crime e a outras formas de comportamentos problemáticos”.³⁰

Neste ínterim, a Justiça Restaurativa, de acordo com Renato Sócrates Gomes Pinto:

[...] baseia-se num procedimento de consenso, em que a vítima e o infrator, e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados pelo crime, como sujeitos centrais, participam coletiva e ativamente na construção de soluções para a cura das feridas, dos traumas e perdas causados pelo crime.³¹

As práticas restaurativas promovem entre os verdadeiros protagonistas do conflito iniciativas de solidariedade, diálogo, e, contextualmente, programas de reconciliação. Em sentido amplo, toda ação que objetive fazer justiça através da reparação dos danos causados pelo crime, pode ser considerada como prática restaurativa.³²

A Justiça Restaurativa apoia-se no princípio da redefinição do crime, ou seja, deixa de conceber o delito como uma violação contra o Estado e passa a entendê-lo a partir de duas dimensões: a) a transgressão de um comando legal; e b) um ato que acarreta consequências e danos às pessoas e às relações.³³

²⁹ STRANG, Heather. **Repair or Revenge: victims and restorative justice**. In: ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 58.

³⁰ NESS, Daniel Van. **The Meanings Of Restorative Justice**. In: ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 59.

³¹ BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos; e RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (orgs.). **Justiça restaurativa: coletânea de artigos**. Brasília: Ministério da Justiça e PNUD, 2005, p. 20.

³² SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal: O Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, p. 10.

³³ SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal: O Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, p. 11.

Ainda, no que tange às consequências e danos interpessoais, a Justiça Restaurativa objetiva elaborar respostas ao crime que fomentem a transformação da relação tradicional entre o ofensor e a vítima, entre ambos e a comunidade e entre estes três elementos e o Estado.³⁴

Na lição de Pedro Scuro Neto:

“fazer justiça” do ponto de vista restaurativo significa dar resposta sistemática às infrações e a suas consequências (sic), enfatizando a cura das feridas sofridas pela sensibilidade, pela dignidade ou reputação, destacando a dor, a mágoa, o dano, a ofensa, o agravo causados pelo malfeito, contando para isso com a participação de todos os envolvidos (vítima, infrator, comunidade) na resolução dos problemas (conflitos) criados por determinados incidentes. Práticas de justiça com objetivos restaurativos identificam os males infligidos e influem na sua reparação, envolvendo as pessoas e transformando suas atitudes e perspectivas em relação convencional com sistema de Justiça, significando, assim, trabalhar para restaurar, reconstituir, reconstruir; de sorte que todos os envolvidos e afetados por um crime ou infração devem ter, se quiserem, a oportunidade de participar do processo restaurativo.³⁵

De acordo com Daniel Silva Achutti, as características centrais da Justiça Restaurativa são:

(a) participação da vítima nos debates sobre o caso, incluindo a deliberação sobre a maneira como os danos oriundos do conflito serão reparados; (b) o procedimento poderá não resultar em prisão para o ofensor, mesmo que ele venha a admitir que praticou o delito e eventuais provas corroborem a sua confissão; (c) é possível (e desejável) que as partes cheguem a um acordo sobre como lidar com a situação; e (d) os operadores jurídicos deixarão de ser os protagonistas do processo, abrindo espaço para uma abordagem mais ampla do conflito.³⁶

Dessa forma, a proposta restaurativa procura demonstrar que a punição não considera os diversos fatores externos e internos que resultam da prática do crime, e que são fundamentais para as pessoas afetadas. A ideia é se voltar para o futuro e para a restauração dos relacionamentos, em vez de simplesmente concentrar-se no passado e na culpa. Enquanto “a justiça convencional diz você fez isso e tem que ser castigado! A justiça restaurativa pergunta: o que você pode fazer agora para restaurar isso?”³⁷

De acordo com Leonardo Sica, é possível entender a justiça restaurativa partindo da premissa de três princípios: a) o crime é, basicamente, um conflito entre indivíduos, que resulta danos para a vítima/sociedade e, também, para o autor, b) o objetivo central da justiça criminal deve ser reconciliar pessoas e reparar os danos advindos do crime; c) o sistema de justiça criminal deve facilitar a

³⁴SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal: O Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, p. 11/12.

³⁵SCURO NETO, Pedro. **Fazer Justiça Restaurativa: Padrões Práticas**. Disponível em: <<http://jjj.tjrs.jus.br/justica-restaurativa/fazer-justica-restaurativa>>. Acesso em: 25 de set. 2017.

³⁶ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 85.

³⁷PINTO, Renato Sócrates Gomes. **A Justiça Restaurativa é possível no Brasil?** In: BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos; e RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (orgs.). **Justiça restaurativa: coletânea de artigos**. Brasília: Ministério da Justiça e PNUD, 2005, p. 22.

participação de vítimas, ofensores e das comunidades.³⁸

Importante observar que a justiça restaurativa não é um modelo substitutivo ao atual, ao contrário, os modelos punitivos e restaurativos devem coexistir e complementar-se, visto que é inconcebível, na sociedade atual, a troca de um modelo pelo outro, pois há que se falar que em determinadas situações a justiça punitiva é essencial.³⁹

Diante disso, o modelo restaurativo representa a evolução da justiça criminal no sentido de pensar o conflito social como um fenômeno que afeta as partes, e por consequência, a sociedade em que estão inseridas. Dessa forma, o Estado além de fazer valer o jus puniendi, se preocupa com os impactos sociais gerados pelo crime. Isto porque:

Em relação a um problema complexo como a criminalidade, nenhuma observação é tão sumária e simplista do que aquela baseada no silogismo: “o crime exige a pena”, pois, “pena = justiça”. E, por excessivamente superficial, tal raciocínio não se presta a revelar as causas que geram o fenômeno e, tampouco, a abrir caminhos para respostas eficientes⁴⁰

Nesse vértice, a justiça restaurativa se diferencia da justiça penal tradicional e retributiva, pois a primeira é pautada pela participação, discussão, conscientização, compreensão, solução dos problemas passados, análise dos problemas presentes e preparação para os problemas futuros, enquanto na segunda há imposição, retribuição pelo fato passado e desproporcionalidade.⁴¹

No tocante à justiça da infância e da juventude, sabe-se que essa representa um campo estratégico na prevenção à criminalidade, diante da influência que exerce sobre a prática de atos infracionais, que se não forem tratados de maneira adequada, refletirão nos crimes de amanhã.

Ainda que o Estatuto da Criança e do Adolescente tenha adotado a doutrina da Proteção Integral, vê-se que, na prática, ele não tem sido suficiente para resgatar o adolescente em conflito com a lei, seja porque, o Estado não cumpre suas disposições, seja porque o estatuto não se adequou à realidade brasileira.⁴²

Para Alexandre Morais da Rosa, novas formas de abordagem devem ser aplicadas à justiça infanto-juvenil, para que o adolescente não seja entregue ao “bilhete da imputabilidade, deixando-o

³⁸ SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal: O Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, p. 33.

³⁹ SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal: O Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, p. 34.

⁴⁰ SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal: O Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, p. 32.

⁴¹ SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça Restaurativa e paradigma punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 153.

⁴² ROSA, Alexandre Morais da. **Justiça Restaurativa e Ato Infracional: Práticas e Possibilidades**. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, vol. 9, n. 5, p. 205/213, jun/jul/2008.

à mercê do sistema penal”. Para ele, a justiça restaurativa parece ser a melhor alternativa de abordagem desses conflitos.⁴³

Nesse mesmo raciocínio, Beatriz Aginsky e Lúcia Capitão, entendem que o modelo restaurativo aplicado aos adolescentes infratores lhes dão um melhor tratamento e garantia de direitos:

A justiça restaurativa indica a possibilidade de avançar na qualificação do atendimento socioeducativo, apresentando pressupostos teórico-metodológicos e éticos que questionam os paradigmas existentes. No seu bojo, erguem-se possibilidades de construção social de respostas, no âmbito das políticas públicas, que se materializam em práticas institucionais que concretizam o paradigma da garantia de direitos aos adolescentes, autores de ato infracional, em cumprimento de medida privativa de liberdade e, também, de alternativas para esta privação.⁴⁴

Tendo em vista que os adolescentes infratores encontram-se em fase de desenvolvimento psicológico, a aplicação das práticas restaurativas são essenciais na tentativa de ressocialização desse indivíduo, pois:

[...] evitam a estigmatização do agressor e promovem a responsabilização consciente de seu ato; possibilita que a vítima recupere o sentimento de poder pessoal, sendo, também, reintegrada à comunidade de modo fortalecido, por causa do papel ativo na discussão; e a comunidade, ganha em coesão social, ao dar conta de seu potencial criativo e participativo, na restauração social, em apoio, tanto ao agressor, quanto à vítima.⁴⁵

De acordo com Kay Pranis, a justiça restaurativa é um meio de restabelecer o relacionamento entre o jovem e a comunidade em que está inserido, pois observa-se que há um afastamento ente adultos e adolescentes em decorrência da falta de contato, resultando em comportamentos desviantes. Por isso o autor defende o desenvolvimento da empatia, por meio do processo restaurativo:

As intervenções da justiça restaurativa com os jovens servem como oportunidade para começarmos a mudar o relacionamento entre os jovens e os adultos da comunidade, para ensinar-lhes que a assistência e a responsabilização andam lado a lado e para demonstrar que o poder pessoal pode ser usado de modo construtivo. A justiça restaurativa atua fundamentalmente sobre o esforço que fazemos para manter relacionamentos saudáveis e plenos de carinho. Relacionamentos dessa espécie não isentam de culpa o comportamento danoso, mas tentam usar essas experiências como oportunidades de aprendizagem para todos os envolvidos. A justiça restaurativa oferece um caminho para a transformação do medo em amor.⁴⁶

⁴³ ROSA, Alexandre Morais da. **Justiça Restaurativa e Ato Infracional: Práticas e Possibilidades**. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, vol. 9, n. 5, p. 205/213, jun/jul/2008.

⁴⁴ AGUINSKY, Beatriz; CAPITÃO, Lúcia. **Violência e socioeducação: uma interpelação ética a partir de contribuições da Justiça Restaurativa**. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/341531764/AGUINSKY-Beatriz-Violencia-e-socioeducacao-uma-interpelacao-etica-a-partir-de-contribuicoes-da-justica-restaurativa-pdf>> Acesso em 25 set. 2017.

⁴⁵ PRUDENTE, Neemias Moretti; SABADELL, Ana Lucia. **Mudança de Paradigma: justiça restaurativa**. Revista Jurídica Cesumar, v. 8, n. 1, p. 49-62, jan./jun. 2008.

⁴⁶ PRANIS, Kay. **Justiça Restaurativa: revitalizando a democracia e ensinando a empatia**. In: Slakmon, Catherine; Machado, Maíra Rocha; Bottini, Pierpaolo Cruz (Orgs.), **Novas Direções na Governança da Justiça e da Segurança**.

A justiça restaurativa tem muito a oferecer para a população juvenil, é, pois, uma expectativa de justiça mais democrática, inclusiva, participativa, humanitária, reintegrativa, reparadora etc. Este paradigma de justiça contraria aquela visão de:

educação repressora – ou de uma justiça punitiva – que procura amestrar e domesticar a criança e o adolescente segundo normas e regras educacionais fundadas na ordem da razão e do bem ético e político.⁴⁷

Dessa forma, enquanto o movimento restaurativo é considerado por grande parte da doutrina como uma ferramenta eficaz e de ressocialização do jovem infrator, a redução da maioridade penal, ao contrário, prega a maximização do direito penal, visando suprir deficiências do Estado, sem preocupação alguma com as consequências sociais do modelo carcerário falido.

Corroborando o acima exposto, Alice Bianchini ressalta que a adoção de determinadas políticas criminais destinadas a acalmar uma demanda social, na realidade, desobriga o Estado de compor programas estruturais de política social, pois “criam-se, assim, novos tipos penais, incrementam-se penas, restringem-se direitos sem que, substancialmente, tais opções representem perspectivas de mudança do quadro que determinou a alteração legislativa. Produz-se a ilusão de que algo foi feito.”⁴⁸

Assim, a redução da maioridade penal se mostra como instrumento de apelo social, que não diminuirá os índices de criminalidade do país, e será apenas mais uma das práticas do legislador de maximizar o Direito Penal como forma de controle social, concretizando a prova da incompetência estatal em dispor de serviços públicos de qualidade.

Diante disso, é necessário rechaçar a política de redução da maioridade penal e pensar em um modelo de justiça que seja capaz de satisfazer efetivamente as vítimas e, ao mesmo tempo, prevenir a ocorrência de novas infrações. A justiça restaurativa promete trazer uma nova maneira de se fazer justiça, lançando um novo olhar sobre a infração, lidando com o conflito por meio do diálogo, inclusão e responsabilidade social, principalmente no âmbito da criança e do adolescente, pois exerce um papel, de fato, socioeducativo.

Brasília – DF: Ministério da Justiça, 2006. p. 583-596. Disponível em: <http://comunidadessegura.org/files/Novas%20direcoes%20na%20governanca_18.pdf>. Acesso em: 25 set. 2017.

⁴⁷MELO, Eduardo Rezende. Justiça e Educação: parceria para a cidadania. n: Slakmon, Catherine; Machado, Máira Rocha; Bottini, Pierpaolo Cruz (Orgs.), **Novas Direções na Governança da Justiça e da Segurança**. Brasília – DF: Ministério da Justiça, 2006. p. 583-596. Disponível em: <http://comunidadessegura.org/files/Novas%20direcoes%20na%20governanca_18.pdf>. Acesso em: 25 set. 2017.

⁴⁸BIANCHINI, Alice. **Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.123.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Iniciou-se o presente estudo através de uma breve abordagem histórica do tratamento dado à criança e ao adolescente no ordenamento jurídico brasileiro.

Verificou-se que no ano de 1990 entrou em vigor o Estatuto da Criança e do Adolescente, com a finalidade de regulamentar especificamente os direitos estabelecidos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 aos menores, detalhando, inclusive, as medidas protetivas e socioeducativas, que mudaram totalmente a forma de prevenir e ressocializar os atos infracionais no país.

Do mesmo modo, explanou-se acerca das Propostas de Emendas Constitucionais que se referem ao tema da inimputabilidade. Viu-se que desde 1993 já foram elaborados 38 projetos apensados à PEC 171/93, todos visando diminuir a idade penal, de acordo com o clamor popular e midiático.

Por conseguinte, estudou-se que a ressocialização, tanto no sistema prisional, como no sistema socioeducativo, tem falhado em todos os seus objetivos, posto que, o Estado não proporciona as instalações adequadas aos infratores, em muitos casos sequer disponibiliza uma equipe multidisciplinar para trabalhar com os adolescentes, ou seja, não cumpre as disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Além disso, demonstrou-se que a sociedade não está preparada para receber os socioeducandos, não oferece trabalho ou condições de vida satisfatórias, as políticas públicas são raras ou inexistentes e, por isso, esses indivíduos acabam sendo estigmatizados pela comunidade que os cerca.

Por fim, foi feita uma análise das práticas restaurativas, abordando o conceito, princípios e as maneiras de abordagem dentro do sistema penal tradicional. Esclareceu-se que a justiça restaurativa é um novo modo de pensar a justiça criminal, vez que trata o conflito social como um fenômeno que afeta as partes, e por consequência, a sociedade em que estão inseridas.

Observou-se que, entre as inúmeras contribuições da justiça restaurativa para a sociedade, a sua aplicação às medidas socioeducativas atende ao princípio do melhor interesse do adolescente, preconizado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que recepcionou a Doutrina da Proteção Integral.

Sabe-se que o sistema carcerário brasileiro é falho em muitos aspectos, inclusive no que tange à diminuição da criminalidade, portanto, a solução para os atos infracionais não está dentro dos

presídios, mas sim, nas políticas públicas que tanto são negligenciadas pelo Estado e nas formas alternativas de resolução de conflitos sociais, tal qual a justiça restaurativa.

6 REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

AGUINSKY, Beatriz; CAPITÃO, Lúcia. **Violência e socioeducação: uma interpelação ética a partir de contribuições da Justiça Restaurativa**. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/341531764/AGUINSKY-Beatriz-Violencia-e-socioeducacao-uma-interpelacao-etica-a-partir-de-contribuicoes-da-justica-restaurativa-pdf>> Acesso em 25 set. 2017.

BARBETTA, Alfredo. **A implementação das medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1997.

BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos; e RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (orgs.). **Justiça restaurativa: coletânea de artigos**. Brasília: Ministério da Justiça e PNUD, 2005, p. 20.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 10 de jan. 2017.

_____. Lei 8.069 de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm> Acesso em 12 de jan. 2017.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Proposta de Emenda à Constituição nº 171-E de 1993**. Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1358379&filename=Avulso+-PEC+171/1993> Acesso em 13 de jan. 2017.

CONSELHO FEDERAL DE SERVIÇO SOCIAL. Nota Pública do CFESS sobre a redução da idade penal. Disponível em: <<http://www.cfess.org.br/visualizar/noticia/cod/1162>> Acesso em 09 de mar. 2017.

COSTA, Tarcísio José Martins da. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. **Nota técnica sobre a PEC 171/1993**. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/docs/PEC_171_93.pdf> Acesso em 13 de jan. 2017.

LEAL, João José. **Direito Penal Geral**. 3 ed. Florianópolis: OAB/SC, 2004.

MELO, Eduardo Rezende. **Justiça e Educação: parceria para a cidadania.** In: Slakmon, Catherine; Machado, Máira Rocha; Bottini, Pierpaolo Cruz (Orgs.), **Novas Direções na Governança da Justiça e da Segurança.** Brasília – DF: Ministério da Justiça, 2006. Disponível em: <http://comunidadessegura.org/files/Novas%20direcoes%20na%20governanca_18.pdf>. Acesso em: 25 set. 2017.

NESS, Daniel Van. **The Meanins Of Restorative Justice.** In: ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

OLIVEIRA, Simone de. **ATO INFRACIONAL E POLÍTICAS PÚBLICAS: incursões críticas em torno dos mecanismos de prevenção da delinquência juvenil.** Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1473363773.pdf> Acesso em: 09 de mar. 2017.

PEREIRA, Tânia da silva. **Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PRANIS, Kay. **Justiça Restaurativa: revitalizando a democracia e ensinando a empatia.** In: Slakmon, Catherine; Machado, Máira Rocha; Bottini, Pierpaolo Cruz (Orgs.), **Novas Direções na Governança da Justiça e da Segurança.** Brasília – DF: Ministério da Justiça, 2006. p. 583-596. Disponível em: <http://comunidadessegura.org/files/Novas%20direcoes%20na%20governanca_18.pdf>. Acesso em: 25 set. 2017.

PRUDENTE, Neemias Moretti; SABADELL, Ana Lucia. **Mudança de Paradigma: justiça restaurativa.** Revista Jurídica Cesumar, v. 8, n. 1, jan./jun. 2008.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Justiça Restaurativa e Ato Infracional: Práticas e Possibilidades.** Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, vol. 9, n. 5, jun/jul/2008.

SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça Restaurativa e paradigma punitivo.** Curitiba: Juruá, 2009.

SCURO NETO, Pedro. **Fazer Justiça Restaurativa: Padrões Práticas.** Disponível em: <<http://jij.tjrs.jus.br/justica-restaurativa/fazer-justica-restaurativa>>. Acesso em: 25 de set. 2017.

SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal: O Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime.** Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.

SILVA, Enid Rocha Andrade da. OLIVEIRA, Raissa Menezes de. **O adolescente em Conflito com a Lei e o Debate sobre a Redução da Maioridade Penal: esclarecimentos necessários.** Disponível em <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=25621> Acesso em 10 jan. 2017.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição.** 6 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

STRANG, Heather. **Repair or Revenge: victims and restorative justice.** In: ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VIANNA, Guaraci. **Direito Infante-Juvenil**: Teoria, Prática e Aspectos Multidisciplinares. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA FRENTE A EXIGÊNCIA DE REGULARIDADE TRIBUTÁRIA

*Edson Roberto Fidelis¹
Gislaine Carpena²*

*Recebido em: 09 mai. 2018
Aceito em: 01 out. 2018*

Resumo: O objetivo do presente artigo é a análise do artigo 17, inc. V da Lei Complementar nº 123 de 14 de dezembro de 2006, que determina a exclusão das microempresas e empresas de pequeno porte do regime do SIMPLES NACIONAL no caso de débitos tributários. Para a pesquisa, sob o ponto de vista metodológico, optou-se pelo processo de pesquisa bibliográfica, tendo como referência súmulas e orientações jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal, além dos princípios que norteiam a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A partir desse estudo se pôde verificar que a sanção para a empresa optante do regime do Simples que estiver inadimplente junto ao Fisco é demasiado pesada, dada a hipossuficiência da empresa diante da voracidade dos tributos cobrados pelo Estado nesses casos. Por fim, pretendeu-se trazer à tona, o modo agressivo com que o Estado, com o aval do Poder Judiciário abusa do Poder de fiscalizar e cobrar os impostos em face da empresa inadimplente, violando princípios constitucionais. Concluiu-se que é necessário implementar por meio do Judiciário, a possibilidade de defesa por parte do contribuinte ao invés da imediata exclusão da pequena empresa, do regime favorecido que a Constituição Federal lhe oferece.

Palavras-chave: Lei Complementar nº 123/2006. Simples Nacional. Tributação. Micro e pequena empresa.

THE PRINCIPLE OF THE PRESERVATION OF THE COMPANY IN RESPECT OF THE REQUIREMENT OF TAX REGULARITY

Abstract: The purpose of this article is the analysis of article 17, inc. V of Complementary Law 123 of December 14, 2006, which determines the exclusion of micro enterprises and small businesses from the SIMPLES NACIONAL regime in the case of tax debts. For the research, from the methodological point of view, the bibliographical research process was chosen, having as reference references and jurisprudential orientations of the Federal Supreme Court, besides the principles that guide the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988. From this It can be verified that the sanction for the company opting for the Simple regime that is in default with the Treasury is too heavy, given the company's hypersufficiency in the face of the voracity of the taxes charged by the State in these cases. Finally, it was intended to bring to light the aggressive way in which the State, with the endorsement of the Judiciary, abuses the power to inspect and collect taxes in the face of the defaulting company, violating constitutional principles. It was concluded that it is necessary to implement through the Judiciary the possibility of defense by the taxpayer instead of the immediate exclusion of the small company, from the favored regime that the Federal Constitution offers.

¹ Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Brusque – UNIFEBE. Advogado no escritório de advocacia Pedrini Advogados. E-mail: edsonrfidelisadv@gmail.com

² Graduada em Direito. Especialista em Direito Público e Privado. Especialista em Direito Ambiental. Mestre em Ciência Jurídica (UNIVALI). Advogada. Assessora Jurídica. Professora de Graduação do Curso de Direito do Centro Universitário de Brusque (UNIFEBE). Professora de Graduação do Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (SENAC). Professora de Especialização do Instituto Nacional de Pós-Graduação (INPG). E-mail: gislainecarpena@gmail.com

Keywords: Complementary Law nº 123/2006. Simple National. Taxation. Micro and small business.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho faz, precipuamente, uma análise do artigo 17, inc. V da Lei Complementar nº 123 de 14 de dezembro de 2006, que obriga a exclusão da empresa do regime do Simples Nacional, que estiver em débito com a Fazenda Pública ou o INSS.

Inicialmente, aborda-se a Lei Complementar nº 123/06, seus benefícios às microempresas e empresas de pequeno porte, suas alterações e, posteriormente, o cerne do trabalho que é o artigo 17, inc. V, que trata da exclusão da empresa do regime diferenciado caso tenha débitos fiscais.

Dessa forma, por meio de doutrina e jurisprudência, o trabalho ainda versa sobre o poder que é facultado ao Estado em cobrar tributos e os princípios constitucionais que limitam esse poder.

Nesse diapasão, o presente artigo analisa o princípio da capacidade contributiva da pequena empresa, o princípio da vedação ao confisco em benefício da Microempresa e, finalmente, o princípio da preservação da empresa em face da mão pesada do Estado e seu desejo em cobrar tributos.

É examinada ainda, ao final, a exigência da regularidade fiscal como condição para a permanência no regime diferenciado, a forma como fere princípios constitucionais e a necessidade de alteração e adequação da medida para que seja menos lesiva ao pequeno empreendedor.

2 O SIMPLES NACIONAL

A Lei Complementar nº 123/06 foi sancionada em 14 de dezembro de 2006, e instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa - ME e da Empresa de Pequeno Porte - EPP, conhecida como Simples Nacional, fundada no artigo 146, III, “d” e respectivo parágrafo único, inc. IV da Constituição Federal de 1988, que possibilita ao legislador, por meio de Lei Complementar, estabelecer tratamento diferenciado e favorecido, em matéria tributária, para as microempresas e empresas de pequeno porte. Ainda, o parágrafo único do referido artigo possibilita a instituição de um regime único de arrecadação dos impostos e contribuições da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

Ainda, a Emenda Constitucional 42/03, de 19.12.2003 inseriu o artigo 146-A, estabelecendo outras atribuições à Lei Complementar:

Art. 146-A. Lei complementar poderá estabelecer critérios especiais de tributação, com o

objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, sem prejuízo da competência da União, por lei, estabelecer normas de igual objetivo.

Desse modo, a Lei Complementar 123/06, em seu artigo 1º, estabeleceu normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no que concerne aos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, especialmente, no que se refere:

- I - à apuração e recolhimento dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação, inclusive obrigações acessórias;
- II - ao cumprimento de obrigações trabalhistas e previdenciárias, inclusive obrigações acessórias;
- III - ao acesso a crédito e ao mercado, inclusive quanto à preferência nas aquisições de bens e serviços pelos Poderes Públicos, à tecnologia, ao associativismo e às regras de inclusão.
- IV - ao cadastro nacional único de contribuintes a que se refere o inciso IV do parágrafo único do art. 146, in fine, da Constituição Federal.

Segundo Paulo Melchor (2017, p. 7), a Lei Complementar nº 123/06 passou por importantes ajustes por meio das Leis Complementares nº 127/07 e a nº 128/08, e ficou conhecida como a “Lei Geral das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte”, e relaciona os principais benefícios concedidos às MEs e EPPs:

- a) Regime unificado de apuração e recolhimento dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive com simplificação das obrigações fiscais acessórias;
- b) Desoneração tributária das receitas de exportação, substituição tributária, tributação monofásica e ICMS antecipado com encerramento de tributação;
- c) Dispensa no cumprimento de certas obrigações trabalhistas e previdenciárias;
- d) Simplificação no processo de abertura, alteração e encerramento das MPEs; Lei Geral das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte
- e) Possibilidade de abertura da empresa na residência e em áreas irregulares;
- f) Facilitação no acesso ao crédito e ao mercado;
- g) Preferência nas compras públicas;
- h) Estímulo à inovação tecnológica;
- i) Incentivo ao associativismo na formação de Sociedades de Propósito Específico (SPEs) para fomentação de negócios (compra ou venda);
- j) Incentivo à formação de consórcios para acesso a serviços de segurança e medicina do trabalho;
- k) Regulamentação da figura do “Micro empreendedor Individual”, também conhecido por “Pequeno Empresário”, criando condições favoráveis para sua formalização com benefícios previdenciários.

Em que pesem os benefícios da Lei Complementar nº 123/06 às microempresas e empresas de pequeno porte, ela carrega em seu bojo, a obrigatoriedade do pagamento em dia dos tributos, para permanência da empresa no regime diferenciado do Simples Nacional, conforme a letra do inciso V do artigo 17:

Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a

microempresa ou a empresa de pequeno porte:

[...]

V - Que possua débito com o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, ou com as Fazendas Públicas Federal, Estadual ou Municipal, cuja exigibilidade não esteja suspensa; [...]

Desse modo, a forma com que o contribuinte é afastado do regime diferenciado pelo supracitado dispositivo legal, contraria a Constituição Federal, e isso se provará mais à frente por meio da análise de princípios constitucionais e da jurisprudência, que a não permanência da empresa no regime do Simples Nacional, representa a morte da empresa que, de alguma forma não conseguiu adimplir o tributo e, estando fora do regime diferenciado, não terá como se manter na atividade diante da voracidade da tributação por parte do Estado.

3 O PODER DE TRIBUTAR

Conforme Machado (2013, p. 27), o Estado é entidade soberana e no exercício de sua soberania, exige dos cidadãos que lhe forneçam, por meio de tributos, os recursos que necessita para se manter. Dessa forma, o poder de tributar representa a soberania do Estado.

A soberania, ou independência financeira do povo, transfere-se de forma limitada ao Estado pela Constituição Federal, permitindo-lhe tributar e gerir tais recursos. O tributo é o preço imposto ao povo pela garantia da liberdade, tem suas limitações previstas nos artigos 150 a 152 da CF/88 e abrangem: as imunidades, as proibições de privilégio odioso, as proibições de discriminação fiscal e garantias normativas ou princípios gerais ligados à segurança dos direitos fundamentais (TORRES, 2010, p. 64).

No entendimento de Sabbag (2016, p. 112), o poder de tributar é, na verdade, baseado no consentimento dos indivíduos, que, por meio de uma força institucionalizada, são destinatários de uma invasão por parte do Estado. Se o Estado surgiu para prover necessidades que a sociedade, de forma individualizada não consegue superar, “há de estar ele munido do poder de exigir dos governados uma participação nos encargos públicos.”

Desse modo, não há que se negar a necessidade dessa imposição por parte do Estado, da cobrança de tributos para fazer gerir todo o seu aparato em prol dos indivíduos, permitindo-lhe tributar e administrar tais recursos. Mas a Constituição Federal impõe limites a esse poder de tributar.

4 LIMITAÇÕES AO PODER DE TRIBUTAR

Os direitos fundamentais do cidadão, também definidos como direitos de liberdade ou direitos individuais, são inerentes à pessoa humana; e, portanto, inalienáveis e imprescritíveis e encontram-se de forma expressa no artigo 5º da CF/88.

Além de direitos fundamentais, o exercício de poder tributário está limitado a uma série de princípios gerais, como o da justiça, da certeza do direito, da segurança jurídica, da legalidade, dentre outros (CARVALHO, 2013, ps. 159-162).

Alguns direitos fundamentais como o livre exercício de qualquer ofício ou profissão (art. 5º, XIII) que gere riqueza, pode ser objeto de tributação por parte do Estado. Entretanto, o mesmo dispositivo que cria abertura à tributação, impõe limites ao poder do Estado, que, se não fosse assim, poderia sufocar ou até aniquilar o contribuinte (TORRES, 2010, p. 63).

Conforme Mendes (2015, p. 1415), as denominadas "limitações constitucionais ao poder de tributar" são princípios restritivos à intervenção estatal junto aos cidadãos. É evidente que a tributação é forma coercitiva do Estado em se manter economicamente, o que torna imprescindível que a Constituição Federal defina até onde este exercerá esse poder em detrimento do cidadão.

Ainda segundo o autor:

Os direitos e garantias constitucionais relativos à tributação cuidam exatamente de introduzir um núcleo essencial e incoercível de liberdades individuais a preservar em face da organização burocrática. A densidade da disciplina constitucional da matéria é, destarte, índice inequívoco e definitivo de sua relevância para nossa organização social.

Dessa forma, os princípios tributários ou limitações ao poder de tributar têm assento na Constituição Federal de 1988, dentre os quais se destacam: da legalidade, da capacidade contributiva, do não confisco, da irretroatividade e da anterioridade. Dentre esses, independente de maior ou menor importância no sistema tributário nacional, será tratado tão somente da capacidade contributiva e do não confisco.

4.1 PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA EM PROL DA MICROEMPRESA E DA EMPRESA DE PEQUENO PORTE

Segundo o Princípio da Capacidade Contributiva os impostos terão caráter individual e serão limitados à capacidade econômica do contribuinte (BULOS, 2015, p. 1490).

A afirmação desse princípio, segundo Mendes (2015, p. 1417) traz duas implicações: a

primeira de que somente “fatos que denotem riqueza podem compor o critério material da hipótese da regra matriz de incidência tributária”. Em segundo lugar, serve como critério para graduar as exações, quando determina que os tributos sejam fixados de acordo com o poder econômico do contribuinte.

É preceito basilar que a imposição do imposto deve ser baseada na capacidade contributiva da empresa, pois é a capacidade econômica desta. Segundo Torres (2010, ps. 93-100), a capacidade contributiva determina que cada um pague o imposto de acordo com seus ganhos, obtendo-se assim, verdadeira justiça contributiva. Entretanto, essa forma de justiça contributiva produz resultados desiguais por desigualar as capacidades contributivas de cada empresa. Ainda conforme Torres, “os tributos devem ser cobrados de modo a não criarem obstáculos ao desenvolvimento econômico”.

Nessa senda, Sérgio Pinto Martins (2011, p. 72) afirma que o imposto deve atender ao bem da coletividade, utilizando-se de meios de aferir a capacidade individual de contribuição, e caso ultrapasse essa barreira, estará onerando excessivamente o microempresendedor, pois do excesso decorre a perda da liberdade do sujeito passivo.

O regime do Simples Nacional, conforme Caroline Said Dias (apud Sergio Karkache, 2008), adota alíquotas progressivas conforme o rendimento empresarial, prestigiando claramente o princípio da capacidade contributiva:

No SIMPLES, o princípio da capacidade contributiva ficou resguardado. A progressividade neste novo sistema de tributação atenta satisfatoriamente à capacidade econômica dos contribuintes, como ensina Hugo de Brito Machado, citando Fritz Newmark: “O tema da tributação progressiva tem sido ponto de duradouras e fundas divergências. Parece-nos, todavia, que o tributo progressivo na verdade é o que mais adequadamente alcança a capacidade econômica das pessoas. Por isso, em atenção ao princípio da isonomia, diremos que o melhor critério discriminador, em se tratando de estabelecer normas de tributação, é o da capacidade econômica. Ainda que não seja possível adaptar-se com exatidão o dever fiscal individual à capacidade contributiva de cada contribuinte, a alíquota progressiva cumpre melhor que a proporcional o princípio da capacidade contributiva.” Assim, em relação ao princípio da capacidade contributiva, nada há de confrontador no SIMPLES.

E conclui ainda o autor (2008), que não há incompatibilidade entre o princípio da capacidade contributiva e a possibilidade de aplicação deste às pessoas jurídicas: “Eventuais inadequações podem (e devem) ser adaptadas pelo legislador”.

4.2 PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO CONFISCO EM BENEFÍCIO DA MICROEMPRESA

A Constituição Federal em seu artigo 150, IV, veda à União, aos Estados e aos Municípios utilizar tributo como forma de confisco.

Segundo Torres (2010, p. 66), a proibição de confisco é “imunidade tributária de uma parcela

mínima necessária à sobrevivência da propriedade privada”, e esta deve ser protegida de forma qualitativa e quantitativa contra o tributo, ou seja, não pode ser objeto de incidência exagerada, que implique extinção da empresa, em vista da proibição de confisco.

É sabido que é dado ao Estado o poder de punir o contribuinte não cumpridor de seus deveres, mas o próprio STF já definiu por meio da Súmula 323, que “é inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos” e da Súmula 70 que “é inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo”.

O próprio Ministro Dias Toffoli em decisão que julgou procedente o impedimento à adesão ao regime tributário do Simples Nacional em razão de débitos tributários ou previdenciários, fundamenta que a Corte não admite expediente sancionatório indireto para forçar o cumprimento pelo contribuinte de obrigação tributária, ou impedimento de que exerça atividades profissionais.

O cerne da questão aqui discutida diz respeito ao tratamento jurídico diferenciado e favorecido das microempresas e das empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, especialmente no que concerne ao regime especial e unificado de tributação (Simples Nacional), de que trata a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. O que se quer saber é se elas estariam habilitadas a fruir do tratamento tributário diferenciado e favorecido previsto na referida lei complementar no caso de apresentarem débitos, perante à Fazenda Pública ou o INSS, decorrentes de tributos cuja exigibilidade não tenha sido suspensa. [...]. Em outro giro, no que se refere às Súmulas nºs 70, 323 e 547 da Corte, observo que o seu foco está naquelas situações concretas que inviabilizam a atividade desenvolvida pelo contribuinte. A orientação das súmulas é clara. A Corte não admite expediente sancionatório indireto para forçar o cumprimento pelo contribuinte da obrigação tributária, seja ele 'interdição de estabelecimento', 'apreensão de mercadorias', 'proibição de que o devedor adquira estampilhas', restrição ao 'despacho de mercadorias, ou impedimento de que exerça atividades profissionais', o que não ocorreu no caso dos autos. (RE 627543, Tribunal Pleno, Relator Ministro Dias Toffoli, julgamento em 30.10.2013, DJe de 29.10.2014, com repercussão geral - tema 363)

Ocorre que a Corte analisa as Súmulas apenas de forma positivista, pois resta evidente que não há interdição de estabelecimento ou apreensão de mercadorias, e dessa forma faz parecer justa a decisão.

Entretanto, ao empreendedor vetado de permanecer no Simples Nacional, haverá como consequência do excesso de tributação, a impossibilidade de adquirir mercadorias, certo de que sua inadimplência vai chegar aos credores e de forma muito recorrente em nosso país, ocorrerá a morte da empresa, consequência muito pior do que a interdição do estabelecimento.

Dessa forma, tributar o pequeno empresário além de determinado limite, caracteriza-se, nas palavras de Mendes (2015, p. 1418), “uma tributação confiscatória e, por conseguinte, contrária à Constituição.”

Não se pode impor “aos indivíduos em geral, obrigações, restrições ou sanções em medida superior àquela estritamente necessária ao atendimento do interesse público, segundo critério de razoável adequação dos meios aos fins” (MEDAUAR, apud Carvalho, 2013, p. 499).

Não há uma possibilidade prévia de fixar limites quantitativos em relação à cobrança, mas a vedação de tributo confiscatório ficará a critério prudente do juiz que deverá se pautar pelo princípio da razoabilidade (TORRES, 2010, p. 66).

Leandro Paulsen, em julgamento favorável do agravo de instrumento nº 2007.04.00.029804-4/RS, referente à sanção de exclusão do Simples Nacional menciona que a medida exagerada “acaba por estabelecer obrigações acessórias que empresas de pequeno porte não têm como cumprir”:

Ora, quando a Constituição fala em tratamento favorecido, o faz em atendimento ao porte das empresas beneficiadas e com o objetivo de incentivar a manutenção de suas atividades. Note-se que a lei, ao consagrar tal requisito e prever a exclusão da pessoa que o descumprir, acaba por estabelecer obrigações acessórias que empresas de pequeno porte não têm como cumprir (TRF-4 - AG: 29804 RS 2007.04.00.029804-4, Relator: LEANDRO PAULSEN, Data de Julgamento: 24/09/2007, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: D.E. 10/10/2007, D.E. 10/10/2007).

E complementa-se ainda com a ideia de Martins (2011, p. 77), segundo a qual o poder de tributar não pode ter esse viés de confisco, deve sim, permitir que a empresa contribuinte mantenha sua atividade, não podendo destruí-la.

4.3 PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA

O princípio da preservação da empresa está previsto de forma implícita na Constituição Federal em seu artigo 170, inciso IX, que prevê tratamento diferenciado às empresas de pequeno porte constituídas sob a égide da legislação brasileira e com sede administrativa no território nacional:

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:

[...]

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

Na visão de Fábio Konder Comparato (apud COELHO, 2012, p. 160) é do princípio da função social da propriedade, insculpido nos artigos 5º, XXIII e 170, III da Constituição Federal que se extrai o da função social da empresa:

A propriedade dos bens de produção deve cumprir a função social, no sentido de não se concentrarem, apenas na titularidade dos empresários, todos os interesses juridicamente protegidos que os circundam. A Constituição Federal reconhece, por meio deste princípio

implícito, que são igualmente dignos de proteção jurídica os interesses metaindividuais, de toda a sociedade ou de parcela desta, potencialmente afetados pelo modo com que se empregam os bens de produção.

E conclui Coelho (2012, p. 160), que se compreendem por bens de produção, todos aqueles que compõem a organização do estabelecimento empresarial. No momento em que o empresário decide utilizar os bens de sua propriedade na exploração da atividade econômica, esta decisão deve se orientar pelo princípio da função social da empresa. Também para José Afonso da Silva (2015, p. 828), a propriedade deve atender a sua função social, e quando o artigo 170 da CF/88 traz em seu inciso III a função social da propriedade como um princípio da ordem econômica, reforça a tese de que a valorização do trabalho humano (art. 170, *caput*) e a busca do pleno emprego (art. 170, VIII) estão diretamente ligadas ao princípio da preservação da empresa. Eros Grau (apud SILVA, 2015, p. 828) afirma que “ao nos referirmos à função social dos bens de produção e dinamismo, estamos a aludir à função social da empresa.”

Ainda segundo Eros Roberto Grau (2013, p. 1823) o inciso IX do artigo 170 da Constituição, não afirma apenas a livre concorrência, mas instaura uma norma que impõe aos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário a obrigação de observar e estabelecer critérios que permitam às pequenas empresas disputar de forma isonômica, não apenas uma fatia de mercado, mas também no que concerne aos tributos, quando determina a criação de regimes diferenciados para essas empresas, destinados à sua manutenção e preservação.

Dessa forma, quando se confronta o inciso V do artigo 17 da Lei Complementar 123/06, e sua determinação pela exclusão da empresa do regime mais favorável com o princípio da preservação da empresa, percebe-se visível violação ao artigo 170, IX da Constituição Federal.

Fábio Ulhoa Coelho (2015, p. 40) ressalta que a empresa visa um bem maior do que recolher tributos e gerar lucros, alçada a um patamar mais elevado em sua função social que é a coletividade:

Quando se assenta, juridicamente, o princípio da preservação da empresa, o que se tem em vista é a proteção da atividade econômica, como objeto de direito cuja existência e desenvolvimento interessam não somente ao empresário, ou aos sócios da sociedade empresária, mas um conjunto bem maior de sujeitos.

A empresa é o centro convergente de vários interesses, destaca-se sua importância econômico-social, visando o lucro, assegurando a criação de postos de trabalhos e garantindo o pagamento de salários e a formação de mão de obra qualificada, permitindo que o trabalhador possa sustentar sua família e adquirir bens móveis ou imóveis, possibilitando ao final, por meio do recolhimento de tributos, a manutenção do poder do Estado (DINIZ, 2009, p.25).

E completa ainda a autora (2009, p.23):

Por isso o empresário deverá exercer sua atividade econômica organizada de produção e circulação de bens e serviços no mercado de consumo, de forma a prevalecer a livre concorrência sem que haja abuso de posição mercadológica dominante, procurando proporcionar meios para a efetiva defesa dos interesses do consumidor e a redução das desigualdades sociais, assumir funções assistenciais para seus empregados [...].

Entretanto, muitas das pequenas empresas enfrentam, atualmente, o dilema de ter que escolher entre pagar tributos ou pagar salários. E resta claro, que entre o sagrado dever de alimentar, e garantir mão de obra necessária para a manutenção da empresa, em face da mão firme do Estado estendida exigindo tributos, o pequeno empresário irá optar por pagar os salários em dia e não recolher os impostos.

Fábio Ulhoa Coelho (2015, p.33), quando trata da preservação da empresa, também coloca o “Fisco” no final da lista, o que ocorre na prática, como a única forma possível de a empresa em crise sobreviver.

No princípio da preservação da empresa, construído pelo moderno Direito Comercial, o valor básico prestigiado é o da conservação da atividade (e não do empresário, do estabelecimento ou de uma sociedade), em virtude da imensa gama de interesses que transcendem os dos donos do negócio e gravitam em torno da continuidade deste; assim os interesses de empregados quanto aos seus postos de trabalho, de consumidores em relação aos bens ou serviços de que necessitam, do Fisco voltado à arrecadação e outros.

Não há que se afirmar que a empresa tenha direito de não recolher tributos, sob qualquer alegação. O que se quer demonstrar, é que se há um regime diferenciado de recolhimento de tributos ao pequeno empresário e de alguma forma ele não puder adimplir com a obrigação tributária, não deve ser punido de tal forma que a tributação seguinte lhe causará a extinção da empresa.

Se o Estado não observar a empresa por esse prisma, estaremos fadados ao que propôs Thomas Hobbes (2006, p. 115), afirmando que “da igualdade da justiça faz parte também a igual imposição de impostos, igualdade que não depende da igualdade dos bens, mas da igualdade da dívida que todo homem deve ao Estado para sua defesa”. Dessa forma, ele acreditava que a todos era obrigado manter o Estado, independentemente de suas possibilidades e capacidades, sem analisar as desigualdades socioeconômicas.

É necessário que se observe que toda a defesa dos direitos fundamentais (e aqui nos referimos à preservação da empresa), representa a figura do mais fraco em face da lei do mais forte. Seja o direito à vida contra quem tem mais força física, ou os direitos de liberdade contra quem é mais forte politicamente, ou ainda os direitos sociais contra a lei de quem é mais forte social e economicamente. São direitos que foram conquistados como forma de limitar a forma selvagem que um sujeito mais

forte, nesse caso o Estado avança sobre os mais fracos, no caso a pequena empresa (FERRAJOLI, 2011, p. 106-107).

5 A EXIGÊNCIA DE REGULARIDADE FISCAL

Como já comentado anteriormente, o Simples Nacional (Lei Complementar 123/2006) é uma forma unificada e mais favorável de recolhimento de tributos concedida às microempresas e empresas de pequeno porte que atendam determinadas condições legais.

Entretanto, o artigo 17 da supracitada Lei, estabelece vedações ao ingresso ou permanência no regime mais favorável. O inciso V do artigo 17, que é o cerne desse trabalho, obriga que as microempresas e empresas de pequeno porte mantenham a regularidade fiscal, sob pena de exclusão deste regime mais favorável de tributação.

Não obstante, nas palavras de Sérgio Karkache, a alta carga tributária imposta, mesmo com o regime diferenciado, constitui forte motivo para morte das microempresas e empresas de pequeno porte (2010, p. 11-12):

[...] as pequenas empresas brasileiras estão sujeitas a diversas obrigações tributárias. Segundo pesquisa do SEBRAE, a alta carga tributária é o segundo motivo mais apontado para encerramento das atividades de micro e pequenas empresas. Portanto, fala-se de uma ‘demografia elevada’, como característica das micro e pequenas empresas. Isso significa que as taxas de natalidade e de mortalidade são relativamente altas e, segundo dados do IBGE e do SEBRAE, inversamente proporcionais ao porte da empresa.

Não se quer dizer que a pequena empresa estaria autorizada a “não pagar impostos em dia”. O que se questiona é justamente o peso da penalidade para a inadimplência. O artigo em comento fere princípios constitucionais já aludidos anteriormente. Nas palavras de Hugo de Brito Machado Segundo (2007, p. 126), “a vedação ou permanência no Simples Nacional será constitucional sempre que for adequada”. Mas adequada a quem? Ao Fisco apenas? É o que propõe o inciso V do artigo 17.

Entretanto, quando a Constituição Federal prevê tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte, não deve ser permitido ao Estado criar um regime especial de fiscalização e sanção política para os casos de inadimplência.

Hugo de Brito Machado (2013, p. 75) afirma que estas formas oblíquas de obrigar o contribuinte a pagar o tributo têm sido denominadas genericamente de sanções políticas. “Assim, podemos dizer que o regime especial de fiscalização pode configurar uma sanção política, e neste caso será inconstitucional”.

O que se percebe é que a exigência contida no inciso V do art. 17 da LC 123/2006, ao excluir

os contribuintes em débito com a Fazenda Pública ou com o INSS do Simples Nacional, estaria impondo uma discriminação arbitrária, desarrazoada e incompatível com princípios constitucionais de proteção a pequena empresa.

E quando o Ministro Dias Toffoli afirma no julgamento do Recurso Extraordinário 627543 RS (2013, p. 8), que segundo dados do SEBRAE, houve uma redução da carga tributária desse segmento da economia de, em média 40%, ficando o sistema assim, mais razoável e de mais fácil cumprimento por parte dessas empresas, conclui-se que a empresa excluída do Simples Nacional, mesmo não sendo devedora contumaz, mas que em um determinado momento não adimpliu sua obrigação tributária, estará fadada a um endividamento ainda maior com uma carga tributária 40% mais alta, que culminará com o fechamento da empresa na maioria dos casos.

É necessário lembrar, que o Simples Nacional não é um favor ou concessão feita pelo Estado às microempresas e empresas de pequeno porte, mas sim uma imposição constitucional, como garantia de maior efetividade ao princípio da livre iniciativa. Vedar o direito de permanência daquele que possui débitos, é contrário aos propósitos que a Lei queira alcançar, tratando-se de instrumento oblíquo de cobrança (SEGUNDO, 2007, p. 134).

Essa forma oblíqua de cobrança caracteriza sanção política, e é flagrantemente inconstitucional, pois implica indevida restrição ao direito de exercer atividade econômica, que independe de autorização de órgão público (MACHADO, 2013, p. 511).

Ainda segundo Mamede (2007, p. 134), do mesmo modo que a existência de débitos não é óbice para que a empresa obtenha autorização para imprimir blocos de notas fiscais, despache mercadorias nas alfândegas, e de exercer tantos outros direitos, não pode ser condição para exclusão do regime Simples. E completa ainda o autor que “se existem débitos, estes devem ser constituídos e cobrados pelos meios que a ordem jurídica oferece, através dos quais o contribuinte pode, se for o caso, defender-se”.

Seria então o caso do Fisco lançar mão do Judiciário, dando ao contribuinte a possibilidade de, em juízo contestar ou quitar a dívida, respeitando o devido processo legal, oportunizando ao contribuinte a possibilidade do contraditório e da ampla defesa, princípio positivado no artigo 5º, LV da Constituição Federal.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio do presente artigo buscou-se evidenciar a lesão ao princípio da preservação da

pequena empresa, no momento da aplicação do artigo 17, V da Lei 123/06, que exclui do regime diferenciado o contribuinte com débitos fiscais.

A pesquisa foi fundamentada na Constituição Federal, em especial, nos capítulos que tratam do sistema tributário Nacional e da Ordem Econômica, que disciplinam o poder do Estado de cobrar tributos e dos princípios que protegem a parte passiva dessa relação, qual seja, o contribuinte.

Nesse diapasão, apresentaram-se então, os princípios da capacidade contributiva e da vedação ao confisco como forma de proteger a pequena empresa, e o direito já consagrado da preservação da empresa em face do poder de tributar.

Evidenciou-se por meio de legislação e jurisprudência que o STF já apresentou voto favorável à constitucionalidade do artigo em comento, mas, em que pesem tais decisões, elas se apresentam de forma a violar os princípios constitucionais tributários e ainda o princípio da preservação da empresa, já que a exclusão da empresa do regime diferenciado acarreta na incidência de uma onerosa carga tributária, o que na prática pode levar ao encerramento das atividades.

7 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em: 2 abr. 2017.

_____. **Constituição da república federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm#art46>. Acesso em: 1º abr. 2017.

_____. **Emenda constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003**. Altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc42.htm#art1>. Acesso em: 2 abr. 2017.

_____. **Lei complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006**. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis no 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei no 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar no 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis no 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp123.htm>. Acesso em: 1º abr. 2017.

_____. **STF - RE: 627543 RS**, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 30/10/2013, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE_627543Simples.pdf> Acesso em: 15 abr. 2017

BULOS, Uadi Lamego. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. revista e atualizada de acordo com a emenda constitucional 83/2014. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**, 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial, volume 1: direito de empresa**, 16. ed. São Paulo : Saraiva, 2012.

_____, Fábio Ulhoa. **Princípios do Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2015

DIAS, Caroline S. Artigo: **O Regime do SIMPLES FEDERAL**, in Revista Dialética de Direito Público, volume 54

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, volume 8: Direito de Empresa. 2 ed.reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009

FERRAJOLI, Luigi: **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 20119.

GRAU, Eros Roberto. **Da Ordem Econômica e Financeira**. In CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição Do Brasil**. 1. ed. 4ª tiragem São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martin Claret, 2006

KARKACHE, Sergio. **A Aplicação Do Princípio Da Capacidade Contributiva às Pessoas Jurídicas no Brasil** in:Revista Virtual da AGU Ano VIII nº 77, de junho de 2008, disponível em <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/79754 > Acesso em: 2 abr. 2017.

_____, Sergio. **Princípio do tratamento favorecido: o direito das empresas de pequeno porte a uma carga tributária menor**. Curitiba, UFPR, 2010.

MACHADO, Hugo de Britto. **Curso de Direito Tributário**, 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MARTINS, Sérgio P. **Manual de Direito Tributário**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MELCHOR, Paulo. **Lei Geral das Microempresas e das empresas de pequeno porte Lei complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006**. Edição revisada e atualizada pela lei complementar 127/2007 e lei complementar 128/2008. Sebrae.

MENDES, Gilmar F, BRANCO, Paulo G. G. B. **Curso de Direito Constitucional**, 10. ed. ver. e atual. São Paulo. Saraiva, 2015.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SEGUNDO, Hugo de B. Machado. **Comentários ao Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte: lei complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006**. São Paulo: Atlas, 2007

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38. ed. revista e atualizada até a Emenda Constitucional nº 84 de 2.12.2014. São Paulo: Malheiros, 2015.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**, 17. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

O VÍCIO DE DECORO PARLAMENTAR NA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 41/2003

Daiana Schuh¹

Cassio Andrei Vargas Furlan²

Recebido em: 30 jul. 2018

Aceito em: 01 out. 2018

Resumo: O presente artigo visa elaborar um entendimento sobre a constitucionalidade da Emenda Constitucional Nº 41/2003, que trata da Reforma da Previdência. O objetivo geral da pesquisa é investigar a situação política brasileira e a falta de decoro parlamentar e a compra de votos na aprovação de Emendas Constitucionais. São objetivos específicos: analisar como a consequente falta de decoro pode influenciar no processo legislativo; esmiuçar acerca da supremacia da constituição bem como o controle de constitucionalidade das leis; e constatar a possibilidade, em caso de comprovação da compra de votos e o reconhecimento da inconstitucionalidade por vício de decoro parlamentar, qual será o posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Num primeiro momento, conclui-se que diante dos vícios, além de ser desrespeitado o §1º do Art. 55 da Constituição Federal que trata do comportamento exigido aos representantes do povo, também foram golpeados princípios constitucionais da moralidade pública e da soberania popular, pois prevaleceram interesses individuais aos dos mandatários do processo legislativo, que é o povo.

Palavras-chave: Constitucionalidade; Emenda constitucional 41/2003; Supremo Tribunal Federal.

THE ADDITION OF DECORUM PARLAMENTAR IN THE CONSTITUTIONAL AMENDMENT Nº 41/2003

Abstract: This article aims to elaborate an understanding on the constitutionality of Constitutional Amendment No. 41/2003, which deals with Pension Reform. It is presented as a monograph meeting the mandatory requirement to obtain a Bachelor of Law degree from UNIARP - Alto Vale University of Rio do Peixe. The general objective of the research is to investigate the Brazilian political situation and the lack of parliamentary decorum and the purchase of votes in the approval of Constitutional Amendments. Specific objectives are: to analyze how the consequent lack of decorum can influence the legislative process; to think about the supremacy of the constitution as well as the control of the constitutionality of laws; and to verify the possibility, in case of proof of the purchase of votes and the recognition of unconstitutionality por vice of parliamentary decorum, what will be the position of the Federal Supreme Court.

KEY WORDS: Constitutionality; Constitutional amendment 41/2003; Federal Court of Justice.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo apresenta como tema a inconstitucionalidade de lei por vício de decoro

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

² Professor Direito – Uniarp – Caçador-SC. Email cassiofurlan@yahoo.com.br.

parlamentar. Em tempos de crise política, abordar-se-á como tema principal a falta de decoro parlamentar na aprovação da Emenda Constitucional nº 41/03, qual tem por seu conteúdo a Reforma da Previdência, principalmente, no que tange ao esquema denominado “mensalão”, onde membros do Congresso Nacional recebiam dinheiro da base aliada do Governo em troca de votos para a aprovação, que restou configurada na Ação Penal 470.

A pesquisa justifica-se, visto que, apesar de não ter previsão legal, objetiva-se o possível reconhecimento da inconstitucionalidade por vício de decoro parlamentar e a modulação dos seus efeitos no controle concentrado de constitucionalidade. Por não ter previsão legal sobre o tema, tal estudo contará com uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial que analisará o controle de constitucionalidade vigente no regramento jurídico brasileiro, histórico, conceito, modulação dos efeitos e o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto.

O objetivo geral é verificar a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal reconhecer a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 41/2003, que trata da reforma da previdência, por conter vício de decoro parlamentar. Pois a compra de votos no Congresso Nacional é reversa ao decoro parlamentar, também fere com os princípios constitucionais na moralidade pública e da soberania popular.

São objetivos específicos: Analisar o contexto político atual e conseqüentemente como a falta de decoro parlamentar pode comprometer o processo legislativo, ferindo com os princípios constitucionais da ética, da moralidade e da representatividade popular; esmiuçar acerca da Supremacia Constitucional, bem como as formas de controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico vigente; e por fim, averiguar sobre a compra de votos na aprovação da Emenda Constitucional 41/03 que versa sobre a Reforma da Previdência, bem como a modulação dos seus efeitos se eventualmente sua inconstitucionalidade for reconhecida perante o Supremo Tribunal Federal, objetivando garantir a segurança jurídica dos últimos 15 anos.

2 ÉTICA NA POLÍTICA

Em um conceito básico, nos dizeres de Aurélio Buarque de Holanda, Ética nada mais é que “o estudo dos juízos de apreciação que se referem a conduta humana suscetível de qualificação do ponto de vista do bem e do mal, seja relativamente à determinada sociedade, seja de modo absoluto.”³

³ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio século XXI**: o minidicionário da língua portuguesa. 5.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001. p,1.

Importante mencionar que nem sempre a moral tem ligação com a ética. As pessoas seguem as normas morais que regem a sociedade, sendo elas as religiosas, jurídicas e políticas. São elas que norteiam a formação social definindo as condutas humanas aceitáveis.⁴

Segundo disposto no livro A República deve ser feita uma distinção:

O “ser Justo” e o “parecer justo”. Para tanto Platão propõe uma mudança de perspectiva: que se deixe de considerar este ou aquele homem justo, esta ou aquela lei ou constituição justa e se passe a pensar no que seria a cidade justa em geral. Será a partir da perspectiva da Cidade justa, ideal, que se poderá distinguir o que é justo do que apenas parece justo.⁵

Para Marilena Chauí, necessário se faz que o indivíduo tenha consciência sobre seus atos, que reconheça a diferença entre “o bem e o mal, certo e errado, permitido, virtude e vício”. E a partir de então, quando adquirir a consciência moral o indivíduo será capaz de julgar os atos e valores em conformidade com os valores morais, tornando-se responsável pelas suas ações e as consequências de suas ações. Sendo imprescindível a presença da consciência e da responsabilidade para uma vida ética.⁶

Ainda persevera “é sujeito ético moral somente aquele que sabe o que faz, e conhece as causas e os fins de sua ação, o significado de suas intenções e de suas atitudes e a essência dos valores morais.”⁷

O que se percebe é que a corrupção está intrínseca na política, onde os representantes legitimados agem em desconformidade com os padrões éticos. São apenas promessas não cumpridas, corrupção, má utilização ou desvio de dinheiro público, desonestidade, compra de votos e abuso de poder.⁸

3 DO PODER LEGISLATIVO

A estrutura do Poder Legislativo, é operada através do Congresso Nacional pelo sistema bicameral composto pela Câmara dos Deputados e o Senado Federal. A função legislativa típica é exercida através dos atos normativos que instituem direitos e criam obrigações. Tal competência está

⁴ ADEODATO, João Maurício. **Preparando a modernidade: Ética, jusnaturalismo e positivismo**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, Biblioteca Digital Saraiva. Disponível em: central-usuario.editorasaraiva.com.br/leitor/epub:2203. Cap.6. p.1

⁵ RAMOS, Flamarion Caldeira; MELO.Rurion; FLATESCHI. Yara. **Manual de filosofia política**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. Biblioteca Digital Saraiva. Disponível em: central-usuario.editorasaraiva.com.br/leitor/epud:161741. Cap.1. p.1

⁶ CHAUÍ, Marilena. **Convite a filosofia**. Ávita: São Paulo. 2000. cap.5.p.436

⁷ CHAUÍ, Marilena. **Convite a filosofia**. p. 438

⁸ PÉCOR, Antônio Alcir Bernárdez. **Política do céu (Anti-Maquiável)** In: NOVAES. Aduino (Org.). Ética. p, 185.

regulada pelo artigo 59 da Constituição Federal que dispõe:

Art.59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

I-emendas à constituição;

II-leis complementares;

III-leis ordinárias;

IV-leis delegadas;

V-medidas provisórias;

VI-decretos legislativos;

VII-resoluções.

Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.⁹

Sobre as Casas parlamentares, segundo Lenza “no exercício de suas atribuições deliberam por meio de votação, que poderá ser secreta ou ostensiva, ou seja, pública, por meio do voto aberto, prestigiando neste último caso, a transparência que deve orientar a atuação dos representantes do povo”.¹⁰

4 DO DECORO PARLAMENTAR

Na opinião de Jose Afonso da Silva “o exercício do mandato decorre de poderes que a Constituição confere ao representante, que lhe garante autonomia da vontade, sujeitando apenas aos ditames de sua consciência”. De modo que sua consciência deve ter como vetor norteador sua condição de detentor de um poder que lhe foi legitimamente outorgado pela soberania popular, uma vez que todo o poder emana do povo.¹¹

O Código de Ética e Decoro Parlamentar visa estabelecer os princípios regenciais éticos e as regras básicas de decoro e que devem nortear a conduta dos parlamentares no exercício do cargo de deputado federal, além de trazer o procedimento disciplinar e as penalidades aplicáveis no caso de descumprimento das normas relativas ao decoro parlamentar.¹²

Já nos artigos 4º e 5º do Código de Ética da Câmara dos Deputados, através da Resolução nº 17 de 1989, traz elencado os atos incompatíveis com o decoro parlamentar, podendo os mesmos serem punidos com a perda do mandato, o abuso das prerrogativas constitucionais abordadas no art. 55 § 1º da Constituição de 1988, a percepção de vantagens indevidas, a celebração de acordo que tenha por

⁹BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. . Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 5 out 2017. p. 1

¹⁰ LENZA. Pedro. Direito constitucional esquematizado. **Direito constitucional esquematizado**. 31.ed. São Paulo: Saraiva, 2017 p.566

¹¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 125.

¹²BRASIL. BRASIL. **Código de ética e decoro parlamentar**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 out 2017. p. 1

objeto a posse de suplente, condicionando-a a contraprestação financeira ou prática de atos contrários aos deveres éticos ou regimentais dos deputados, a fraude do regular andamento dos trabalhos legislativos para alterar o resultado das decisões, a omissão intencional de informação relevante, a perturbação nas sessões e reuniões da Câmara, a prática de atos que infrinjam as regras de boa conduta nas dependências da Casa (...).¹³

O Supremo Tribunal Federal tem se posicionado no seguinte sentido “se recusando a reavaliar a motivação que levou a Casa Legislativa a cassar o parlamentar por falta de decoro parlamentar, embora controle a observância de garantias formais, como a da ampla defesa”.¹⁴

Entretanto, reconhecer que o processo de cassação trata-se apenas de questões políticas perpassa interesses coletivos como a democracia, liberdade de voto que é exercido pela soberania popular e as eleições livres. A questão é que se o mandato for controlado pelo Judiciário, defenderá não apenas os interesses do parlamento mas de toda a democracia, pois através de jogos de conveniência podem ser expulsos parlamentares sem justa causa e permanecer no poder aquele que deveria ser cassado. Assim, tal poder exercido pelo Poder Judiciário pode preservar a vontade popular.¹⁵

5 A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

Para aprofundar no assunto constitucional, importante mencionar acerca da Supremacia da Constituição frente às leis infraconstitucionais. Para tanto, abaixo algumas definições que visam elucidar dúvidas sobre essa temática. Nas palavras de José Afonso da Silva, dizer que a Constituição é dotada de supremacia é dizer que trata-se de:

[...] pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito político, que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas.¹⁶

A Constituição encontra-se no topo do ordenamento jurídico, não sendo permitida a sua

¹³ BRASIL. **Código de ética e decoro parlamentar**. p.1

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva. 2017. p. 972

¹⁵BIM, Eduardo Fortunato. A cassação de mandato por quebra de decoro parlamentar. Sindicabilidade jurisdicional e tipicidade. **Revista de informação legislativa**. Brasília. a. 43 n. 169 jan./mar.2006. Disponível em:< www12.senado.leg.br/ril/edicoes/43/169/ril_v43_n169_p65.pdf>. Acesso em: 1 nov. 2017.p.70

¹⁶SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.p. 45

elaboração ou alteração assim como nas leis comuns, por se tratar de uma norma máxima seu procedimento deve ser mais solene e dificultoso, tornando-a assim, rígida e soberana. Porém, quando são inseridas no ordenamento jurídico normas incompatíveis, formal ou materialmente com a Constituição, ela própria estabelece técnica especial, denominada de controle de constitucionalidade das leis.¹⁷

No controle de constitucionalidade concentrado a declaração de inconstitucionalidade se dá de modo principal sendo o pedido formulado na ação que resta configurada na própria afronta a Constituição Federal, seja ela formal ou material. Consoante ensinamento de Paulo Bonavides:

O sistema de controle por via da ação permite que o controle na norma in abstrato por meio de uma ação de inconstitucionalidade prevista formalmente no texto constitucional. Trata-se, como se vê, ao contrário da via da exceção, de um controle direto. Nesse caso, impugna-se perante o determinado tribunal uma lei, que poderá perder sua validade constitucional e consequentemente pode ser anulada *erga omnes* (para todos).¹⁸

O controle concentrado de constitucionalidade é efetivado através da Ação Direta de inconstitucionalidade Genérica (ADI) com base legal no art. 102, I, "a" da CF/88 com regulamentação na Lei nº 9.868/99, sendo competente para sua apreciação, somente o Supremo Tribunal Federal, através de um processo objetivo que não tem por intuito tutelar casos concretos, diferentemente do que acontece no controle difuso de constitucionalidade.¹⁹

Sobre os efeitos da decisão no controle concentrado, segundo entendimento de Pedro Lenza em regra “produzirá efeitos contra todos, ou seja, *erga omnes*, e também terá efeito retroativo, *ex tunc* retirando do ordenamento jurídico o ato normativo ou lei incompatível com a Constituição. No entanto, vislumbrando a garantia da segurança jurídica o Supremo Tribunal Federal, pode realizar a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade, onde seus efeitos serão postergados somente para depois da decisão.²⁰

6 INCONSTITUCIONALIDADE DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 41/2003 POR VÍCIO DE DECORO PARLAMENTAR

Para que seja realizada a introdução de normas novas no ordenamento jurídico

¹⁷BULOS. Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8.ed. São Paulo. Saraiva, 2014 . p. 131.

¹⁸BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 24.ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 307

¹⁹BULOS. Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. p. 254

²⁰LENZA. Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. p. 388

pátrio, a própria Constituição Federal estabelece em seu texto o caminho a ser seguido para que a norma mantenha-se congruente com a realidade. Visando a garantia do texto maior, respeitando a sua supremacia os mecanismos utilizados para alteração são as emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções.²¹

6.1 O ESQUEMA DE CORRUPÇÃO DENOMINADO MENSALÃO

Para dar início ao tema, importante citar uma frase da filósofa russo-americana Ayn Rand (judia fugitiva da revolução russa, que chegou aos Estados Unidos na metade da década de 1920), mostrando uma visão com conhecimento de causa:

Quando você perceber que, para produzir, precisa obter a autorização de quem não produz nada; quando comprovar que o dinheiro flui para quem negocia não com bens, mas com favores; quando perceber que muitos ficam ricos pelo suborno e por influência mais que pelo trabalho, e que as leis não nos protegem deles, mas, pelo contrário, são eles que são protegidos de você; quando perceber que a corrupção é recompensada, e a honestidade se converte em auto sacrifício; então poderá afirmar, sem temor de errar, que sua sociedade está corrompida.²²

Em tempos de crise política, muito tem se ouvido falar no esquema “mensalão”, que adveio de um esquema de compra de votos no Congresso Nacional, para a aprovação de emendas constitucionais, tal fato foi deflagrado no primeiro mandato do Presidente Luís Inácio Lula da Silva.²³

O Partido dos trabalhadores almejava um projeto para manutenção no poder que adivinha de uma coalizão entre o partido e alguns representantes no Congresso Nacional. A amplitude do esquema conduziu a intensificação da corrupção no País. Este modelo de coalizão retrataria a forma de governar do PT, onde ao longo dos anos alimentou mecanismos para sustentação no poder; aparelhamento da máquina estatal; negociação em torno das deliberações das emendas orçamentárias; bem como o pagamento ilegal de recompensas financeiras em troca de apoios no Congresso Nacional.²⁴

Segundo depoimento de Roberto Jefferson:

Deputados da base aliada do Partido dos Trabalhadores recebiam uma “mesada” de R\$30 mil para votarem segundo as orientações do governo. Esses parlamentares, os “mensaleiros”,

²¹ BONAVIDES. Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 212

²² RIBEIRO. Antônio Silva Magalhaes. Do autoritarismo à democracia: continuidade e mudanças da corrupção política no Brasil após a redemocratização. Lisboa 2015. Disponível em: <https://www.repository.utl.pt/bitstream/10400.5/11268/1/TD-ASMR-2015.pdf>. Acesso em 22 fev 2017. p.1

²³ LENZA. Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. p. 256

²⁴ RIBEIRO. Antônio Silva Magalhaes. Do autoritarismo à democracia: continuidade e mudanças da corrupção política no Brasil após a redemocratização. p.246

seriam do Partido Liberal (PL), Partido Progressista (PP), Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB) e do próprio Partido Trabalhista Brasileiro (PTB). Um núcleo seria responsável pela compra de votos e também pelo suborno por meio de cargo de empresas públicas. José Dirceu, Ministro da Casa Civil na época, foi apontado como chefe do esquema. Delúbio Soares, tesoureiro do PT, era quem efetuava o pagamento aos “mensaleiros”. Com o dinheiro em mãos, o grupo teria saldado dívidas do PT e gastos com campanhas eleitorais.²⁵

Partindo desse pressuposto, faz-se uma análise sobre a constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 41/2003, que versa sobre a Reforma da Previdência e ficou caracterizada por conter um vício de compra e venda de votos no processo legislativo que resultou a Ação Penal nº470 que culminou, segundo decisão judicial, na participação de 7 parlamentares da base aliada. Assim, toda a reforma estaria condenada pelo vício da inconstitucionalidade formal, ou como ousaria dizer Pedro Lenza, tal emenda estaria maculada pelo vício de decoro parlamentar?²⁶

6.2 A POSSIBILIDADE DO STF RECONHECER A INCONSTITUCIONALIDADE DA EMENDA CONSTITUCIONAL 41/2003 PO VÍCIO DE DECORO PARLAMENTAR

É competência do Supremo Tribunal Federal desempenhar o papel de guardião da Constituição, tendo por designo preservar a harmonia do ordenamento jurídico, retirando normas eivadas de vícios que vão de encontro com a Carta Magna vigente, realizando assim, o controle concentrado de constitucionalidade das leis, conforme disposição do art. 102 da CRFB/88.²⁷

Uma vez, ficando caracterizada a compra de votos dos membros do Congresso Nacional, manifestando-se a favor da base aliada do governo na aprovação de emendas, tal atitude é reversa ao decoro parlamentar maculando o processo legislativo, ensejando margem a alegação de inconstitucionalidade de lei por vício de decoro parlamentar, pois decorre de violações ao princípio da moralidade, da soberania popular, da representatividade e do Estado Democrático.²⁸

Para o doutrinador Pedro Lenza, tal emenda deve ser considerada inconstitucional, visto que, segundo a interpretação do art. 55 em seu §1º, “é incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no Regimento Interno, o abuso de prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas”. Pois havendo parlamentares condenados por

²⁵ JUNIOR, Policarpo. O homem chave do PTB. **Revista Veja**, nº 1.905, de 18 de maio de 2005. Disponível em: <https://arquivoetc.blogspot.com.br/2005/05/o-homem-chave-do-ptb.html>. p.1

²⁶ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. p. 256

²⁷ MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 23.ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 551

²⁸ CARVALHO, Emmanoel Ferreira. Controle judicial de constitucionalidade por vício de decoro parlamentar: o caso mensalão. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 111, abr 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13065&revista_caderno=9>. Acesso: 26 fev 2018.p.1

corrupção, macula a essência do voto e a representatividade popular.²⁹

Em contrapartida, Luiz Flávio Gomes, apesar de assentir a possibilidade da inconstitucionalidade de lei por vício de decoro parlamentar, no caso da Emenda Constitucional 41/2003 posicionou-se em sentido diverso sob a alegação não é prova suficiente para que a inconstitucionalidade da emenda seja reconhecida, pois, o número de parlamentares que foram condenados na AP 470 foi inferior ao número de parlamentares que aprovaram a EC 41/2003, desta forma, não se poderia constatar com clareza se todos os votos foram movidos pelo esquema de corrupção.³⁰

A primeira decisão no sentido de considerar a Emenda Constitucional nº 41/2003 inconstitucional foi prolatada pelo juiz da 1ª Vara da Fazenda e Autarquias de Belo Horizonte na qual anulou os efeitos da Reforma Previdenciária devolvendo a pensionista o valor do benefício na sua integralidade, justificando que a referida reforma, era inconstitucional por ter sido fruto da aprovação de parlamentares que se venderam, da qual resultou a diminuição de direitos previdenciários de servidores e a privatização de parte do sistema público de seguridade.³¹

Todavia, tal decisão produziu apenas efeito entre as partes, e posteriormente veio a ser reformada em segunda instância, sendo fundamentada pela Desembargadora Sandra Fonseca, relatora da Apelação Cível de nº 10024.12.129593-5/001.³²

Após tais posicionamentos, mantem-se a dúvida, é necessário a comprovação numérica dos Deputados corrompidos e tal número deve interferir significativamente na votação ou a mácula no processo legislativo se configura com qualquer ato que fira com o decoro previsto no art.55 da CFRB/88.

Conforme decisão prolatada pelo Juiz de Minas Gerais, que utilizou da teoria dos frutos da árvore envenenada, tal entendimento poderia se amoldar ao caso, visto que, sete parlamentares foram condenados na Ação Penal nº 470, pois teriam contaminado todo o processo legislativo de votação do Projeto de Emenda Constitucional nº 40/2003.³³

²⁹ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. p. 255-256

³⁰ GOMES, Luiz Flávio. Leis aprovadas enquanto houve mensalão são inconstitucionais? Disponível em <http://www.gazetadopovo.com.br/vidapublica/justica-direito/artigos/conteudo.phtml?id=1318181>. Acesso em: 26 fev 2018, p 1.

³¹ SANCHES, Nara Lima. Inconstitucionalidade por vício de decoro parlamentar. São Paulo, 2013. Disponível em: <https://cepein.femanet.com.br/BDigital/arqTccs/0911300661.pdf>. p.41

³² BRASIL. **Supremo Tribunal de Justiça**. Apelação Cível nº 1.0024.12.129593-5/001. Minas Gerais. 06/05/2014. Disponível em: < <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/120459069/apelacao-civel-ac-10024031822265001-mg/inteiro-teor-120459119?ref=juris-tabs#>> acesso em: 23 abr 2018. p.1

³³ PEREIRA, Ricardo. A ação penal 470 e a emenda constitucional nº 41: Aspectos controvertidos de uma nova espécie

Contudo, a maioria dos doutrinadores, bem como o Supremo Tribunal Federal já vem se posicionando no sentido de que, mesmo que se considere que os sete parlamentares agiram de má-fé, maculando o processo legislativo que culminou na aprovação da EC nº 41/2003, caso fossem descartados os votos destes deputados ainda assim a emenda teria sido aprovada, visto que, a base parlamentar do governo era majoritária sendo a bancada governista composta por 372 deputados.³⁴

6.3 EFEITOS DA DECISÃO

Segundo Alexandre de Moraes, quando uma lei ou ato normativo é declarado inconstitucional sua decisão terá efeitos retroativos (*ex tunc*) e para todos (*erga omnes*), portanto, desfaz-se o ato inconstitucional desde a sua origem, bem como todas as consequências que dela derivaram, em virtude de que todos os atos inconstitucionais tornam-se nulos, ficando assim, desguarnecidos de qualquer carga de eficácia jurídica, alcançando inclusive atos pretéritos praticados com base nela.³⁵

Assim, caso o Supremo Tribunal Federal reconheça a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 41/2003, tal decisão retroagirá a data que principiou a emenda, excluindo-a do ordenamento jurídico além de ensejar os demais efeitos. Diante disto, o STF utiliza a expressão efeito repressinatório (cf. ADI 2.215/PE, medida cautelar, rel. Min. Celso de Mello, inf. 224/STF) da declaração de inconstitucionalidade, visto que, “se a lei é nula, ela nunca teve eficácia. Se nunca teve eficácia, nunca revogou nenhuma norma. Se nunca revogou nenhuma norma, aquela que teria sido supostamente revogada continua tendo eficácia”.³⁶

Contudo, segundo ensinamento de Barroso, existem circunstâncias em que visando a garantia da segurança jurídica do Estado, pode o STF restringir os efeitos da decisão, não atribuindo efeito retroativo, fazendo com que tal decisão passe a incidir apenas a partir do trânsito em julgado ou que fixe apenas para que comece operar apenas em algum momento no futuro, garantido uma sobrevida à norma.³⁷

Imprescindível, no caso em análise, que caso haja o reconhecimento da inconstitucionalidade da Emenda Constitucional 41/2003, seja utilizada a possibilidade de modulação dos efeitos temporais da decisão proferida em controle concentrado de constitucionalidade, com o designo de garantir o

de inconstitucionalidade. Florianópolis 2013. p. 59

³⁴ PEREIRA, Ricardo. A ação penal 470 e a emenda constitucional nº 41: Aspectos controvertidos de uma nova espécie de inconstitucionalidade. p. 59

³⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.763

³⁶ PEREIRA, Ricardo. A ação penal 470 e a emenda constitucional nº 41: Aspectos controvertidos de uma nova espécie de inconstitucionalidade. p. 73

³⁷ BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 210

resguardo dos princípios constitucionais do interesse social, da adequação, primando pela segurança jurídica.³⁸

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Haja visto que a Carta Magna vigente possui hierarquia sobre as demais normas, visando a garantia de sua eficácia é necessário a aplicação de um sistema de controle de constitucionalidade das leis face as demais normas do ordenamento jurídico. A supremacia da Constituição é vista através da sua rigidez, porquanto, para sua alteração necessário se faz um processo mais solene e dificultoso. Tal supremacia conduz ao controle de constitucionalidade das leis e atos normativos do poder público onde são verificados os requisitos de formalidade e materialidade do ato produzido, bem como, sua compatibilidade com a lei maior.

Foi possível observar, que nas relações interinstitucionais entre os poderes Executivo e Legislativo, na qual foi viabilizada a coalizão governamentista, foram realizadas através de decisões administrativas com aparência de legalidade por meio do aparelhamento da máquina estatal e a liberação de emendas orçamentárias, como também por meio de ações ilegais, com o pagamento à parlamentares em troca de votos nas casas legislativas.

Ante o exposto, verifica-se ser necessária a preservação do decoro parlamentar no sentido da atuação dos representantes do povo dentro do Congresso Nacional, sempre voltados à ética e moral para a manutenção da entidade estatal. O que pode-se perceber, em verdade, é que houve uma crise de lei oriunda da crise institucional dentro, não somente, do Congresso Nacional, mas de várias instituições públicas, motivo pelo qual se fez necessário o presente trabalho, a questão é: seria possível o controle de constitucionalidade de leis sob a alegação de que estas estão maculadas pelo vício de decoro parlamentar?

Diante das pesquisas bibliográficas realizadas para a elaboração deste artigo, verifica-se necessário que se busque a invalidade da Reforma da Previdência na busca pela justiça social, bem como, a dignidade da pessoa humana. Tal norma deve ser declarada inconstitucional por conter mácula no processo legislativo que a originou. Porém, o Supremo Tribunal Federal pode resguardar

³⁸ PEREIRA. Ricardo. A ação penal 470 e a emenda constitucional nº 41: Aspectos controvertidos de uma nova espécie de inconstitucionalidade. p. 76

os seus efeitos para o momento ideal onde o Congresso Nacional legisle sobre uma nova lei para a Reforma da Previdência. Com o objetivo máximo de resguardar a segurança das relações jurídicas dos últimos 15 anos.

8 REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Preparando a modernidade: Ética, jusnaturalismo e positivismo**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, Biblioteca Digital Saraiva. Disponível em: central-usuario.editorasaraiva.com.br/leitor/epub:2203

ARISTÓTELES, **Ética a nicômaco**. São Paulo: Martin Claret. 2000

BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009

BIM, Eduardo Fortunato. A cassação de mandato por quebra de decoro parlamentar. Sindicabilidade jurisdicional e tipicidade. **Revista de informação legislativa**. Brasília. a. 43 n. 169 jan./mar.2006. Disponível em: < www12.senado.leg.br/ri/edicoes/43/169/ri_v43_n169_p65.pdf

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 24.ed. São Paulo: Malheiros, 2009

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>

_____. **Código de ética e decoro parlamentar**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>

_____. **Supremo Tribunal de Justiça**. Apelação Cível nº1.0024.12.129593-5/001. Minas Gerais. 06/05/2014. Disponível em: < <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/120459069/apelacao-civel-ac-10024031822265001-mg/inteiro-teor-120459119?ref=juris-tabs#>>

BULOS. Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8.ed. São Paulo. Saraiva, 2014

CARVALHO, Emmanoel Ferreira. Controle judicial de constitucionalidade por vício de decoro parlamentar: o caso mensalão. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 111, abr 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13065&revista_caderno=9>

CHAUÍ, Marilena. **Convite a filosofia**. Ávita: São Paulo. 2000

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio século XXI: o minidicionário da língua portuguesa**. 5.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001

GOMES. Luiz Flávio. Leis aprovadas enquanto houve mensalão são inconstitucionais? Disponível em <http://www.gazetadopovo.com.br/vidapublica/justica-direito/artigos/conteudo.phtml?id=1318181>

JUNIOR, Policarpo. O homem chave do PTB. **Revista Veja**, nº 1.905, de 18 de maio de 2005.

Disponível em: <https://arquivoetc.blogspot.com.br/2005/05/o-homem-chave-do-ptb.html>

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. **Direito constitucional esquematizado**. 31.ed. São Paulo: Saraiva, 2017

MARQUES, Matheus Ferreira. A possibilidade do controle de constitucionalidade de normas por vício de decoro parlamentar. *Direito e democracia*. v.14, n.2, jul./dez. 2013. Disponível em:p.1

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva. 2017

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 23.ed. São Paulo: Atlas, 2008

PÉCORA, Antônio Alcir Bernárdez. **Política do céu (Anti-Maquiável)** In: NOVAES, Aduino (Org.). *Ética*

PEREIRA, Ricardo. A ação penal 470 e a emenda constitucional nº 41: Aspectos controvertidos de uma nova espécie de inconstitucionalidade

RIBEIRO, Antônio Silva Magalhaes. *Do autoritarismo à democracia: continuidade e mudanças da corrupção política no Brasil após a redemocratização*. Lisboa 2015. Disponível em: <https://www.repository.utl.pt/bitstream/10400.5/11268/1/TD-ASMR-2015.pdf>.

SANCHES, Nara Lima. *Inconstitucionalidade por vício de decoro parlamentar*. São Paulo, 2013. Disponível em: <https://cepein.femanet.com.br/BDigital/arqTccs/0911300661.pdf>

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007

LISTISCONSÓRCIO E INTERVENÇÃO DE TERCEIROS NAS MODALIDADES DE ASSISTÊNCIA SIMPLES E LITISCONSORCIAL

Rosilene Pereira Tomazini¹
Ivonete Moreira²

Recebido em: 24 ago. 2018
Aceito em: 01 out. 2018

Resumo: Pretende-se com o presente artigo abordar uma breve análise sobre dois temas, Litisconsórcio e as modalidades de Intervenção de Terceiros como da Assistência Simples e Litisconsorcial. A abordagem destes temas será embasada no Código do Processo Civil, e em pesquisas realizadas nas opiniões de alguns doutrinadores. De início para entender o tema, primeiro é necessário esclarecer o que vem a ser litisconsórcio, citando as relevâncias e conseqüências que atingem nos resultados das sentenças. Logo após, será apresentado um estudo nas modalidades de Intervenção de Terceiros como a assistência simples e litisconsorcial; também de suma importância, uma vez que a decisão de determinadas lide impelidas a juízo podem comprometer terceiros que não estão participando deste processo, os quais poderão ser convocados a fazerem partes do mesmo, principalmente auxiliando as tomadas de decisões de todos os envolvidos no processo.

Palavras-chave: Litisconsórcio, Intervenção de Terceiros, Assistência Simples e Litisconsorcial.

LYSTISCONSORATION AND INTERVENTION OF THIRD PARTIES IN SIMPLE AND LITISCONSORTIAL ASSISTANCE MODALITIES

Abstract: Intend with this present article approach a brief analysis about two themes, Litisconsórcio and the strategies of Intervention of third parties and of simple assistance and litisconsorcial. The approach of these themes will be based in a Code of Civil Procedure, and in researches made in opinions of some indoctrinators. To understand the theme, first is necessary clarify what is Litisconsórcio, quoting the relevancy and consequences that results in the sentences. Right after that, will be presented a study about strategies of Intervention of third parties and of simple assistance and litisconsorcial; with major importance as well, cause once the decision of certain legal proceedings may jeopardize third parties who are not participating in this proceeding, who can be selected to join the proceeding, mainly supporting the decisions-making.

Keywords: Litisconsórcio, The Strategies, Third Parties, Simple Assistance, litisconsorcial Assistance.

1 INTRODUÇÃO

O trabalho em comento aborda conceito de Litisconsórcio e as modalidades de Intervenção de Terceiros no Código de Processo Civil como tema proposto em relação à assistência simples e

¹ Graduanda do Curso de Direito da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe Caçador/SC.

² Bacharel em direito, Mestre em Desenvolvimento e Sociedade pela Universidade Alto Vale do Rio do Peixe – UNIARP. E-mail: ivonete.moreira@uniarp.edu.br.

litisconsorcial. Originalmente o processo tem duas partes, sendo um autor que busca junto ao Poder Judiciário a resolução de um litígio contra um réu.

Mas, tanto o lado do autor quanto o do réu pode conter mais de uma pessoa, esta possibilidade caracteriza o litisconsórcio, ou seja, duas ou mais pessoas no mesmo pólo. Uma das principais características benéficas do litisconsórcio é a economia processual, pois resolve o litígio de vários indivíduos num mesmo processo, o que automaticamente resulta da uniformidade de decisões.

Quanto aos sujeitos, existe o litisconsórcio ativo, passivo e misto, conforme o pólo em que haja mais de uma pessoa. Quanto à sua formação, o litisconsórcio pode ser inicial, quando da propositura da ação e ulterior, quando o ingresso ocorre já na ação em curso. Quanto à obrigatoriedade o litisconsorte poderá ser facultativo ou necessário. No primeiro, pode o juiz limitar o número de pessoas, com o objetivo de garantir o Princípio da Razoável Duração do Processo e a equidade de acesso a todos ao processo. Os efeitos do litisconsórcio podem ser unitário, quando a sentença proferida deva ser igual para todos os integrantes do pólo ativo ou passivo. Será simples quando a sentença determine resultados diferentes ainda que haja mais de pessoa no mesmo pólo.

Pode ocorrer em determinados processos a intervenção de terceiros. Este terceiro é um contra conceito, ou seja, aquele que não é parte. Por interesse próprio, das partes ou do Poder Judiciário, passa a fazer parte do processo. Existem terceiros que participam do processo na condição de assistente, que poderá ser simples, com interesse jurídico próprio diferente da parte a que assiste, mas podendo beneficiar-se juntamente com o assistido e litisconsorcial, com interesse jurídico próprio semelhante ao litisconsorte assistido.

Ainda, o CPC prevê os seguintes tipos de intervenção de terceiros em processo já existente: oposição, quando o terceiro ingressa no processo já existente, requerendo no todo ou em parte a coisa da qual litigam autor e réu, tornando-os litisconsortes necessários no pólo passivo. Sem dúvida, em muitas relações jurídicas terceiras pessoas poderão ser atingidas pela decisão proferida em processo judicial, o que justifica o Instituto da Intervenção de Terceiros, atendendo aos Princípios da Econômica Processual.

2 LITISCONSÓRCIO

Pode-se conceituar Litisconsórcio, do latim *litis + cum + sors*, etimologicamente significa

"os que têm a mesma sorte na lide". Litisconsórcio caracteriza-se pela união de duas ou mais pessoas assumindo simultaneamente a posição de autor ou de réu, ou seja, mais de uma pessoa, podendo ser física ou jurídica dentro do mesmo pólo processual.

Para o novo texto do Código de Processo Civil em relação ao litisconsórcio, o artigo 113 do novo CPC refere-se:

Art. 113 Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando:

I – entre elas houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide;

II – entre as causas houver conexão pelo pedido ou pela causa de pedir;

III – ocorrer afinidade de questões por ponto comum de fato ou de direito.

§ 1º O juiz poderá limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes na fase de conhecimento, na liquidação de sentença ou na execução, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa ou o cumprimento da sentença.

§ 2º O requerimento de limitação interrompe o prazo para manifestação ou resposta, que começará da intimação da decisão que o solucionar.³

A primeira hipótese do artigo 113, Inciso I, sendo aquela que estabelece que o litisconsórcio possa ocorrer quando entre os litisconsortes houver comunhão de direitos ou de obrigações atinentes à mesma relação jurídica de direitos material, o que configura até mesmo uma hipótese de litisconsórcio necessário. *“É o que acontece, por exemplo, quando é deflagrada uma demanda em que o autor busca rever cláusulas contratuais oriundas de um mesmo contrato de locação em que constam dois locadores, já que existe uma obrigação de corrente daquela relação jurídica de direito material afirmada”*⁴.

Já Inciso II do referido artigo, é quando ocorrer conexão (art.55) pelo pedido ou pela causa de pedir. E por fim, Inciso III, é possível diante da ocorrência de afinidades de questões por um ponto comum de fato ou de direito. Como por exemplo, *“de um acidente envolvendo passageiros de uma determinada empresa de ônibus, o que autorizaria que cada um dos passageiros viesse pleitear, isoladamente ou não, o ressarcimento de eventuais danos sofridos, já que há uma afinidade por um ponto em comum de fato, eis que ambos estavam presentes no momento em que ocorreu o evento danoso”*.⁵

Porem há quem entenda que a mera pluralidade de partes no mesmo pólo processual não necessariamente irá caracterizar litisconsórcio e sim mera cumulação subjetivas de demandas, o que não parece ser o mais acertado por não existir, na lei, qualquer ressalva a respeito⁶.

³ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm

⁴ HARTMANN, Rodolfo Kronemberg, Curso Completo do Novo Processo Civil, p.157, 2017

⁵ Ibid, p.157, 2017

⁶ Ibid, p.157, 2017

Segundo doutrinadores:

“Litisconsórcio, etimologicamente, significa consórcio (pluralidade de partes) na instauração da lide; a mesma sorte na lide. Complementa que, admite-se litisconsórcio em qualquer processo ou procedimento, inclusive nas causas da competência dos Juizados Especiais (art. 10 da Lei nº 9.099/95)”. (DONIZETE, web. 2016) ⁷

Para, Gonçalves afirma:

No litisconsórcio não há multiplicidade de processos, mas um processo com mais de um autor ou réu. Todos os litisconsortes e têm iguais direitos. As razões pelas quais a lei o admite são a economia processual e a harmonia dos julgados. Para que ele esse forme é preciso que haja uma certa similitude de situações entre os diversos litisconsortes. Por isso, de todo conveniente que, em vez de dois ou mais processos, a questão seja decidida em apenas um. Além da economia que daí advém, haverá um só julgamento, evitando-se o risco de que sejam proferidas decisões conflitantes.⁸

“O que caracteriza o Litisconsórcio é essa presença simultânea de pessoas que, de alguma forma, adquiriram a qualidade de autores ou réus no mesmo processo (aquisição da qualidade de parte)”.⁹ Complementa:

Para tanto, é indispensável que os co-litigantes guardem certa posição em relação ao objeto do processo, ou seja, da pretensão deduzida em juízo -, seja porque propuseram uma demanda, seja porque em relação a eles a demanda foi proposta e eles vieram a ser citados, ou porque o juiz mandou citá-los como litisconsortes necessários, ou ainda porque o réu os chamou ao processo, ou sucederam alguma das partes, ou intervieram eles próprios, voluntariamente, como litisconsortes.¹⁰

Em se tratando da relação processual possui uma configuração tríplice, ou seja, apresenta três sujeitos: Estado – juiz, autor e réu. Porém, é possível ocorrer uma mudança nesta configuração com a entrada de outros sujeitos na relação processual.

Em todos os casos, o juiz reduzirá o número de litisconsortes. A lei não estabelece um máximo de litigantes, o que devera ser decidido no caso concreto, levando em consideração o tipo de questão posta em juízo, o número de participantes razoável que permita que o processo tenha uma rápida solução, sem trazer prejuízo ao direito de defesa de direito do réu. A limitação pode ser determinada pelo juiz de ofício ou a requerimento do réu. Jamais a pedido do autor, pois foi ele quem propôs a demanda. ¹¹

O Litisconsórcio pode ser classificado em quatro formas: quanto à posição, quanto à sua formação, quanto ao regime de tratamento dos litisconsortes, e quanto ao momento de sua formação.

⁷ DONIZETTI, Elpidio, Litisconsórcio no Novo CPC: Conceito, classificação e hipóteses de cabimento, publicado em 11 de Maio de 2016

⁸ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios, Novo Curso de Direito Processual Civil, volume 1: Teoria Geral e Processo de Conhecimento (1ª parte), 2016, CapII

⁹ DINAMARCO, Candido Rangel, Litisconsórcio, 1995, p.40

¹⁰ Ibid., p.40

¹¹ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios, Novo Curso de Direito Processual Civil, volume 1, Biblioteca Saraiva. Teoria Geral e Processo de Conhecimento (1ª parte), , Cap. II.2016

Quanto à sua posição, o litisconsórcio pode ser ativo, passivo ou misto.

Ocorre litisconsórcio ativo quando, em um processo, houver diversos autores demandando em face de somente um réu. Enquanto que, litisconsórcio passivo quando somente um autor demanda em face de vários réus. E, há litisconsórcio misto quando diversos autores demandarem em face de diversos réus.

Na sua formação, o litisconsórcio pode ser necessário ou facultativo. O litisconsórcio necessário decorre de imposição legal (como na ação de usucapião) ou da natureza da relação jurídica (como em uma ação de anulação de casamento). Nesta hipótese, impõe-se a presença de todos os litisconsortes. A ausência de algum deles resulta na falta de legitimidade dos que estiverem presentes e na extinção do processo sem resolução de mérito.

O litisconsórcio facultativo é aquele que se forma em função da pretensão de quem propõe a demanda. Neste caso, a formação do litisconsórcio não é obrigatória. Já o necessário decorre da imposição legal ou de natureza jurídica. Conforme descrito no artigo 113, como já citado, a lei não impõe a formação do litisconsórcio facultativo, que fica subordinado à vontade das partes. Entretanto, o necessário é formado por força de determinação legal, em que a sentença proferida depende de que todas as pessoas legitimadas estejam no processo.

Na falta em relação à participação de um litisconsorte necessário, quando este não é citado, a condição da sentença será conforme:

Art. 115. A sentença de mérito, quando proferida sem a integração do contraditório, será:
I - nula, se a decisão deveria ser uniforme em relação a todos que deveriam ter integrado o processo;
II - ineficaz, nos outros casos, apenas para os que não foram citados¹².

O “Artigo 116. O litisconsórcio será unitário quando, pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir o mérito de modo uniforme para todos os litisconsortes”.¹³

“Ou seja, havendo a ausência de citação do litisconsorte no Litisconsórcio Necessário Unitário a sentença será nula; se ausente no Litisconsórcio Necessário Simples será ineficaz”.¹⁴

Quanto ao regime de tratamento dos litisconsortes, são o litisconsórcio unitário e litisconsórcio simples.

¹² Ibid, cap. II, 2016

¹³ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm

¹⁴ RIBEIRO e TROMBETA, web, 2015

No Litisconsórcio Unitário, a decisão de mérito deve ser a mesma pra todos, que serão tratados de maneira uniforme. Várias pessoas são tratadas como apenas uma, segundo o artigo 116 do CPC citado acima, ou seja, os litisconsortes discutem uma única relação jurídica, e esta relação é indivisível. Quanto que no litisconsórcio simples, a decisão de mérito pode ser diferente para litisconsortes, que serão tratados como partes autônomas.

Finalizando, o litisconsórcio também se classifica pelo momento de sua formação, podendo ser inicial (originário) ou ulterior (superveniente). O litisconsórcio inicial ou originário é aquele que já nasce juntamente com a propositura da ação, ou seja, quando vários são os autores que a propõem ou quando vários são os réus convocados pela citação inicial. O litisconsórcio ulterior ou superveniente é aquele que surge no curso do processo em razão de um fato posterior à propositura da ação.

3 INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

Antes de adentrar a Assistência Simples e Litisconsorcial, é necessário entender um breve conceito sobre Intervenção de Terceiros no processo, ou seja, é quando alguém dele participa sem ser parte na causa, com o fim de auxiliar ou excluir os litigantes, para defender algum direito ou interesse próprio sem que possam ser prejudicados pela sentença.

Para alguns doutrinadores:

*“Intervenção de terceiros é a oportunidade legalmente concedida a aqueles que não participam da relação jurídica processual, adentrar ao processo ou ser convocado, na defesa de interesses jurídicos próprios”.*¹⁵ São terceiras pessoas alheias à lide, podem entrar no processo, por provocação de uma das partes, ou, até mesmo voluntariamente, para defender interesse próprio.

No artigo 119 do NCPC:

Art. 119 Pendendo causa entre 2 (duas) ou mais pessoas, o terceiro juridicamente interessado em que a sentença seja favorável a uma delas poderá intervir no processo para assisti-la.

Parágrafo único. A assistência será admitida em qualquer procedimento e em todos os graus de jurisdição, recebendo o assistente o processo no estado em que se encontre.

Por tanto, a aplicação de Intervenção de Terceiros será possível a todos os procedimentos.

E como fundamento garantir o contraditório daqueles que de algum modo sofrerão

¹⁵ MARTINS, p.195, 2017 MARTINS, Sérgio Pinto, Teoria Geral do Processo, 2 ed. São Paulo – SP, 2017, p. 194 e 195.

consequências com a decisão, assim como uma forma de economia processual, para dar mais eficiência ao processo, permitindo que o processo tenha mais rendimento, ou seja, um processo só sirva para a solução de mais um problema.¹⁶

As modalidades de Intervenção de Terceiros de acordo com Novo CPC são: Assistência; Denúnciação da Lide; Chamamento ao processo; Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica; Amicus Curiae. O qual cabe a este artigo discorrer sobre Assistência Simples.

4 ASSISTÊNCIA SIMPLES

Entende-se como Assistência a modalidade de Intervenção de Terceiros Espontânea, cuja intenção é que um terceiro estranho a relação processual auxilie a parte em uma causa em que tenha interesse jurídico, esta modalidade poderá ser admitida em qualquer procedimento e em todos os graus de jurisdição.

A assistência simples está disciplinada nos artigos 121 a 123 do NCPC:

Art. 121 O assistente simples atuará como auxiliar da parte principal exercerá os mesmos poderes e sujeitar-se-á aos mesmos ônus processuais que o assistido.

Parágrafo único. Sendo revel ou, de qualquer outro modo, omissivo o assistido, o assistente será considerado seu substituto processual.

Art. 122 A assistência simples não obsta a que a parte principal reconheça a procedência do pedido, desista da ação, renuncie ao direito sobre o que se funda a ação ou transija sobre direitos controvertidos.

Art. 123 Transitada em julgado a sentença no processo em que interveio o assistente, este não poderá, em processo posterior, discutir a justiça da decisão, salvo se alegar e provar que: I – pelo estado em que recebeu o processo ou pelas declarações e pelos atos do assistido, foi impedido de produzir provas suscetíveis de influir na sentença;

II – desconhecia a existência de alegações ou de provas das quais o assistido, por dolo ou culpa, não se valeu.

Para Hartmann:

A assistência simples poder ser definida como a modalidade de intervenção de um terceiro no processo, a fim de que o mesmo assuma condição de parte secundária, inserindo-se na relação processual já instaurada, desde que demonstre o interesse jurídico em auxiliar uma das partes principais a ser a vencedora¹⁷.

Assim para que o ingresso desse terceiro se configure possível, há algumas condições expostas por lei, que também se aplicam à assistência litisconsorcial (art.121), tais como: a) pendência da causa, b) procedimento em que autorize; c) existência do interesse jurídico.

¹⁶ RIBEIRO e TROMBETA. TROMBETA Leonardo Menezes, RIBEIRO, Nayara Trancanella, Litisconsórcio e Intervenção de Terceiros no Novo Código de Processo Civil, ETIC 2015 – Encontro de Iniciação Científica, Toledo Prudente Centro Universitário – RS. web, 2015.

¹⁷ HARTMANN. Rodolfo Kronenberg, Curso Completo do Novo Processo Civil, p.168, 2017.

Quanto à pendência da causa, significa que o assistente simples pode ingressar na demanda antes do trânsito e julgado da decisão final, ainda que o processo já tenha sido julgado.

O assistente recebe o processo no estado em que ele se encontra, não se lhe deferindo rediscutir provas e matérias preclusas, conforme artigo 119 do NCPC:

Art. 119. Pendendo uma causa entre duas ou mais pessoas, o terceiro, que tiver interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma delas, poderá intervir no processo para assisti-la.

Parágrafo único. A assistência tem lugar em qualquer dos tipos de procedimento e em todos os graus da jurisdição; mas o assistente recebe o processo no estado em que se encontra.¹⁸

Também precisa ser verificado se o procedimento previsto em lei possui alguma restrição quanto ao ingresso do assistente simples. Quando há norma proibitiva, como por exemplo, no sistema de Juizados Especiais (art.10, Lei nº 9.099/95).

Para que seja admitido o ingresso do assistente simples:

Haverá necessidade de o mesmo demonstrar que possui interesse jurídico em auxiliar uma das partes principais a ter êxito, pois eventual decisão a ser proferida neste processo, embora não o vincule quanto ao conteúdo, de alguma forma poderá reflexamente atingir a sua situação pessoal ou mesmo outra relação jurídica de direito material em que participa.¹⁹

O interessado em intervir como assistente num feito pendente deverá fazer pedido escrito neste sentido, oferecendo as razões e as provas que justificam seu interesse no feito, bem como a quem deseja assistir. É lícito a qualquer uma das partes impugnar o pedido no prazo de cinco dias. Havendo impugnação, o juiz determinará, sem suspensão do processo, o desentranhamento da petição e da impugnação, a fim de serem autuados em apenso, autorizando a produção de provas e decidindo, dentro de cinco dias o incidente - artigo 120, CPC.

Art. 120. Não havendo impugnação dentro de 5 (cinco) dias, o pedido do assistente será deferido. Se qualquer das partes alegar, no entanto, que fere ao assistente interesse jurídico para intervir a bem do assistido, o juiz:

I - determinará, sem suspensão do processo, o desentranhamento da petição e da impugnação, a fim de serem autuadas em apenso;

II - autorizará a produção de provas;

III - decidirá, dentro de 5 (cinco) dias, o incidente.²⁰

Em se tratando nos casos de que a “União pretende ingressar nesta condição em processos em que tramita pela Justiça Estadual, o juiz deverá se limitar a determinar o declínio de competência em

¹⁸ <https://estudosnovocpc.com.br/2015/06/11/artigo-119-ao-132/> acesso em 02 de abril de 2017

¹⁹ HARTMANN. Rodolfo Kronenberg, Curso Completo do Novo Processo Civil, p.168, 2017

²⁰ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm

prol do juízo federal, eis que lhe vedado analisar a presença ou não do interesse jurídico”²¹.

Neste sentido é o que a sumula 150 do STJ apresenta: “Compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas”²².

Para o doutrinador Hartmann:

Percebendo o magistrado federal que não há qualquer interesse jurídico apto a permitir esta modalidade interventiva, caberá ao mesmo, indeferir este pleito e, na sequência, determinar o retorno dos autos à Justiça Estadual. Neste raciocínio que se amolda na sumula 224 do mesmo Tribunal: “Excluído do feito o ente federal, cuja presença levara o juiz estadual a declinar da competência, deve o juiz federal restituir os autos e não suscitar conflito”²³

Assim com o retorno dos autos ao juízo primitivo, não mais se poderá questionar o acerto ou desacerto do ente federal como dispõe a sumula 254 do STJ: “*A decisão do juízo federal que exclui da relação processual ente federal não pode ser reexaminada no juízo estadual*”.²⁴

Em relação ao interesse afetivo ou meramente econômico são, por si só, imprestáveis para justificar o ingresso do assistente simples. Com efeito, o interesse afetivo pode ocorrer em situações que, como a própria nomenclatura sugere, o terceiro pede para ingressar alegando que se padece com a injustiça que esta sendo cometida em relação a uma das partes do processo.

No que concerne, o procedimento para ingresso do assistente simples e sua postura processual, este deve apresentar o requerimento para o ingresso nos próprios autos por meio de uma petição que exponha um interesse jurídico concreto. Esta petição deverá ser subscrita por seu advogado, ou seja, por alguém que detenha capacidade postulatória.

Em seguida, o magistrado poderá liminarmente indeferir este ingresso, determinar a intimação das partes para que se manifestem em 15 (quinze) dias. Posteriormente o decurso do prazo e desde que não haja qualquer manifestação em sentido contrario, o juiz irá decidir este pleito. Entretanto, caso seja apresentado alguma resistência, este incidente permanecerá a tramitar sem suspender o processo, até que seja proferida decisão a respeito do tema.

Admitido o ingresso do assistente simples, o referido passa ser considerado como “parte secundária” do processo, devendo ser intimado para todos ulteriores atos processuais, já que passar atuar como auxiliar da “parte principal”, que seria o assistido (art. 121). No entanto, sua atuação é

²¹ HARTMANN. Rodolfo Kronenberg, Curso Completo do Novo Processo Civil, p.168, 2017

²² Ibid., p.168

²³ Ibid., p.168

²⁴ Ibid., p.168

acessória, pois fica proibido ao assistente simples praticar qualquer ato processual com o qual o assistido, não esteja de acordo, requerendo o julgamento antecipado do mérito.

Constata-se, que esta eficácia resultante da atuação do assistente simples, em certos momentos, parece ser mais abrangente do que a coisa julgada material, já que o mesmo fica vinculado pelos fundamentos da decisão, proibindo que o assistente volte a discutir a justiça da decisão em outro processo.

Por fim, esta preclusão que se forma quanto ao conteúdo da decisão poderá até ser desconsiderada independentemente da propositura de ação rescisória, tornando menos abrangente, disposto no artigo 123 NCPC, conforme já arrolado acima. Ressaltando que este instituto aplica-se exclusivamente à assistência simples.

4.1 ASSISTÊNCIA LITISCONSORCIAL

Quanto assistência Litisconsorcial estará configurada quando o terceiro intervir no processo com a finalidade de formar um litisconsórcio ulterior (posterior), sempre que a sentença influir na relação jurídica entre ele e o adversário do assistido. Ou seja, o sujeito alega ter um interesse jurídico forte, direto, imediato na causa. Isto é, ser titular da relação jurídica discutida ou co-legitimado, afetando diretamente a relação jurídica de direito material entre ele e o adversário assistido.

“Art. 124 Considera-se litisconsorte da parte principal o assistente sempre que a sentença influir na relação jurídica entre ele e o adversário do assistido.”²⁵

Assistência litisconsorcial antes era chamada de qualificada por possuir interesse direto na demanda, o assistente é considerado litigante diverso do assistido (art.117), pelo que não fica sujeito à atuação deste. Para autora Guida:

O assistente litisconsorcial poderá, portanto, praticar atos processuais sem subordinar-se aos atos praticados pelo assistido. Gozará ele de poderes para, por exemplo, requerer o julgamento antecipado da lide, recorrer, impugnar ou executar a sentença, independentemente dos atos praticados pelo assistido, ainda que em sentido contrário. No caso de assistência litisconsorcial o terceiro é o “dono” do direito material discutido, no todo ou em parte, ou, ainda, é um co-legitimado. Exemplos: condômino que entra no processo para ajudar o outro na defesa da coisa comum; Defensoria Pública ingressa em Ação Civil Pública para atuar com o Ministério Público..²⁶

Na opinião de Hartmann:

Esta modalidade de terceiro se encontra também muito mal regulada no CPC, eis que não

²⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. Novo Código de Processo Civil anotado, 2ª edição, 2016 p.155

²⁶ GUIDA, Maria dos Reis Ribeiro. Intervenção de Terceiros – Assistência Disponível em <http://www.profareisguida.com.br/2017/07/assistencia-simples-e-assistencia.html>

trata propriamente do impresso de um terceiro, mas sim de um litisconsorte, ou seja de uma parte principal. E a mesma pode ocorrer apenas nas hipóteses autorizadas pelo CPC (art.124), ou seja, toda vez que a sentença houver de influir na relação jurídica entre o assistente e adversário do assistido.²⁷

Para melhor entendimento, importante destacar a diferença existente entre litisconsórcio e assistência litisconsorcial:

O litisconsorte é “parte da demanda”, podendo formular pedido em seu favor e ser condenado. Por outra parte, o assistente qualificado é apenas “parte do processo”, mantendo-se como um estranho a demanda, embora receba o mesmo tratamento processual dado aos litisconsortes. Ou seja, o assistente litisconsorcial não é litisconsorte, mas é tratado como tal.²⁸

Da assistência no andamento no processo o Procurador do Município de Londrina, Sérgio Veríssimo de Oliveira Filho, nos trás a seguinte redação:

“O assistente litisconsorcial pode praticar qualquer ato durante o curso do processo, tenha ele cunho meramente processual, ou mesmo atinja diretamente o direito material em litígio, como o reconhecimento jurídico do pedido ou a renúncia. Até porque, em sendo "litisconsortes", submetem-se ao disposto no art. 48 do CPC: "salvo disposição em contrário, os litisconsortes serão considerados, em suas relações com a parte adversa, como litigantes distintos; os atos e as omissões de um não prejudicarão nem beneficiarão os outros”.²⁹

Nesta mesma linha de pensamento

Se num dado processo, pretende o demandante desistir da ação, sendo necessário o consentimento do réu, visto que este já oferecera sua contestação, e havendo assistência qualificada, o consentimento do assistente será também exigido para que a desistência da ação seja homologada por sentença, podendo assim produzir seus efeitos.³⁰

Os efeitos da Sentença em face dos Assistentes de acordo com artigo 472 do CPC “A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros”.

Ou seja, os terceiros que ingressarem como assistentes simples não se transformam em partes; entretanto, aqueles que ingressarem como assistentes litisconsorciais se transformam sim, em partes

²⁷ HARTMANN, Rodolfo Kronenberg, Curso Completo do Novo Processo Civil, p.172, 2017

²⁸ FERREIRA, André Romero Cavalet Pinto. Assistência na relação jurídica processual: da sentença e seus efeitos em face dos assistentes. Publicado em 09 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-assistencia-na-relacao-juridica-processual-da-sentenca-e-seus-efeitos-em-face-dos-assistentes,56514.html>, acesso em 08/04/2018.

²⁹ FERREIRA, André Romero Cavalet Pinto. Assistência na relação jurídica processual: da sentença e seus efeitos em face dos assistentes. Publicado em 09 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-assistencia-na-relacao-juridica-processual-da-sentenca-e-seus-efeitos-em-face-dos-assistentes,56514.html>, acesso em 08/04/2018. *Apud* OLIVEIRA FILHO, Sérgio Veríssimo. Diferenças fundamentais entre o assistente simples e o assistente litisconsorcial no direito processual civil brasileiro, p. 13

³⁰ FERREIRA, André Romero Cavalet Pinto *apud* CÂMARA, *op. cit.*, p. 165, falando a respeito da importância da participação dos assistentes qualificados para a eficácia dos atos processuais

do processo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analisado o exposto no presente artigo, conclui-se que para entender o instituto do litisconsórcio, se faz necessário compreender o que é parte, uma vez que aquele nada mais é que a pluralidade desta em um dos pólos da relação jurídica processual (ou em ambos) em um mesmo processo. Pode-se observar também, que essa pluralidade de partes em nada afeta a dualidade de partes do processo, uma vez que estes continua sendo formado por dois

Subtende-se que ao ingressar no processo, o assistente simples, por manter apenas uma relação jurídica com o assistido e, portanto, nada ter a ver com a lide processual, não se transforma em parte. Em contra partida, o assistente qualificado, por manter relação jurídica com o “rival” do assistido e, portanto, também ser sujeito da própria causa processual, ao ser tratado como um litisconsorte se torna parte do processo.

A partir desse pensamento em primazia, entende-se que o assistente adesivo não pode ser atingido pelos efeitos da sentença, enquanto que o qualificado deve. Porém, em regra, os resultados da sentença irão atingir diretamente o assistente litisconsorcial, já que ele é titular da relação processual, e irão atingir indiretamente os assistentes simples, haja vista estes serem juridicamente interessados na vitória de seus assistidos.

A estrutura de intervenção prevalece para as duas modalidades de assistência presumidas no CPC, quais seja a assistência simples, no qual o partícipe busca beneficiar-se de efeitos reflexos da sentença dada sobre direito alheio, e a assistência qualificada ou litisconsorcial, cuja, havendo relação jurídica material que abrange o interveniente já em debate no processo entre outras partes, o assistente busca se beneficiar de efeitos diretos da sentença.

Por fim, percebe-se que os poderes processuais do assistente litisconsorcial são maiores dos que o assistente simples, porque pleiteia em defesa do direito próprio, pois recebe o processo no estado em que se encontra, sem possibilidade, portanto, de alterar o respectivo objeto. Outra importante diferença entre as duas formas de assistência, no plano da coisa julgada do processo principal, é que não alcança o assistente simples, porque seu direito material não é acertado na sentença, no entanto, se forma perante o assistente litisconsorcial, já que a sentença incidirá sobre direito próprio dele.

6 REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda, **Manual de direito processual civil**, vol. 2, 7. Ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, p. 116.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado**, 2ª edição, 2016 p.155

DINAMARCO, Candido Rangel, **Litisconsórcio**, 1995, p.40

DONIZETTI, Elpídio, **Litisconsórcio no Novo CPC**: Conceito, classificação e hipóteses de cabimento, publicado em 11 de Maio de 2016

DOURADO, Sabrina, **Resumão Intervenção de Terceiros**, Imperdível, publicado em 2010, disponível em: <https://sabinadourado1302.jusbrasil.com.br/artigos/121935846/resumao-de-intervencao-de-terceiros-imperdivel>

FERREIRA, André Romero Cavalet Pinto. Assistência na relação jurídica processual: da sentença e seus efeitos em face dos assistentes. Publicado em 09 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-assistencia-na-relacao-juridica-processual-da-sentenca-e-seus-efeitos-em-face-dos-assistentes,56514.html>, acesso em 08/04/2018. *Apud* OLIVEIRA FILHO, Sérgio Veríssimo. Diferenças fundamentais entre o assistente simples e o assistente litisconsorcial no direito processual civil brasileiro, p. 13

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios, **Novo Curso de Direito Processual Civil**, volume 1: Teoria Geral e Processo de Conhecimento (1ª parte), 2016, CapII

GUIDA, Maria dos Reis Ribeiro. Intervenção de Terceiros – Assistência Disponível em <http://www.profareisguida.com.br/2017/07/assistencia-simples-e-assistencia.html>

HARTMANN, Rodolfo Kronenberg, **Curso Completo do Novo Processo Civil**, 2017, p.157, p.172

MARTINS, Sérgio Pinto, **Teoria Geral do Processo**, 2 ed. São Paulo – SP, 2017, p. 194, p, 195.

TROMBETA, Leonardo Menezes, RIBEIRO, Nayara Trancanella, **Litisconsórcio e Intervenção de Terceiros no Novo Código de Processo Civil**, ETIC 2015 – Encontro de

(web, 2015).

TESHEINER, José, Professor Direito Civil PUC-RS, publicado em 02 de Agosto de 2015.

Disponível em: <http://www.tex.pro.br/index.php/novo-cpc/7314-ncpc-035>, acesso3m 08/04/2018.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm, acesso3m 08/04/2018.

<https://estudosnovocpc.com.br/2015/06/11/artigo-119-ao-132/> acesso em 02 de abril de 2017

<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10733866/artigo-51-da-lei-n-5869-de-11-de-janeiro-de-1973>, acesso3m 08/04/2018.

CONSTRUÇÃO E APRIMORAMENTO DE UM CRIMINOSO

Aldair Marcondes 1

Recebido em: 24 ago. 2018

Aceito em: 01 out. 2018

Resumo: Neste artigo será feita uma imersão em aspectos da criminologia, precipuamente nos seus objetos “controle social” e “criminoso”. Com isso se buscará esclarecimento sobre a possível utilização dos meios de controle como ferramenta do poder, o qual muitas vezes é exercido através de ameaças, incriminações, ou até mesmo de efetivas punições; também, naquilo que se refere ao criminoso, serão envidados esforços na tentativa de se descobrir como e aonde ele se forma. Assim, dirigindo o olhar para a prisão, será observado com atenção e crítica a figura do “delinquente” confinado, pois afinal, uma vez preso, ele passará a viver numa sociedade paralela e reclusa, a qual é formada por pessoas que possuem algo em comum: a prática de crimes.

Palavras-chave: Criminologia. Controle Social. Delinquente.

CONSTRUCTION AND ENHANCEMENT OF A CRIMINAL

Abstract: In this article will be made an immersion in aspects of criminology, mainly in its objects "social control" and "criminal". This will seek clarification on the possible use of the means of control as a tool of power, which is often exercised through threats, incriminations, or even effective punishment; also, as far as the criminal is concerned, efforts will be made to find out how and where it is formed. Thus, looking at the prison, the figure of the confined "delinquent" will be observed with attention and criticism, because after all, once arrested, he will live in a parallel and reclusive society, which is formed by people who have something in common: the practice of crimes.

Keywords: Criminology. Social Control. Delinquent.

1 INTRODUÇÃO

Desde o momento em que o homem passa a viver em grupo surgem conflitos e disputas, e nesse cenário contencioso “alguém” se destaca como sendo um representante do poder e desejo coletivo, e então passa a criar regras punitivas sob a alegação de que busca a harmonia social; contudo desenvolve meios de controlar toda aquela sociedade.

Visando analisar esse pretense “controle”, será desenvolvida uma pesquisa exploratória bibliográfica onde serão buscados recursos na criminologia e seus objetos, mais precisamente no que tange aos meios de controle e sua utilização, estendendo-se uma verificação na teoria do etiquetamento, nas formas históricas de punir e/ou executar os condenados, bem como, fazendo uma avaliação mais aprofundada naquilo que diz respeito à prisão e seus reflexos.

1 Doutorando em Direito pela UBA – Argentina. Bacharel em Direito, da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe – Caçador/SC.

Afinal, a punição em forma de confinamento possui capacidade para formar ou qualificar um criminoso? Pois bem, esse é o sentido da presente busca e que aqui, através da aplicação do método dedutivo e do procedimento sócio-jurídico, se almeja compreender melhor, tudo com vistas a se poder justificar a crescente criminalidade, mesmo diante da severa punição de muitas condutas.

Esta temática se justifica como uma forma de reflexão, já que muitas vezes a comunidade, sem considerar os reflexos sobre aqueles que lá serão “depositados” e também a si mesma, deseja a prisão aos criminosos; contudo, diga-se de antemão, aquele constante e confinado contato pessoal entre os “malfeitores”, certamente intensificará os riscos àquela mesma sociedade que os condenou.

2 A CRIMINOLOGIA E A EVOLUÇÃO DO SEU OBJETO

Fugindo daquela simples e etimológica definição formada pela justaposição dos termos *crimino* (latino) e *logos* (grego), com o passar do tempo a criminologia ganhou corpo e adesão de muitos estudiosos, a ponto de ter se tornado uma ciência que comporta a análise de vários objetos, haja vista a desatualização daquele estudo pioneiro acerca da criminalidade, cuja base era apenas o crime e o criminoso.

Indiferente à precisa data de surgimento da criminologia, indubitavelmente ela foi influenciada pelo Iluminismo² (Filosofia das Luzes), aquele período humanitário representado por vários filósofos, dentre os quais Montesquieu, Rousseau e Voltaire, que através das suas críticas severas, lutaram contra os excessos imperantes da legislação penal³ de modo a desenvolverem uma verdadeira batalha da razão (Luz) contra as trevas.

Nessa toada de humanização das penas, nasce a celebrada obra “*Dos delitos e das penas*”, de Cesare Beccaria, expoente da Escola Clássica, na qual também se destacaram Francesco Carrara e Giovanni Carmignani⁴. Depois tem-se a Escola Positiva e suas fases antropológica, sociológica e jurídica, com a proeminência de Cesare Lombroso, Enrico Ferri, e Raffaele Garófalo⁵, respectivamente, restando perceptível uma grande dedicação na figura do delinquente.

O tempo passou e surgiu a necessidade de adequação; isso se verifica na própria definição de Penteado Filho (2017), quando ele conceitua a criminologia como uma “ciência empírica (baseada na observação e na experiência) e interdisciplinar que tem por objeto de análise o crime, a

²Movimento intelectual e filosófico que dominou o mundo das ideias na Europa durante o século XVIII.

³BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1**. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 91-92.

⁴PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual esquemático de criminologia**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 32.

⁵Idem, pp. 33-37.

personalidade do autor do comportamento delitivo, da vítima e o controle social das condutas criminosas”⁶. Em outras palavras, embora continuem indispensáveis aqueles focos iniciais trazidos pelas mencionadas Escolas, a criminologia moderna ampliou seu horizonte para uma análise também da vítima e dos meios de controle social, tudo com vistas a uma melhor prevenção da criminalidade.

Aqui não se objetiva definir o crime como aquele fenômeno social aflitivo, massivo e persistente em meio à população, e nem argumentar sobre a postura e importância da vítima no desencadeamento do ato criminoso ou da criminalidade atual. No entanto, se promoverá uma reflexão maior sobre as figuras do delinquente e dos meios de controle social.

O primeiro, porque já não é mais aquele simples pecador ou exclusivamente derivado de sua genética, como definiam as escolas clássica e positiva; o criminoso atual é muito mais complexo e intrincado que o antigo delinquente – o homem do passado poderia até ter a mesma essência, mas não dispunha de um mundo globalizado e de informações em tempo real como o de hoje (nós). O segundo, porque os meios de controle social, sejam informais ou formais, se mostram como uma ferramenta importantíssima nas mãos do Poder.

3 O CONTROLE SOCIAL COMO INSTRUMENTO DO PODER

Com vistas a um desenvolvimento suave da ideia, antes de se falar do Poder propriamente dito, acredita-se ser interessante fazer um breve resgate da evolução do homem enquanto ser social.

Aquele “animal cívico”⁷ dito por Aristóteles, em razão das suas fragilidades se viu impelido a viver junto a outros da sua espécie para romper mais facilmente os obstáculos prejudiciais à sua conservação⁸. Assim, forma-se uma associação que defende a pessoa e os bens de cada associado, pela qual cada um se unindo a todos obedece⁹; está constituído o “pacto social” que forma o Estado (Leviatã¹⁰), em conformidade às visões “Contratualistas” de Hobbes¹¹, Locke¹², e Rousseau¹³.

Por conta desse ajuntamento de pessoas, necessariamente surgem diversos conflitos e

⁶Idem, p. 21.

⁷ARISTÓTELES. **Política**, Brasília, Universidade de Brasília, 1997, p. 2.

⁸ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social: princípios do direito político**. São Paulo: Edipro, 2013, p. 21.

⁹Ibidem.

¹⁰Criatura que nada mais é que um homem artificial, bem mais alto e robusto que o natural, e que foi instituído para a proteção e defesa dos demais homens.

¹¹HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. São Paulo, Martin Claret, 2012.

¹²LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**. Petrópolis: Vozes, 1994.

¹³ROUSSEAU, ob.cit.

disputas, e portanto se faz necessária a presença de regras de contenção que serão impostas àquele homem que já não é totalmente livre, pois abriu mão de parte da sua liberdade em troca de defesa e proteção¹⁴; agora seus direitos serão fixados pela lei¹⁵. Desse modo, uma vez estabelecida a “Lei”, sempre que for ultrapassado aquele limite da liberdade restante, se estará permitindo a entrada em ação de um poder supra-individual representado pelo “Estado”, o qual agirá com a “força necessária” para restabelecer a ordem e a harmonia social, pois como disse Hobbes (2012), “as leis não têm qualquer poder para protegê-los, se não houver uma espada nas mãos de um homem ou homens encarregados de fazê-las cumprir”.¹⁶

Aqui surge o ponto crucial desta temática, pois esse poder supra-individual representado pelo Estado é exercido por quem detém o poder político, e que muitas vezes se utiliza de violência ou da capacidade de punir, para fins de dominar o corpo social. Como disse Max Weber (2011)¹⁷, “tal como todos os agrupamentos políticos que historicamente o procederam, o Estado consiste em uma relação de dominação do homem sobre o homem, fundada no instrumento da violência legítima”, e continua ao dizer que “o Estado só pode existir, portanto, sob condição de que os homens dominados se submetam à autoridade continuamente reivindicada pelos dominadores”; em outras palavras, o Estado, através do seu sistema de controle social (sobretudo o penal), passa a ser uma poderosa arma de dominação da qual poderão se valer aqueles que detêm o Poder.

Para que a vontade dos homens se torne cada vez mais inclinada à obediência, a autoridade pública infligirá uma pena àquele que fez ou omitiu aquilo que, pela mesma autoridade, é julgado transgressão da lei¹⁸; isso é aplicação da força, isso é “Direito”. Ensina Ferreyra (2015), que “el Derecho, entendido como sistema, es una macrocombinación de reglas sobre la organización y aplicación de la fuerza, cuya representación o expresión se concretiza por intermedio del discurso generado por el poder estatal”.¹⁹

Nesse cenário, sem dúvida, aparece com destaque o Direito Penal, que através dos seus sistemas de força, aplica o seu poder punitivo. E quanto ao exercício do poder dos sistemas penais, diz Zaffaroni (2013) que:

La selectividad, la reproducción de la violencia, el condicionamiento de mayores conductas lesivas, la corrupción institucional, la concentración de poder, la verticalización social y la

¹⁴BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Pillares, 2013, p. 31.

¹⁵ROUSSEAU, ob.cit, p. 41.

¹⁶HOBBS, ob.cit, p. 172.

¹⁷WEBER, Max. **Ciência e política: duas vocações**. São Paulo: Cultrix, 2011, p. 57.

¹⁸HOBBS, ob.cit, p. 247

¹⁹FERREYRA, Raúl Gustavo. **Fundamentos constitucionales**. 2 ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediar, 2015, p. 35.

destrucción de las relaciones horizontales o comunitarias, no son características coyunturales, sino estructurales del ejercicio de poder de todos los sistemas penales.²⁰

Enfim, esse Poder mais forte apenas corrobora a ideia de que o “homem” vive permanente controlado, seja através dos ensinamentos básicos de boa conduta e da internalização de valores repassados pelos meios informais de controle, como família, escola, religião, trabalho, opinião pública, etc., os quais inibem a prática de crime através da socialização desde a infância, ou então através da aplicação de sanções externas impostas e executadas pelo “Estado” através do controle formal exercido por órgãos públicos atuantes na área criminal, como é o caso das polícias, do Ministério Público, e do sistema penitenciário.

O fato é que, seja informal ou formal, o homem sempre estará caminhando na direção pré-estabelecida por aquele que está no poder, sob pena de estar indo de encontro aos anseios daquele, e assim sendo, à mercê de ser penalizado.

4 LABELLING APPROACH: QUEM É CRIMINOSO?

Pode-se dizer que dentre as teorias de conflito, tem-se a teoria do *labelling approach*²¹ como uma das mais importantes. Para ela, nas palavras de Penteado Filho (2017), “a criminalidade não é uma qualidade da conduta humana, mas a consequência de um processo em que se atribui tal ‘qualidade’ (estigmatização)”²², à que acrescenta que, “o criminoso apenas se diferencia do homem comum em razão do estigma que sofre e do rótulo que recebe”.²³

Essa dita estigmatização muitas vezes se torna bastante evidenciada, como é o caso do trivial exemplo do crime de furto; neste, se o autor for pobre será considerado “ladrão” e penalizado, mas se for rico, apenas terá praticado uma distração e será imunizado de qualquer reprimenda ou rotulação.

Num resumo estrito, é “a sociedade” que dirá se uma conduta é antissocial ou delitativa, e também será ela a rotular aqueles que a praticarem. Mas, será que todos aqueles que praticarem uma conduta desviante serão rotulados como desviados ou criminosos? Afinal, justificando o intrigante e afirmativo título da obra “*Somos todos criminosos em potencial*”, sua autora Aguiar (2007) diz que “diferentemente do que supõe o senso comum, a criminalidade não é um desvio praticado por uma minoria restrita, mas, ao contrário, um comportamento de largos extratos ou mesmo da maioria dos

²⁰ZAFFARONI, Eugenio Raul. **En busca de las penas perdidas**. Buenos Aires: Ediar, 2013, p. 19.

²¹Teoria do etiquetamento, rotulação, ou reação social.

²²PENTEADO FILHO, ob.cit, p.76.

²³Ibidem.

membros de uma sociedade”.²⁴

A isso se une a obra de Baptista Neto (2006) cujo título também é inquietante, e se faz de modo interrogativo (*Somos todos criminosos e desonestos?*); nela o autor diz que é difícil encontrar alguém que nunca tenha cometido uma transgressão como colar numa prova, "esquecer de devolver" uma caneta, um disco ou um livro de um colega ou amigo, usar um telefone indevidamente, sonegar um imposto, passar com o sinal vermelho, dirigir acima do limite de velocidade, trapacear no jogo, comprar CDs e DVDs piratas, etc.²⁵, a que se acrescentam outras mais sérias e que se passam despercebidas.

Daqui se faz possível inferir que, se dependesse apenas de cada indivíduo, de um modo quase natural seriam cometidos muitos outros pequenos abusos. Complementa o autor dizendo que “são a repressão e o medo que nos forçam a ter um comportamento honesto, adquirindo hábitos e atitudes não criminosas ou desonestas, seguindo as regras impostas pela sociedade”²⁶. Contudo, deve ser lembrado que o crime não se constitui apenas de ações, mas também de omissões, e portanto é perfeitamente cabível o desfecho da obra quando diz que “somos todos criminosos e desonestos a partir do momento que vemos tudo e nos omitimos”.²⁷

Voltando àquele poder antes discorrido, e vendo-o agora nas mãos do legislativo, facilmente se perceberá que ele é quem formará a seleção de indivíduos que integrarão aquele grupo de criminosos efetivos ou potenciais (criminalizados), dependendo apenas do destinatário das “suas” regras.

A partir dos ensinamentos de Sell (2007), verifica-se que há toda uma sequência de etapas nesse processo, a iniciar pela atitude do “poder” legislador, pois já ao criar leis ocorre uma criminalização primária devido a uma intolerância legislativa com a conduta dos mais pobres; o crime não é uma realidade natural, mas sim, uma invenção do legislador, não porque se trata de uma conduta socialmente intolerável, mas porque ele deseja que assim seja, e nessa invenção seguem critérios de preferência, gerando leis penais duríssimas contra as condutas dos pobres, e rarefeitas aos crimes típicos dos estratos sociais elevados.²⁸

O referido autor segue na sua linha de raciocínio dizendo que haverá uma criminalização

²⁴AGUIAR, Maria Léa Monteiro de. **Somos todos criminosos em potencial**. Niterói: EdUFF, 2007, p. 9.

²⁵BAPTISTA NETO, Francisco. **Somos todos criminosos e desonestos? Um estudo sobre a delinquência**. Florianópolis: Insular, 2006, p. 48.

²⁶Ibidem.

²⁷Idem, p. 135.

²⁸SELL, Sandro César. **A etiqueta do crime: considerações sobre o “labelling approach”**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1507, 17 ago. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10290>>.

secundária quando entrarem em ação os órgãos de controle social (polícia, judiciário, imprensa, etc.), pois ao priorizarem as investigações sobre aqueles portadores de maior índice de marginalização, sem dúvida alguma acharão um maior número de condutas criminosas entre eles, e assim, diante da suspeição, da falta de emprego e residência fixa, de uma família desestruturada e de um passado tortuoso, poderá ser suprida a ausência de provas na acusação, e, portanto, aquele marginalizado será facilmente convertido em marginal e a etiqueta penal aderirá sua pele.²⁹

Findando esse processo, se acrescenta aquela chamada *criminalização terciária*, caracterizada no momento em que aquele marginalizado, agora marginal, ingressa no sistema prisional.

Por conclusão, há de se dizer que a teoria *labelling approach* vem para desmistificar aquela ideia de que o Direito Penal surgiu para a proteção da sociedade, ou como diz Sell (2007), “o labelling veio para mostrar que nosso tipo habitual de criminoso – pobre e encarcerado – revela muito pouco sobre a estrutura do mal em si, e muito, mas muito mesmo, sobre a ideologia desigualitária de nossa sociedade”³⁰. Ainda, é possível acrescentar que além de pobres, a maioria dos marginalizados possuem pouca instrução e dificuldade de acesso à educação, e portanto, mantendo-se firme aquela tirania milenar da presunção de que ninguém pode ignorar a lei³¹, aumenta a probabilidade desses estigmatizados se tornarem “verdadeiros” criminosos.

5 AS BÁRBARAS FORMAS DE PUNIR E EXECUTAR UM “CRIMINOSO”

Sempre numa disputa por espaço e numa demonstração de forças, a vida e o corpo do homem foram objeto da maldade e tirania do “Poder” (outros homens), tudo para que o “criminoso” não voltasse a delinquir, e para que os demais “súditos” ficassem advertidos.

Na própria Bíblia Sagrada encontramos fontes disso, quando no livro de *Deuteronômio*³², se vê a possibilidade dos pais entregarem para o julgamento dos anciãos, seu próprio filho rebelde e incorrigível, a fim de que todos os homens da cidade o apedrejassem até a morte, e assim, não apenas se eliminaria o mal, mas também, todo o Israel ouviria e ficaria com medo³³.

Aqui se está falando de uma pena de morte como forma de retribuição, mas também, com finalidade bem clara, a prevenção geral; uma evidente demonstração de poder e ordem, nos termos

²⁹Ibidem.

³⁰SELL, ob.cit.

³¹MARTÍNEZ, Joaquín Costa. **La ignorancia del derecho**. Buenos Aires: Valletta ediciones, 2004, p. 13.

³²A segunda lei; constitui a primeira seção da Bíblia hebraica e parte do Antigo Testamento da Bíblia cristã.

³³BÍBLIA SAGRADA. **Edição pastoral**. São Paulo: Paulus, 1990. Deuteronômio 21:18-21.

assemelhados do “me obedecem, ou todos terão o mesmo fim”.

Este simplório item serve apenas para demonstrar a insignificância do corpo, vida ou liberdade do “criminoso” – daquele que agiu de forma contrária ao interesse ou vontade de quem estava no poder e lá pretendia ficar. Ilustrando isso, nos conta a história sobre diversos métodos de execução já aplicados, dentre os quais podem ser citados: apedrejamento, crucificação, decapitação, empalamento, enforcamento, fervura, fogueira, guilhotina, roda de despedaçamento, cadeira elétrica, fuzilamento, e injeção letal³⁴.

E para tanto, as pessoas devem evitar qualquer tendência de se tornarem massa de manobra daqueles que estão no poder, e que pretendam recrudescer as penas exacerbadamente, pois Jakobs e Meliá (2012) revelam que está ocorrendo um ressurgimento do punitivismo, vislumbrando-se a existência de processos de criminalização “à moda antiga”, invertendo-se os métodos havidos nos movimentos de reforma das últimas décadas, onde foram desaparecendo diversas infrações³⁵.

Tenha-se sempre em mente o ensinamento de Beccaria (2013), quando ele diz que “a própria atrocidade da pena faz que os homens mais se arrisquem em evitá-la quanto maior seja o mal para o qual caminham; e assim, faz que se cometam novos crimes para fugir da pena de um só”³⁶. Em outros termos, não será um aumento ou endurecimento nas penas que “salvará a pátria”, mas sim, um pensar em todas as dificuldades estruturais na qual vive a sociedade marginalizada.

6 CONFINAMENTO: UMA FÁBRICA DE DELINQUENTES?

A prisão se faz moderna frente à história da humanidade, e mesmo assim, nasceu antes da sua utilização pela legislação penal. Como os suplícios deveriam acabar, surge ela para instrumentalizar e servir ao poder (capitalismo moderno), pois como disse Foucault, “a forma geral de uma aparelhagem para tornar os indivíduos dóceis e úteis, por meio de um trabalho preciso sobre seu corpo, criou a instituição-prisão, antes que a lei a definisse como a pena por excelência”.³⁷

Tem-se aí a prisão, a clausura, o encarceramento, aquilo que, indiferente ao nome dado, visa tolher a liberdade e “prender a alma” do condenado; ou seja, houve uma evolução punitiva onde deixou de ser o corpo e passou a ser a alma o foco da punição. Aqui aparece uma conversão daquele

³⁴KERDINA Produção Editorial Ltda. **Pena de morte: métodos de execução**. Disponível em: <<http://www.kerdna.com.br/brasil-e-cidadania/pena-de-morte/566-metodos-de-execucao.html>>.

³⁵JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, pp. 81-82.

³⁶BECCARIA, ob.cit, p. 85.

³⁷FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 41 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013, p. 217.

comportamento do passado, pois se antes “muitas pessoas livres” se reuniam para assistir ao espetáculo do derramamento de sangue de “um condenado”, hoje, é “uma pessoa livre” que tem a função de “assistir” muitos condenados “enjaulados”; é a conversão do espetáculo em vigilância³⁸. Neste aspecto, referindo-se ao homem, diz Foucault³⁹ que “uma alma o habita e o leva à existência”, e acrescenta ao dizer que “é ela mesma uma peça de domínio exercido pelo poder sobre o corpo [...]; a alma, prisão do corpo”.

E isso efetivamente poderia ser visto e esperado, mas lá no passado, a exemplo do modelo prisional adotado em 1790 nos presídios da cidade de Filadélfia, nos Estados Unidos, por William Penn (um *Quaker*⁴⁰ inglês); cuja característica principal era a de um regime pautado na reclusão total do preso, em cumprimento da pena isolado de outras pessoas durante todo o período de condenação, pois os Quakers acreditavam que a religião era a única e suficiente base da educação.⁴¹

Naquela época se dizia que desta forma os prisioneiros não correriam nenhum perigo de serem corrompidos pelos criminosos incorrigíveis, pois “bandos de prisioneiros juntos não reduzem o incentivo original para o crime, ao contrário, o instigam”.⁴²

O problema é que, devido ao poder econômico, esse tipo de prisão findou e surgiu o chamado sistema de Alburn⁴³, onde o “confinamento solitário à noite e trabalho coletivo nas oficinas durante o dia permitiu a organização dos prisioneiros com o máximo de eficiência industrial”⁴⁴. Acontece que com o passar do tempo, devido a uma grande influência da oposição dos trabalhadores livres, nas últimas décadas do século XIX houve uma redução drástica do trabalho carcerário, a exemplo da Pensilvânia, onde em 1897 foi completamente abolida.⁴⁵

Como se pode perceber, havia a preocupação antes revelada em não permitir o ajuntamento de condenados, pois se o corpo estivesse confinado, a alma estaria presa, conforme dizia Foucault; porém, aqueles interesses econômicos relatados fizeram com que o confinamento fosse sendo relaxado, e então a alma passou a ficar cada vez mais livre. Desta forma, se faz possível dizer que há muito tempo apenas o corpo do condenado encontra-se com a liberdade restrita, mas sua alma anda

³⁸FOUCAULT, Michel, **A sociedade punitiva: curso no collège de France (1972-1973)**. São Paulo, Martins Fontes, 2015, pp. 22-23.

³⁹FOUCAULT, ob.cit, **Vigiar e punir**, p. 32.

⁴⁰Membro do Quakerismo - nome dado a vários grupos religiosos com origem comum num movimento protestante britânico do século XVII, também chamada de Sociedade Religiosa dos Amigos.

⁴¹RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 179.

⁴²RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, idem, p. 180.

⁴³Sistema penitenciário construído no ano de 1818; foi a primeira prisão da cidade de Nova Iorque.

⁴⁴RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, idem, p. 183.

⁴⁵Idem, p.185.

por aí, “totalmente” liberta.

Referindo-se à delinquência do passado, disse Foucault (2012):

O meio delinqüente não tinha esse fechamento sobre si próprio, organizado essencialmente pela prisão, por essa espécie de “marinada” no interior do sistema carcerário, no qual se forma uma microssociedade em que as pessoas enlaçam uma solidariedade real que lhes permitirá, uma vez do lado de fora, encontrar apoio umas nas outras. Assim, a prisão é um instrumento de recrutamento dos delinqüentes para o exército. É para isso que ela serve. Há dois séculos se diz: “A prisão fracassa, já que ela fabrica delinqüentes”.⁴⁶

Sim, essa é a grande afirmação de muitos estudiosos, a prisão se tornou uma fábrica de delinquentes. Como diz Foucault (2005), “desde 1820 se constata que a prisão, longe de transformar os criminosos em gente honesta, serve apenas para fabricar novos criminosos ou para afundá-los ainda mais na criminalidade”⁴⁷, o problema é que “os delinquentes são úteis tanto no domínio econômico como no político”.⁴⁸

Estamos vivendo um problema crescente que fora anunciado há muito tempo, e que percebemos na obra do professor Zysman Quirós (2012) quando ele se refere à determinação da pena na América Latina:

De acuerdo con lo senalado en Europa, puede decirse que desde principios de la década del noventa se desarrolló crecientemente su población penitenciaria y su sobre-población (hacinamiento en las prisiones) hasta convertirse en uno de los problemas más característicos y acuciantes de la región.⁴⁹

Continuando seu discurso sobre o tema, ele nos revela que a maioria dos países latinoamericanos reconhecem a questão da ressocialização nas suas penitenciárias, como sendo um dos aspectos mais deficientes⁵⁰, e era exatamente neste ponto que se pretendia chegar – a ressocialização.

Resumindo, numa forma incipiente de distinção, ousa-se escrever de modo diferente o termo “ressocialização”, pois se este representa renovar aquele delinquente preso para devolvê-lo melhor à sociedade (como homem bom), então utilizar-se-á a grafia “(re)socialização”, para dizer que aquele criminoso egresso está vindo integrar outra sociedade – uma “microssociedade” carcerária que toma corpo fora do presídio, pois assim como as pessoas de bem formam laços duradouros com aqueles velhos e “bons” colegas de escola, acredita-se na ultratividade das relações presidiárias, onde os

⁴⁶FOUCAULT, Michel. **Segurança, penalidade, prisão**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012, p. 33.

⁴⁷FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. São Paulo, Martins Fontes, 2005, pp. 216-217.

⁴⁸Ibidem.

⁴⁹ZYSMAN QUIRÓS, Diego. **Sociología del castigo: genealogía de la determinación de la pena**. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2012, p. 354.

⁵⁰ZYSMAN QUIRÓS, idem, p. 355.

velhos e “maus” companheiros de cela se encontrarão fora do cárcere com muitas histórias para contar, ou quem sabe, com muitas e requintadas “maldades” a praticar.

7 CONCLUSÃO

Através desta pesquisa se tornou possível fazer uma reflexão mais profunda acerca dos meios de controle “utilizados em prol do poder”, e do confinamento de criminosos, como sendo o tipo de punição que atende ao clamor popular sempre que alguém viola as regras.

Afora a sua utilização como arma de controle e submissão, o que se verifica neste estudo é que a prisão já foi capaz de conter e “melhorar” o criminoso, mas isso foi lá nos seus primórdios, quando a alma ficava presa junto ao corpo do condenado através de um total isolamento celular.

O que se tem atualmente é uma bomba relógio, pois o ajuntamento massivo de “criminosos” faz com que os riscos sejam potencializados, já que o Estado não consegue controlar a “alma” dos confinados. Mesmo no cárcere, os criminosos têm a liberdade de interagir e criar laços fortes entre si, formando uma “microsociedade” como disse Foucault, e quando adquirem suas “liberdades” acabam reencontrando um ao outro, agora do lado de fora daquela construção penitenciária, e esse é um enorme risco de crescimento no índice de criminalidade, no aumento de uma massa corpórea constituída por “ex-presidiários”.

Tornou-se comum ouvir-se sobre o “comandamento” do crime organizado de dentro das prisões, e daqui se pode inferir que mesmo aqueles que tenham sido confinados por delitos banais ou “enganos provisórios”, ao saírem de lá poderão se tornar braços efetivos dos que lá permanecem, ou então vítimas daquela mesma “organização” ao serem punidos pela desobediência.

8 REFERÊNCIAS

AGUIAR, Maria Léa Monteiro de. **Somos todos criminosos em potencial**. Niterói: EdUFF, 2007.

ARISTÓTELES, **Política**, trad. de Maria da Gama Kury, Brasília, Universidade de Brasília, 1997.

BAPTISTA NETO, Francisco. **Somos todos criminosos e desonestos? Um estudo sobre a delinqüência**. Florianópolis: Insular, 2006.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Vicente Sabino Júnior. São Paulo: Pillares, 2013.

BÍBLIA SAGRADA. **Edição pastoral**. São Paulo: Paulus, 1990.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1**. 23 ed. São Paulo:

Saraiva, 2017.

FERREYRA, Raúl Gustavo. **Fundamentos constitucionales**. 2 ed. Buenos Aires: Ediar, 2015.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Trad. Maria Ermantina Galvão, São Paulo, Martins Fontes, 2005.

_____. **Segurança, penalidade, prisão**. Trad. Vera Lúcia Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012

_____. **A sociedade punitiva: curso no collège de France (1972-1973)**. Trad. Ivonete C. Benedetti, São Paulo, Martins Fontes, 2015.

_____. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramallete. 41 ed. Petrópolis, RJ: Vozes 2013.

HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**, trad. de Rosina D'Angina, São Paulo, Martin Claret, 2012.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Trad. André Luiz Callegari e Nereu José Giacomolli. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

KERDINA, Produção Editorial Ltda. **Pena de morte: métodos de execução**. Disponível em: <<http://www.kerdna.com.br/brasil-e-cidadania/pena-de-morte/566-metodos-de-execucao.html>>. Acesso em: 25 Abr. 2018.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**. Petrópolis: Vozes, 1994.

MARTÍNEZ, Joaquín Costa. **La ignorancia del derecho**. Buenos Aires: Valletta ediciones, 2004.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual esquemático de criminologia**. São Paulo: Saraiva, 2017.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social: princípios do direito político**, trad. Edson Bini, São Paulo: Edipro, 2013.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Trad. Gizlene Neder. 2 ed., Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SELL, Sandro César. **A etiqueta do crime: considerações sobre o "labelling approach"**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1507, 17 ago. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10290>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

WEBER, Max. **Ciência e política: duas vocações**. Trad. Leonidas Hegenberg e Octany Silveira Mota. 17 ed. São Paulo: Cultrix, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **En busca de las penas perdidas**. Buenos Aires: Ediar, 2013.

ZYSMAN QUIRÓS, Diego. **Sociología del castigo: genealogía de la determinación de la pena**. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2012.

A EFETIVIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E ATIVISMO JUDICIAL

Rafaela Borgo Koch Schlickmann¹

Flávio Schlickmann²

Recebido em: 13 nov. 2018

Aceito em: 08 dez.. 2018

Resumo: A presente pesquisa tem como objetivo geral a análise da efetividade das Políticas Públicas no cenário brasileiro atual e a atuação do Poder Judiciário nesse sentido, verificando-se os limites impostos ao Ativismo Judicial. Para tanto, dividiu-se a pesquisa em três momentos: no primeiro, o estudo analisou as Políticas Públicas e sua função na defesa dos Direitos Sociais. Por conseguinte, analisou-se o instituto do Ativismo Judicial no ordenamento jurídico brasileiro e as manifestações favoráveis e contrárias a essa postura proativa do julgador. Por fim, buscou-se identificar em que situações o Ativismo Judicial parece ser imprescindível quando se trata da concretização de Políticas Públicas, analisando parâmetros discutidos pelos estudiosos do tema. O problema da pesquisa consiste em verificar se o Ativismo Judicial é necessário à concretização das Políticas Públicas, tendo em vista os Direitos Sociais constitucionalmente consagrados. 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. Foram também acionadas as técnicas do referente, da categoria, dos conceitos operacionais, da pesquisa bibliográfica e do fichamento.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Direitos Sociais. Políticas Públicas.

THE EFFECTIVENESS OF PUBLIC POLICIES AND JUDICIAL ACTIVISM

Abstract: The present study has a main objective of analyzing the effectiveness of Public Policies in the current Brazilian scenario and the Court's performance in this sense, with the limits imposed on Judicial Activism. For this purpose, the research was divided into three moments: at first, the study analyzed the Public Policies and their function in the defense of the Social Rights. Therefore, was analyzed the Brazilian legal system and the pros and cons of Judicial Activism. Finally, we sought to identify in which situations Judicial Activism seems to be indispensable when it comes to the concretization of Public Policies, analyzing parameters discussed by scholars. The research problem is to verify if Judicial Activism is necessary for the implementation of Public Policies, in view of the Constitutionally Consecrated Social Rights. Regarding methodology, was adopted the inductive method of research, which part of the specific case analysis to conclude the subject. They were also triggered the techniques of the referent category, operational concepts, bibliographic research and book report.

Keywords: Judicial Activism. Social Rights. Public Policies.

¹ 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. Bolsista do Programa UNIEDU PósGraduação 2017. E-mail: rafaelabkoch@univali.br.

² Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Especialista em Ciência 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. E-mail: schlickmann@univali.br. Acadêmico da 10ª Fase do Curso de Direito, da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe – UNIARP – Caçador/SC.

1 INTRODUÇÃO

As Políticas Públicas, tidas como prestações positivas por parte do Estado, pretendem, por meio de sua implementação, concretizar os direitos fundamentais sociais que são constitucionalmente estabelecidos.

A fim de atender tal prerrogativa, o Poder Público necessita instituir diretrizes capazes de efetivar esses direitos, suprimindo as demandas sociais sem, contudo, deixar de observar a legislação pertinente.

O óbice que se apresenta à consecução das Políticas Públicas, no entanto, se revela na dificuldade que o Estado tem, por vezes, em atender às numerosas demandas sociais na proporção e adequação que se espera, de modo que a atividade jurisdicional, nesse sentido, se evidencia como alternativa à necessária concretização dos valores constitucionais.

No entanto, o que se discute é até que ponto a postura ativista pode intervir nas demandas sociais, e se o Ativismo Judicial é, de fato, necessário à consecução das Políticas Públicas.

Nesse contexto, o presente artigo tem como objetivo geral uma análise da efetividade das Políticas Públicas no cenário brasileiro e a atuação do Judiciário no que diz respeito à consecução dos Direitos Sociais.

Para tanto, os objetivos específicos se direcionam ao estudo das Políticas Públicas como forma de consagrar os Direitos Sociais constitucionalmente assegurados, bem como a análise do Ativismo Judicial e suas conseqüências no ordenamento jurídico brasileiro, identificando as correntes contrárias e favoráveis a essa postura do Judiciário. Por fim, estudou-se a necessária intervenção do Poder Judiciário em situações em que o Poder Público não consegue exercer sua função parcial ou totalmente, seja em razão da crise de representatividade do Poder Legislativo ou por fatores outros que se apresentem como entrave ao Estado.

O problema central abordado na presente pesquisa provocou o seguinte questionamento: O Ativismo Judicial é necessário à consecução e efetividade das Políticas Públicas?

Com relação à metodologia empregada, adotou-se o método indutivo de pesquisa, de forma que, nas diversas fases da pesquisa, foram acionadas as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica.

2 AS POLÍTICAS PÚBLICAS E A DEFESA DOS DIREITOS SOCIAIS

As Políticas Públicas apresentam-se como programas desenvolvidos pelo Estado, de forma direta ou indireta, mediante a participação de entes públicos ou privados, com vistas a assegurar Direitos Sociais previstos na Constituição Federal.³

A implementação de Políticas Públicas decorre de iniciativa do Estado quando se reputa necessário salvaguardar direitos de absoluta importância à sociedade.⁴

Nos dizeres de Hess⁵, as Políticas Públicas constituem prestações positivas da atividade estatal, “seja pela construção normativa do Legislativo, pelo ato do governo do Executivo e pela decisão do Judiciário para a consecução dos objetivos e fins sociais do Estado democrático de direito”.

Assim, uma efetiva prestação pública voltada aos interesses sociais pressupõe o gerenciamento de diretrizes preestabelecidas que, em consonância com a legislação pertinente, venham a concretizar tais direitos.⁶

Nas palavras de Passos⁷, a política pública “propõe uma evolução do conceito de governo da lei, estruturando a atividade administrativa para responder àquele objetivo”:

Observe-se a importante função das políticas públicas para a concretização do conteúdo emancipatório da carta constitucional, na medida em que as normas deixam de ser interpretadas com base em seu próprio texto, passando a incorporar, mais densamente, o conteúdo dos princípios, das prioridades e das finalidades perseguidas pela política pública. É evidente que tais políticas devem conformar-se com a constituição e com as demais normas legais. A necessidade de conformidade com a legislação aplicável expõe a necessidade de se perquirir qual seria o possível objeto da análise judicial em tais casos: o ato administrativo, a normal legal ou a própria atividade tomada em seu conjunto.

Por tal razão, na busca pela concretização de Políticas Públicas eficazes quanto aos Direitos Sociais, a discussão que se apresenta é voltada à participação do Poder Judiciário na proteção dos direitos fundamentais, e os limites que lhe são impostos nessa tarefa.

³ NUNES, Ana Luisa Tarter; COUTINHO, Nilton Carlos; LAZARI, Rafael José Nadim de. Políticas públicas e ativismo judicial: o dilema entre a efetividade e limites de atuação. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília, v. 5, Número Especial, 2015. p. 212.

⁴ PAMPLONA, Daniele Anne; MESQUISTA, Eduardo Melo de. *In: Judiciário e políticas públicas: um exemplo positivo*. Revista Novos Estudos Jurídicos. Itajaí: Editora UNIVALI. 2015. Disponível em: www.univali.br/nej. Acesso em: 30 de junho de 2017. p. 889.

⁵ HESS, Heliana Maria Coutinho. Ativismo judicial e controle de políticas públicas. **Revista da Seção Judiciário do Rio de Janeiro**. v. 18, n. 30. 2011. p. 269.

⁶ PINHEIRO NETO, Othoniel. As políticas públicas de saúde e o ativismo judicial. **Revista Eletrônica Direito e Política**. Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.2, 2º quadrimestre de 2012. p. Disponível em: www.univali.br/direitopolitica. Acesso em: 30 de junho de 2017.

⁷ PASSOS, Daniel Silva. **Intervenção judicial nas políticas públicas: o problema da legitimidade**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 57-58.

Pamplona e Mesquita⁸ aduzem que ao Poder Judiciário é autorizada a intervenção quanto à proteção dos direitos fundamentais, sem comprometer a democracia e a tripartição dos poderes, sempre que um direito é ameaçado e se demanda pela resposta do Judiciário.

Passos⁹ assevera que o Judiciário tem por função a proteção das normas jurídicas, inclusive as normas constitucionais, destacando que a atividade do Poder Judiciário revela problema de difícil solução, por tratar-se de normas ínsitas a direitos fundamentais:

O Estado democrático de direito alterou a estrutura jurídica outrora vigente no modelo liberal, estabelecendo promessas emancipatórias direcionadas à reconstrução de uma realidade social excludente. Em outras palavras, a superveniência dos direitos fundamentais de segunda geração passou a exigir uma postura ativa por parte do Estado, de quem se espera a promoção de políticas públicas voltadas à concretização da dignidade humana”.

A atuação funcional do Poder Judiciário, portanto, parece não só legítima quanto necessária no que tange à concretização de Políticas Públicas e à salvaguarda dos direitos fundamentais sociais.

A esse respeito, passa-se a discutir a atuação judicial e os limites que a ela se impõem, estudando-se em que medida se justifica essa interação judicial no campo das Políticas Públicas.

3 ATIVISMO JUDICIAL NO CONTEXTO DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO^{10 11}

O Ativismo Judicial desponta como uma intervenção no âmbito político em decorrência da postura proativa de juízes, tribunais e da Corte Constitucional.¹²

A definição de Ativismo Judicial denota diversas nuances, não se revelando uniforme, vez que as contribuições dos estudiosos do tema apresentam enfoques distintos.

Elival da Silva Ramos preceitua Ativismo Judicial como sendo o exercício da função

⁸ PAMPLONA, Daniele Anne; MESQUITA, Eduardo Melo de. *In: Judiciário e políticas públicas: um exemplo positivo*. Revista Novos Estudos Jurídicos. Itajaí: Editora UNIVALI. 2015. Disponível em: www.univali.br/nej. Acesso em: 30 de junho de 2017. p. 903.

⁹ PASSOS, Daniel Silva. *Intervenção judicial nas políticas públicas: o problema da legitimidade*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 72.

¹⁰ Por constitucionalismo contemporâneo entende-se a dogmática constitucional, historicamente situada no pós Segunda Guerra Mundial, que consagrou amplo rol de direitos fundamentais dotados de caráter vinculante, relativa ao modo de se compreender as constituições, a eficácia normativa das disposições constitucionais e o papel do Poder Judiciário na realização desses direitos de superior dignidade.

¹¹ Ferrajoli destaca que são direitos fundamentais aqueles subjetivos, que dizem respeito universalmente a todos os seres humanos dotados do *status* de pessoa, cidadão ou de pessoa capaz de agir. (FONTE: FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 9).

¹² HESS, Heliana Maria Coutinho. *Ativismo judicial e controle de políticas públicas*. *Revista da Seção Judiciário do Rio de Janeiro*. v. 18, n. 30. 2011. p. 259.

jurisdicional que ultrapassa os limites impostos pelo ordenamento a que pertence, “resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflito normativo)”.¹³

Referido Autor apresenta um aporte teórico substancial acerca da gradação do controle exercido pelo Poder Judiciário em relação aos atos praticados pelos demais Poderes ou por ele próprio, verificando o caráter ativista ou não de certa decisão. Para tanto, enumera como ordem gradativa a inexistência de controle, o controle mínimo, o controle médio-fraco, o controle médio-forte e o controle máximo.¹⁴

A seu turno, Barroso¹⁵ ensina que o Ativismo Judicial se apresenta como uma atitude, um modo específico de interpretar a Constituição, que se vislumbra “em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva”.

Associa-se, pois, a uma participação mais contundente do Poder Judiciário com vistas a concretizar os valores constitucionais, manifestando-se através de diferentes condutas, quais sejam:

(...) (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.¹⁶

Gargarella¹⁷ elucida que a corrente contrária ao Ativismo Judicial se pauta na premissa de que os juízes adentram em campos que deveriam se restringir aos cidadãos, ou a seus representantes, de modo que o Judiciário acaba por ocupar um lugar que deveria ser tomado pela vontade popular.

Pereira¹⁸ sustenta que o Ativismo Judicial tem como principal justificativa a máxima promoção dos direitos fundamentais, de modo que a intervenção judicial se faz imprescindível sempre que o Estado não cumpre as funções que lhe são inerentes, dentre elas, a concretização das políticas

¹³ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2ª ed. Saraiva: São Paulo, 2015. p. 129.

¹⁴ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2ª ed. Saraiva: São Paulo, 2015. p. 153-168.

¹⁵ BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. **Revista da Escola de Magistratura Regional Federal**. v. 1. p. 395.

¹⁶ BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. **Revista da Escola de Magistratura Regional Federal**. v. 1. p. 395.

¹⁷ Esta paráfrase é uma tradução livre, realizada pela autora desta pesquisa, da seguinte obra: GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno**: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. Barcelona: Editorial Ariel, 1996. p. 59.

¹⁸ PEREIRA, Ana Lúcia Pretto. *Reserva do Possível: judicialização de políticas públicas e jurisdição constitucional*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 171.

públicas.

Destaque-se, outrossim, que a função judiciária ganha notoriedade tendo em vista sua incumbência de “minorar a crise de representatividade vivenciada pelo Legislativo, possibilitando ao cidadão uma via alternativa de influência sobre os centros de tomada de decisão”.¹⁹

Assim, se o contexto político tem demonstrado que os legisladores são, por vezes, influenciáveis por incentivos outros que não o da concretização eficaz das Políticas Públicas na medida em que suas demandas impõem, o Ativismo Judicial parece ser um mecanismo capaz de assegurar os direitos fundamentais consagrados.

Neste sentido, ressalta Pereira²⁰:

Assim, em vista da concepção de que os direitos prestacionais são direitos fundamentais constitucionalmente assegurados e, assim sendo, justificáveis em alguma medida, somada ao questionamento acerca da eficácia de políticas públicas destinadas à efetivação de tais direitos, e a uma crise de representatividade, nota-se o crescimento de decisões judiciais que, calcadas no comprometimento com a consecução das diretivas constitucionais, intervêm nas opções dos Poderes Executivo e Legislativo, no sentido de questionar as escolhas efetuadas pelas autoridades públicas e, até mesmo, impor-lhes a execução de ações positivas e concretizadoras de direitos fundamentais. A essa postura intervencionista do julgador na esfera discricionária dos demais poderes tem-se chamado de *ativismo judicial*.

Trindade²¹, no entanto, ao discorrer acerca dos tipos de Ativismo Judicial, concebe tal postura como uma disfunção da atividade jurisdicional, destacando a classificação de William Marshall como a mais adequada, ao enumerar sete tipos de Ativismo Judicial: ativismo contramajoritário, ativismo não originalista, ativismo de precedentes, ativismo jurisdicional, ativismo criativo, ativismo remediador e ativismo *partisan*.

Seguindo tal premissa, Trindade²² assim destaca:

Com base nas tipologias oferecidas por Marshall, o que se verifica é que, de certa maneira, todas as formulações pressupõem uma disfunção do exercício da atividade jurisdicional. Isto nos permite concluir que o ativismo judicial consiste na recusa dos tribunais de se manterem dentro dos limites jurisdicionais estabelecidos para o exercício do poder a eles atribuídos pela Constituição.

¹⁹ PASSOS, Daniel Silva. **Intervenção judicial nas políticas públicas: o problema da legitimidade**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 93.

²⁰ PEREIRA, Ana Lúcia Pretto. Reserva do Possível: judicialização de políticas públicas e jurisdição constitucional. Curitiba: Juruá, 2014. p. 171.

²¹ TRINDADE, André Karam. Garantismo *versus* neoconstitucionalismo: o desafio do protagonismo judicial em *terrae brasilis*. In: **Garantismo, hermênutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2012. p. 111

²² TRINDADE, André Karam. Garantismo *versus* neoconstitucionalismo: o desafio do protagonismo judicial em *terrae brasilis*. In: **Garantismo, hermênutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2012. p. 111.

Na ótica do Autor²³, o Ativismo Judicial decorreu de uma institucionalização às avessas, visto que aos magistrados acaba por ser conferida discricionariedade para buscarem solução “que atenda aos fins de justiça social, autorizando-os tanto à *criação do direito* quanto ao *gerenciamento processual*, o que implica um intervenção indevida tanto na esfera administrativa quanto legislativa”.

Na mesma linha, Grau²⁴ entende que o intérprete da lei se vincula ao texto normativo, afirmando que a abertura nessa interpretação não pode ser absoluta, sob pena de resultar na subversão do texto, refutando, portanto, a discricionariedade o julgador, asseverando que sua atuação está restrita aos limites da legalidade.

Evidenciado o alcance do Ativismo Judicial no ordenamento jurídico atual, a pesquisa se volta à análise da atuação proativa do Judiciário na concretização das Políticas Públicas.

4 O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Da análise do Ativismo Judicial e seu alcance no atual ordenamento jurídico restou evidente a crescente necessidade de uma postura ativista por parte dos julgadores na consecução de Políticas Públicas.

Como visto, o Estado, cuja premissa é de proteção e efetivação dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, nem sempre consegue atender às demandas sociais da maneira adequada, ou sequer consegue atendê-las, seja em razão da crise de representatividade do Poder Legislativo, seja em virtude do contexto sociopolítico que por vezes se apresenta como um entrave à efetivação dos direitos sociais.

Por tal razão, a atuação do Judiciário vislumbra-se, nestes casos, como única alternativa ao atendimento aos direitos fundamentais sociais constitucionalmente assegurados.

Savaris²⁵ assevera que o Poder Judiciário produz impacto nas Políticas Públicas destacando três razões: o número elevado de demandas que objetivam a impugnação, modificação ou adoção de uma política pública; as decisões judiciais que impedem a implementação de Políticas Públicas; e o papel informal do Judiciário na fase de deliberação.

²³ TRINDADE, André Karam. *Garantismo versus neoconstitucionalismo: o desafio do protagonismo judicial em terrae brasilis*. In: **Garantismo, hermênutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2012. p. 112.

²⁴ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 5 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006. p. 56-57.

²⁵ SAVARIS, José Antonio. *Uma teoria da decisão judicial da previdência social: contributo para a superação da prática utilitarista*, Florianópolis: Conceito, 2011. p. 128-129.

Ressalte-se que incumbe ao Poder Judiciário, por expressa disposição constitucional, se manifestar sobre lesão ou ameaça a direitos, de forma que “em determinadas hipóteses, é possível o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. E uma dessas hipóteses refere-se à implementação de políticas públicas”.²⁶

O que se defende é que o Ativismo Judicial se estabeleça com critérios, com racionalidade, quando o Poder Executivo e o Poder Legislativo não forem capazes de consagrar os Direitos Sociais e se faça necessária a intervenção jurisdicional nas respectivas Políticas Públicas.²⁷

Acerca do tema, Passos²⁸ aduz que a legitimidade judicial para intervir nas Políticas Públicas apresenta óbices bem fundamentados:

Os argumentos contrários circundam os campos da ciência jurídica, da política e da administração pública. A teoria política mais conservadora, por exemplo, preocupada com o exercício moderado do poder, apega-se aos ideais liberais para sustentar que a intervenção judicial sobre as políticas públicas ofende o dogma da separação de poderes, invadindo instância conferida constitucionalmente ao legislador e ao administrador. Outra preocupação política reside no suposto déficit democrático inerente ao intervencionismo judicial, que desconsidera as decisões tomadas pelos representantes eleitos pelo povo, para impor uma solução estranha à vontade daquela maioria democrática. A inexistência de efetivos meios de controle das decisões judiciais potencializaria o risco de uma ditadura do Judiciário. O direito tem se demonstrado incapaz de estabelecer critérios seguros para decidir todos os casos que lhe são propostos, notadamente aqueles mais difíceis. Em tais momentos, o magistrado agiria discricionariamente, sem quaisquer limites, imiscuindo-se da função legislativa, em face da inexistência de critérios jurídicos que norteiem sua decisão. Por fim, os cientistas da administração argumentam que o processo de políticas públicas demanda um aparelhamento bastante complexo, por meio do qual se possa aprender toda a sua complexidade e profundidade e, só assim, tomar as decisões mais aptas à consecução dos objetivos públicos. O Judiciário, construído para apreciar casos individuais, não teria condições de proceder a tal análise, desalinhando todo um desenho estrutural realizado com base em critérios essencialmente técnicos.

Não obstante, Passos²⁹ sublinha que tais argumentos não são capazes de elidir uma necessária postura ativa por parte do Judiciário, a fim de garantir os programas constitucionalmente exigidos. No entanto, os argumentos contrários à judicialização das Políticas Públicas exigem reflexão acerca da “sofisticação do modo de agir do magistrado”.

A problemática concernente à postura ativista do Judiciário atravessa, necessariamente, a

²⁶ NUNES, Ana Luisa Tarter; COUTINHO, Nilton Carlos; LAZARI, Rafael José Nadim de. Políticas públicas e ativismo judicial: o dilema entre a efetividade e limites de atuação. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília, v. 5, Número Especial, 2015. p. 217.

²⁷ NUNES, Ana Luisa Tarter; COUTINHO, Nilton Carlos; LAZARI, Rafael José Nadim de. Políticas públicas e ativismo judicial: o dilema entre a efetividade e limites de atuação. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília, v. 5, Número Especial, 2015. p. 218.

²⁸ PASSOS, Daniel Silva. **Intervenção judicial nas políticas públicas: o problema da legitimidade**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 71.

²⁹ PASSOS, Daniel Silva. **Intervenção judicial nas políticas públicas: o problema da legitimidade**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 71-72.

discussão atinente à separação dos poderes.

A celeuma que discute a legitimação de cada órgão na defesa dos direitos constitucionalmente assegurados busca limitar a atuação destes órgãos, de modo que a possibilidade de revisão judicial dos atos administrativos e legislativos se apresenta como relevante tema em sede de controle jurisdicional de Políticas Públicas.³⁰

Mendes³¹ ressalta que a Corte Constitucional constitui necessário complemento às atividades do parlamento, visto que este não se demonstra suficiente para o atendimento das demandas sociais, de modo que a revisão judicial tem importante missão constitutiva da democracia a ser cumprida:

Não significa que a corte tenha a exclusividade na interpretação da constituição. Num regime constitucional, por definição, todos os poderes tomam suas decisões tendo em vista a constituição. Portanto, interpretam-na. Apesar do fenômeno rotineiro da interpretação extrajudicial, o estado de direito requer, em nome da estabilidade e em casos de conflito, que somente uma dessas autoridades – a corte – defina o significado da constituição em última instância.

Ademais, Mendes³² ressalta que os julgadores, por não estarem sujeitos a pressões políticas eleitorais, detêm maior condição de decisão imparcial do que o parlamento, ainda que a função do legislador representativo seja essencial.

E, tendo em vista que o Poder Público por muitas vezes deixa de concretizar Políticas Públicas definidas no texto constitucional, o Ativismo Judicial se apresenta como alternativa, buscando salvaguardar direitos sociais:

Assim, quando o Poder Público se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional transgride frontalmente os direitos fundamentais consagrados no texto constitucional, dando azo a atuação estatal. Como sabemos, a decisões judiciais devem ser devidamente fundamentadas. Em razão de tal exigência, a doutrina aponta a reserva de consistência como relevante fundamento para a autocontenção, afirmando que as interpretações judiciais exigem uma reserva de consistência para se sobreporem às interpretações legislativas impedindo o juiz de efetivar políticas públicas de certa complexidade. Ou seja, o princípio da necessidade de fundamentação das decisões judiciais acabaria constituindo-se como um limitador para o ativismo judicial em determinadas situações.³³

O Ativismo Judicial se viabiliza como instrumento de consecução às Políticas Públicas na

³⁰ PEREIRA, Ana Lúcia Pretto. Reserva do Possível: judicialização de políticas públicas e jurisdição constitucional. Curitiba: Juruá, 2014. p. 170.

³¹ MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e democracia**. Ed. Saraiva, 2011. p. 75-76.

³² MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e democracia**. Ed. Saraiva, 2011. p. 76.

³³ NUNES, Ana Luisa Tarter; COUTINHO, Nilton Carlos; LAZARI, Rafael José Nadim de. Políticas públicas e ativismo judicial: o dilema entre a efetividade e limites de atuação. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília, v. 5, Número Especial, 2015. p. 218.

medida em que a intervenção dele decorrente costuma se dar em tempo célere e razoável, por meio de prestações eficientes e adequadas ao alcance dos Direitos Sociais.³⁴

O que fica claro, nesse ponto, é que o Poder Judiciário parece apresentar maior isenção no que toca aos direitos fundamentais sociais, em virtude da capacidade institucional que lhes reveste, tornando-se primordial a atuação da Corte na consecução das Políticas Públicas.

Evidenciadas as implicações do Ativismo Judicial ao constitucionalismo brasileiro, em especial no que tange à necessária concretização e efetividade das Políticas Públicas, depreende-se que os limites à atuação jurisdicional devem ser observados, no entanto referida atuação apresenta-se primordial à consecução dos Direitos Sociais constitucionalmente enumerados.

5 CONCLUSÃO

A presente pesquisa se desenvolveu com o objetivo de analisar as Políticas Públicas na sociedade brasileira e a forma através da qual são ou não concretizadas pelo Poder Público, partindo-se, através desse exame, para a identificação da atuação do Poder Judiciário como forma de suprir as lacunas eventualmente deixadas pelo Estado no atendimento às demandas sociais.

De acordo com o exposto, buscou-se evidenciar a definição das Políticas Públicas e sua importância mediante o objetivo do Estado em conseguir efetivar os Direitos Sociais, prerrogativa do indivíduo em virtude do texto constitucional.

Por conseguinte, passou-se a estudar o fenômeno do Ativismo Judicial que, embora um tanto recente, tem provocado inúmeras discussões acerca da sua possibilidade, e da necessidade de limitação da atuação dos juízes no que tange à proteção dos direitos fundamentais.

Por fim, discutiu-se o papel do Poder Judiciário perante a concretização e efetivação das Políticas Públicas, questionando-se até que ponto a postura proativa dos juízes é tida como legítima, e em que medida se justifica sua intervenção em sede de Políticas Públicas.

Verificou-se, através da presente pesquisa, que embora sofra certa resistência de correntes tradicionais e contemporâneas que interpretam o Ativismo Judicial como uma forma de transgressão dos limites jurisdicionais e de legalidade, a atuação ativista dos juízes, por vezes, vislumbra-se como o único meio capaz de tornar efetiva a prestação de

³⁴ HESS, Heliana Maria Coutinho. Ativismo judicial e controle de políticas públicas. **Revista da Seção Judiciário do Rio de Janeiro**. v. 18, n. 30. 2011. p. 269.

Direitos Sociais e de valores constitucionais, haja vista a necessidade de se atender às demandas sociais, que se apresentam a cada dia mais numerosas e urgentes.

Incumbe ressaltar, outrossim, que a atuação do Judiciário, em especial no que diz respeito às Políticas Públicas, tem se ampliado, em boa parte, em razão da crise de representatividade do Poder Legislativo, que, mais suscetível a influências e voltado a resultados eleitorais, acaba por olvidar aspectos importantes na consecução dos Direitos Sociais e por falhar em sua função precípua.

Depreende-se, por todo o exposto, que é preciso cautela e comedimento na atuação jurisdicional em todos os campos do Direito, estabelecendo-se critérios capazes de tornar adequada essa postura ativista.

No entanto, resta clara a premente necessidade de se efetivarem as Políticas Públicas, visando atender às demandas e alcançar os direitos fundamentais sociais constitucionalmente estabelecidos, de modo que, se ou quando o Estado não é capaz de realizar sua função adequadamente, outro mecanismo deve estar apto a fazê-lo, razão pela qual o Ativismo Judicial parece se apresentar como a mais conveniente alternativa.

6 REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista da Escola de Magistratura Regional Federal**. v. 1.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial**. Barcelona: Editorial Ariel, 1996.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 5 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

HESS, Heliana Maria Coutinho. Ativismo judicial e controle de políticas públicas. **Revista da Seção Judiciário do Rio de Janeiro**. v. 18, n. 30. 2011.

MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e democracia**. Ed. Saraiva, 2011.

NUNES, Ana Luisa Tarter; COUTINHO, Nilton Carlos; LAZARI, Rafael José Nadim de. Políticas públicas e ativismo judicial: o dilema entre a efetividade e limites de atuação. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília, v. 5, Número Especial, 2015.

PAMPLONA, Daniele Anne; MESQUITA, Eduardo Melo de. *In: Judiciário e políticas públicas: um exemplo positivo*. Revista Novos Estudos Jurídicos. Itajaí: Editora UNIVALI. 2015. Disponível em: www.univali.br/nej. Acesso em: 30 de junho de 2017.

PASSOS, Daniel Silva. **Intervenção judicial nas políticas públicas: o problema da legitimidade**. São Paulo: Saraiva, 2014.

PEREIRA, Ana Lúcia Pretto. *Reserva do Possível: judicialização de políticas públicas e jurisdição constitucional*. Curitiba: Juruá, 2014.

PINHEIRO NETO, Othoniel. **As políticas públicas de saúde e o ativismo judicial**. **Revista Eletrônica Direito e Política**. Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.2, 2º quadrimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/direitopolitica. Acesso em: 30 de junho de 2017.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2ª ed. Saraiva: São Paulo, 2015.

SAVARIS, José Antonio. **Uma teoria da decisão judicial da previdência social: contributo para a superação da prática utilitarista**, Florianópolis: Conceito, 2011.

TRINDADE, André Karam. *Garantismo versus neoconstitucionalismo: o desafio do protagonismo judicial em terrae brasilis*. *In: Garantismo, hermênutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2012.

FUNDO PARA RECUPERAÇÃO DE BENS LESADOS E A INFÂNCIA E A ADOLESCÊNCIA EM SANTA CATARINA: COMO ATINGIR A SUSTENTABILIDADE SOCIAL EM MEIO A BENS DIFUSOS E DANOS CONCENTRADOS?

Priscilla Linhares Albino¹
Loren Tazioli Engelbrecht Zantut²

Recebido em: 19 dez. 2018

Aceito em: 20 dez. 2018

Resumo: O presente artigo visa à reflexão acerca da aplicação dos recursos contidos no Fundo para Recuperação de Bens Lesados (FRBL) de Santa Catarina na área infantoadolescente. A metodologia utilizada para alcançar o objetivo científico foi a base lógica indutiva por meio da pesquisa bibliográfica e de pareceres administrativos. Para tanto, a pesquisa foi dividida em três tópicos, iniciando-se com o levantamento de conceitos importantes e evolução legislativa para a garantia das crianças e dos adolescentes. Em seguida, trouxe considerações acerca do FRBL, sua base legal para constituição e organização para, por fim, apurar-se os recursos contidos no referido fundo e sua aplicação na área da infância e adolescência no Estado de Santa Catarina, nos últimos três anos.

Palavras-chave: Infância; Criança; Adolescente; Fundo para Reconstituição de Bens Lesados; Direitos coletivos.

FUND FOR RECOVERY OF LOSSES AND CHILDHOOD AND ADOLESCENCE IN SANTA CATARINA: HOW TO ACHIEVE SOCIAL SUSTAINABILITY AMID DIFFUSED GOODS AND CONCENTRATED DAMAGE?

Abstract: This article aims to reflect on the application of the resources contained in the Fund for the Recovery of Invalid Assets (FRBL) of Santa Catarina in the area of children and youth. The methodology used to reach the scientific objective was the logical inductive basis through bibliographic research and administrative opinions. To do so, the research was divided into three topics, beginning with the survey of important concepts and legislative evolution for the guarantee of children and adolescents. It then brought some considerations about the RFBL, its legal basis for constitution and organization, in order to ascertain the resources contained in this fund and its application in the area of childhood and adolescence in the State of Santa Catarina in the last three years.

Key words: Childhood; Child; Teenager; Fund for Reconstitution of Injured Property; Collective rights.

¹ Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e Mestre em Saúde e Meio Ambiente pela Universidade da Região de Joinville (UNIVILLE). Currículo Lattes <http://lattes.cnpq.br/6111318175172871> E-mail: priscillalalbino@gmail.com

² Mestranda bolsista PROSUP-CAPEs no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Itajaí-UNIVALI - SC, Graduada em Direito e Administração pela mesma instituição, e-mail: lohengel@hotmail.com.

1 INTRODUÇÃO

A diversidade das demandas sociais da pós-modernidade exige de todos os atores do Sistema de Justiça um olhar atento, perspicaz e moderno.

Ao tempo em que foram ultrapassadas as fronteiras da entrega de tutela somente na área individual, a defesa dos direitos difusos e coletivos, dentre eles os direitos da infância e adolescência, do meio ambiente, do consumidor e do patrimônio público e social, atingiu-se o patamar da irretroatividade.

Nesse contexto, inúmeros foram os meios constitucionais e legais inscritos para se chegar à efetividade da prestação jurisdicional à Sociedade, dentre eles a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo.

Na seara infantoadolescente não foi outro o caminho trilhado. Da Doutrina da Situação Irregular para a Doutrina da Proteção Integral, esse público passou a constar em importantes pautas governamentais e de entidades civis, até conquistar um lugar constitucional como sujeito de direito e digno de proteção integral e prioridade absoluta.

Com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente no ordenamento jurídico nacional, no ano de 1990, as conquistas foram aprimoradas e novas formas e possibilidades para o incremento às políticas públicas infantoadolescentes, como o Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente, surgiram no contexto legal.

Ademais, em não sendo suficientes, ainda se pode contar com alternativas como o Fundo para Reconstituição de Bens Lesados (FRBL) e a sua aplicabilidade em projetos, programas, ações e políticas que beneficiem crianças e adolescentes, tema central deste artigo, tem sido objeto de interessantes reflexões.

Para tanto, o estudo está dividido em três momentos: o primeiro, que aborda os aspectos históricos e legais da infância no Brasil, sem ter a pretensão de exauri-los; o segundo que busca, por sua vez, a elucidação de alguns aspectos do Fundo de Reconstituição dos Bens Lesados; e o terceiro, que visa à investigação da aplicabilidade dos recursos existentes no Fundo para Reconstituição de Bens Lesados na área infanto-adolescente.

Quanto à **metodologia**, foi utilizada a base lógica indutiva por meio da pesquisa bibliográfica a ser utilizada no desenvolvimento da pesquisa, compreende o método cartesiano quanto à coleta de

dados e no relatório final o método indutivo com a técnica da pesquisa bibliográfica.³

2 ASPECTOS HISTÓRICOS E LEGAIS DA INFÂNCIA NO BRASIL

Ao longo da história, um íngreme e desafiador caminho foi percorrido pelas instituições sociais, acadêmicas e jurídicas, a fim de que adultos passassem a reconhecer à infância o título de sujeito e a dignidade de pessoa.

É recente no Brasil e no mundo a conquista do reconhecimento da condição da criança e do adolescente como sujeitos de direitos, assim como dos direitos propriamente ditos a este público.

No decorrer dos séculos XVII e XVIII originou-se e se desenvolveu o processo de criação dos direitos infantoadolescentes com a formulação, primeiramente, dos Direitos Naturais do Homem e do Cidadão, sucedida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948⁴.

Nesse contexto, durante o século XIX a criança e o adolescente passaram a ser reconhecidos de forma interdisciplinar – pela medicina, psicologia e pedagogia – como uma categoria social que demandava proteção.

Entretanto, uma significativa evolução do cenário ocorreu no século XX, com a atribuição de novas perspectivas relacionais e novos significados ao universo infanto adolescente.

A Primeira Guerra Mundial e as suas repercussões e efeitos na vida e na sobrevivência de meninos e meninas passaram a ocupar pautas de discussões e, inclusive, inspiraram a criação do movimento internacional denominado *Save the Children Fund International Union*.

Assim, em 1923, com base na mencionada instituição, foi promulgada a Primeira Declaração dos Direitos da Criança, conhecida como Declaração de Genebra, que salientava a necessidade de proteção e auxílio especiais à infância.

Entretanto, foi somente a partir da Segunda Guerra Mundial, em razão da demanda por assistência às crianças órfãs, que, em 1946, a Organização das Nações Unidas (ONU) criou o *United Nations International Child Emergency Fund* (Unicef)⁵ visando constituir um fundo internacional de ajuda à infância em situação de vulnerabilidade.

³ PASOLD, Cezar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13. ed. Florianópolis: Conceito, 2015, p. 97-99.

⁴ Organização das Nações Unidas (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.html Acesso em 14 dez. 2018.

⁵ Somente no ano de 1953 o Unicef se tornou um órgão permanente da ONU e, apenas em 1958, seus investimentos incorporaram os serviços sociais para a infância e suas famílias.

Nessa esteira, com o advento da Declaração Universal dos Direitos da Criança, em 1959⁶, a infância foi alçada à condição de prioridade absoluta e sujeita de direitos.

Contudo, é em 1989 que a Assembleia Geral das Nações Unidas adota a Convenção sobre os Direitos da Criança, oficializando-a como lei internacional em 1990. Segundo o Unicef, a Convenção sobre os Direitos da Criança é o instrumento de direitos humanos mais aceito na história universal, tendo sido ratificado por 196 países.⁷

O referido documento inovou em relação às declarações internacionais anteriores porque reconheceu à criança e ao adolescente todos os direitos e todas as liberdades previstas na Declaração dos Direitos Humanos, outorgando-lhes, assim, direitos de liberdade até então reservados aos adultos. Reconheceu, ainda, a especificidade da criança, adotando percepção semelhante à do preâmbulo da Declaração dos Direitos da Criança de 1959: “a criança, em razão de sua falta de maturidade física e intelectual, precisa de uma proteção especial e de cuidados especiais, especialmente de proteção jurídica apropriada antes e depois do nascimento”.

Nesse contexto, Bruñol, ao defender a importância da Convenção, afirma:

[...] A Convenção sobre os Direitos da Criança é, precisamente, o instrumento internacional que permitiu expandir a cidadania para a infância, já que reconhece que todas as crianças e adolescentes têm direitos perante o Estado e a sociedade e que os Estados Partes devem adotar todas as medidas administrativas, legislativas e de outra esfera para dar efetividade aos direitos reconhecidos na presente Convenção. (art.4).

O impacto desta Convenção na América Latina foi enorme, tanto no âmbito das reformas legislativas, como no das políticas públicas e o que é não menos importante, na conscientização das pessoas tanto em relação à adesão aos princípios, diretrizes e direitos que nela estão contidos, como nas múltiplas organizações sociais que nasceram em razão de seu impulso para gerar plena efetividade aos direitos das crianças.⁸

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), trilhando a senda mundial e após a mobilização de segmentos sociais nacionais, que reivindicavam inserções relacionadas a esse público, instituiu em seu artigo 227⁹ a responsabilidade compartilhada entre diversos atores em prol da infância no País, assim como a prioridade absoluta, instituindo a Doutrina

⁶ **Declaração dos Direitos das Crianças** - UNICEF Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_universal_direitos_crianca.pdf Acesso em 13 dez. 2018.

⁷ Somente os Estados Unidos não ratificaram a Convenção, mas sinalizaram sua intenção de ratificá-la, segundo o Unicef. Para maiores informações, *vide o site*: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.html Acesso em 12 dez. 2018.

⁸ BRUÑOL, Miguel Cillero. *Los derechos del niño: de la proclamación a la protección efectiva*. Justicia y derechos del niño n. 3; Buenos Aires: UNICEF, 2001. p. 50. (tradução livre desta autora)

⁹Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

da Proteção Integral.

Por absoluta prioridade, segundo Liberati¹⁰, estima-se que “devemos entender que a criança e o adolescente deverão estar em primeiro lugar na escala de preocupação dos governantes”, e

[...] que, na área administrativa, enquanto não existirem creches, escolas, postos de saúde, atendimento preventivo e emergencial às gestantes, dignas moradias e trabalho, não deveriam asfaltar ruas, construir praças, sambódromos, monumentos artísticos, etc., porque a vida, a saúde, o lar, a prevenção de doenças são mais importantes que as obras de concreto que ficam para demonstrar o poder dos governantes¹¹.

A proteção integral no ordenamento jurídico nacional, por sua vez, restou contemplada no art. 227 da CRFB/88, o qual assegurou à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, os direitos “à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”¹².

Entretanto, apenas a inserção do artigo 227 no texto constitucional não bastava, porquanto ainda era necessário avançar, buscando a participação ativa de diversos segmentos da sociedade atuantes na área infantoadolescente, garantindo e ampliando os seus direitos sociais e individuais.¹³

Do mesmo modo se deu a mobilização de diversos juristas com a finalidade de elaboração da redação do texto que viria a ser aprovado como original do Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme explanação de Cury *et al*:

[...] Logo após a promulgação da Magna Carta surgiu o primeiro anteprojeto, denominado Normas Gerais de Proteção à Infância e à Juventude, embrião do Estatuto da Criança e do Adolescente, elaborado pelos autores destas anotações, e levado à discussão do Fórum Nacional de Defesa da Criança e do Adolescente, movimento de articulação de representantes de entidades não-governamentais e especialistas da área, muitos dos quais integrantes de órgãos públicos ligados à questão. A proposta foi aprovada e encaminhada ao Deputado Federal Néelson Aguiar, do Estado do Espírito Santo, que, numa atitude de coragem e de respeito à posição referendada pelo Fórum DCA, apresentou o projeto na Câmara dos Deputados recebendo o n. 159/90.

[...]

Idêntico substitutivo foi apresentado no Senado pelo Senador Ronan Tito, de Minas Gerais, merecendo tramitação conjunta, agilizando o processo de discussão. Aprovado nas duas Casas, foi sancionado e publicado no Diário Oficial da União de 16 de julho de 1990, entrando em vigor no dia 14 de outubro do mesmo ano.¹⁴

¹⁰ LIBERATI, Wilson Donizete. O Estatuto da Criança e do Adolescente: comentários. Brasília: IBPS, 1991, p. 45.

¹¹ LIBERATI, Wilson Donizete. O Estatuto da Criança e do Adolescente: comentários. Brasília: IBPS, 1991, p. 4.

¹² Destaque-se que, com a publicação da Emenda Constitucional nº 65/2010, o jovem passou a ser beneficiado pela primazia da proteção integral e da prioridade absoluta.

¹³ AMIN, Andréa Rodrigues. “Doutrina da Proteção Integral” e “Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente”. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo (coord). Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 08.

¹⁴ MARÇURA, Jurandir Norberto; CURY, Munir; DE PAULA, Paulo Afonso Garrido. *Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado*. 3. ed., São Paulo: RT, 2002. p. 19-20.

Dessa forma, tanto a CRFB/88, no artigo 227, quanto o Estatuto da Criança e do Adolescente, passaram a respeitar crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, em obediência às normas internacionais de direitos humanos, notadamente à Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança.

A promulgação do texto constitucional gerou o cenário possível para a posterior aprovação do Estatuto da Criança e do Adolescente, porquanto nova concepção doutrinária se formou no País em relação aos direitos infantoadolescentes.

Com a aprovação dessa lei especial, o Brasil tornou-se o primeiro País da América do Sul a adotar a Doutrina da Proteção Integral, adequando sua legislação aos termos da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança¹⁵.

Tamanha a importância da aprovação da Lei Federal n. 8.069/90 que, após essa data, houve a elaboração e consequente aprovação de diversas leis especiais e Códigos na América Latina, conforme apontam Méndez e Beloff.¹⁶

Em que pese ser verificada a equivocada praxe no dia a dia forense do uso da expressão *menor*, não mais se aceitou essa referência nos textos normativos, adotando-se, em seu lugar o termo criança ou adolescente, permitindo-se a identificação da classe de *sujeitos* titulares dos direitos.¹⁷

E não foi só. Passou-se a diferenciar criança, de zero a 11 anos, de adolescentes, de 12 a 18 anos incompletos.¹⁸

Enquanto a expressão menor conduzia o intérprete à visão de que aquele que estava sendo tutelado não tinha direitos, com o Estatuto, crianças e adolescentes passaram a ser considerados, conforme a própria Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança já previra, sujeitos de direitos e pessoas em situação peculiar de desenvolvimento.

Inspirada na normativa Internacional, a Doutrina da Proteção Integral rompeu com a ideia de que crianças e adolescentes são simples objetos de intervenção do mundo adulto, passando a enxergá-las como seres com direitos especiais decorrentes da condição peculiar de pessoas em processo de desenvolvimento, o que bem definem Cury *et al*, com fundamento na *concepção de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, frente à família, à sociedade e ao Estado*.¹⁹

¹⁵ SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente em Conflito com a Lei: da indiferença à proteção integral: Uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 72-73.

¹⁶ MÉNDEZ, Emilio García; BELOFF, Mary. *Infância, ley y democracia en América Latina*. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 1998. p. 92.

¹⁷ Art. 1º do Estatuto: “Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à *criança e ao adolescente*.”

¹⁸ Art. 2º: “Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.”

¹⁹ MARÇURA, Jurandir Norberto; CURY, Munir; DE PAULA, Paulo Afonso Garrido. *Estatuto da Criança e do*

Nessa perspectiva, é possível afirmar que a Lei 8.069/1990 rompeu com a visão filantrópica e assistencial adotada no Brasil no período de vigência do Código de Menores, onde a gestão era centralizada no Poder Judiciário, a quem cabia a execução de qualquer medida referente aos menores que integravam o binômio abandono-delinquência, construindo-se um novo paradigma para o direito infantoadolescente.²⁰

Da mesma forma, reafirmou-se a corresponsabilidade do Estado, da família e da sociedade para com crianças e adolescentes, o que já havia sido previsto dois anos antes no texto constitucional, onde restaram previstos diversos dispositivos referentes a políticas públicas, com indicação de destinação privilegiada de recursos para tanto.

Ao realçar a visão de que o Estatuto é uma das mais avançadas leis aprovadas no Brasil, Mendez e Costa afirmam que ele é a melhor interpretação da Doutrina das Nações Unidas para a Doutrina da Proteção Integral. Contudo, afirmam que, de projeto de lei, o Estatuto da Criança e do Adolescente se tornou um projeto da sociedade e que cabe agora ao povo e ao governo brasileiro a sua realização.²¹

No Título I, referente aos direitos fundamentais, a norma especial tratou dos direitos à vida e à saúde; à liberdade, ao respeito e à dignidade; à convivência familiar e comunitária; à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer; à profissionalização e à proteção no trabalho, reafirmando o previsto no artigo 227 da CRFB/88.

Contudo, a Lei 8.069/90 não apenas protegeu os direitos acima apontados, mas em sua parte especial traçou os contornos referentes às políticas públicas destinadas à proteção de crianças e adolescentes.

Trouxe em seu bojo, ainda, nova referência de espaços de defesa desses direitos, como os Conselhos de Direitos, onde restou prevista a participação da sociedade civil organizada na formulação de políticas infantoadolescentes, conforme já haviam estabelecido os artigos 227, parágrafo 7º, e 204, ambos da CRFB/88.²²

Devido à previsão da criação de Conselhos dos Direitos²³, o Conselho Nacional dos Direitos da

Adolescente Anotado. 3. ed., São Paulo: RT, 2002. p. 21.

²⁰ AMIN, Andréa Rodrigues. “Doutrina da Proteção Integral” e “Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente”. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo (coord). Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 09.

²¹ MENDEZ, Emilio Garcia; DA COSTA, Antonio Carlos Gomes. *Das necessidades aos direitos*. 1. ed., São Paulo: Malheiros, 1994. p. 86.

²² “Art. 227: [...] § 7º - No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204.

“Art. 204: As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes: I - descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social; II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.”

²³ Dispõe o artigo 88, I do Estatuto da Criança e do Adolescente: São diretrizes da política de atendimento: [...] II - criação de conselhos municipais, estaduais e nacional dos direitos da criança e do adolescente, órgãos deliberativos e controladores das ações em todos os níveis, assegurada a participação popular paritária por meio de organizações representativas, segundo leis federal, estaduais e municipais;

Criança e do Adolescente (CONANDA) editou a Resolução n. 113/06, estabelecendo a constituição de um Sistema de Garantias dos Direitos da Criança e do Adolescente, conforme apontado em seu artigo 1º:

[...] Art. 1º O Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente constitui-se na articulação e integração das instâncias públicas governamentais e da sociedade civil, na aplicação de instrumentos normativos e no funcionamento dos mecanismos de promoção, defesa e controle para a efetivação dos direitos humanos da criança e do adolescente, nos níveis Federal, Estadual, Distrital e Municipal.

§ 1º Esse Sistema articular-se-á com todos os sistemas nacionais de operacionalização de políticas públicas, especialmente nas áreas da saúde, educação, assistência social, trabalho, segurança pública, planejamento, orçamentária, relações exteriores e promoção da igualdade e valorização da diversidade.

§ 2º Igualmente, articular-se-á, na forma das normas nacionais e internacionais, com os sistemas congêneres de promoção, defesa e controle da efetivação dos direitos humanos, de nível interamericano e internacional, buscando assistência técnico-financeira e respaldo político, junto às agências e organismos que desenvolvem seus programas no país.

Em continuidade aos significativos avanços trazidos ao período em que foi elaborado, o Estatuto da Criança e do Adolescente previu a criação dos Conselhos Tutelares, órgãos incumbidos de agir como primeiros defensores sociais das violações de direitos, e um arcabouço de políticas sociais a ser colocado em prática pelo Poder Público.

E não é noutra sentido o olhar de Veronese e Lima quando afirmam que são representativos dessa nova mudança na gestão das políticas públicas a criação dos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente em todos os âmbitos da Federação, *a criação dos Conselhos Tutelares em quase toda a totalidade dos municípios brasileiros e a criação de diversos Fóruns de Direitos da Criança e do Adolescente com representação nacional, estadual e municipal*²⁴.

De fato, da análise das dotações orçamentárias destinadas à proteção do público infantoadolescente, constata-se que eram ínfimos os valores destinados à área anteriormente a publicação do referido Estatuto, fato que restou deveras modificado com a positivação do princípio da prioridade absoluta e da *destinação privilegiada de recursos públicos*²⁵.

Aliado a isso, a lei estatutária também previu em seu bojo os recursos necessários à implementação das políticas públicas na oportunidade em que instituiu o Fundo da Infância e da Adolescência²⁶, a ser mantido nas três esferas da federação, vinculados ao seu respectivo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente.

²⁴ LIMA, Fernanda da Silva; VERONESE, Josiane Rose Petry. *Mamãe África, cheguei ao Brasil: os direitos da criança e do adolescente sob a perspectiva da igualdade racial*, Florianópolis: Ed. da UFSC: Fundação Boiteux, 2011. p. 153.

²⁵ Art. 4º, parágrafo único, d, da Lei 8.069/90.

²⁶ O Fundo da Infância e da Adolescência é um Fundo Especial, definido nos moldes do art. 71 da Lei nº 4.320/1964.

Em que pese a Lei 8.069/90 falar em Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente, “o fundo federal é, por determinação da Lei 8.242/1991, denominado de ‘Fundo Nacional para a Criança e o Adolescente’. O Fundo Estadual, em Santa Catarina, tem o nome de Fundo da Infância e da Adolescência, conforme dita a Lei Estadual nº 8.307/1991.”²⁷

Para além da perspectiva da efetivação de políticas públicas com valores constantes no referido Fundo, há ainda possibilidades de outras fontes de custeio, dentre elas os valores advindos do Fundo para Reconstituição de Bens Lesados (FRBL), que tem como requisito indispensável para a aplicação dos seus recursos, que a proposta em análise preserve interesses difusos ou coletivos (art. 6º, inciso I e parágrafo único, da Lei nº 15.694/2011).

A evolução dos direitos não prescinde de continuidade, mas para isto faz-se necessário que sejam assumidos continuamente compromissos reais com a infância e a adolescência do Brasil, buscando a redução das desigualdades que persistem no cotidiano deste público.

Segundo o Unicef, o Brasil avançou muito na garantia dos direitos de meninos e meninas nas últimas décadas. Em que pese no ano de 1991, a maioria dos municípios do País (85%) estar no nível “muito baixo” do Índice de Desenvolvimento Humano Municipal (IDHM) – que analisa indicadores de saúde, educação e renda, passados mais de 20 anos, apenas 0,6% dos municípios se encontram nessa faixa e mais de 70% já apresentam um IDHM médio ou alto²⁸.

Entretanto, significativos desafios ainda precisam ser superados no País para que os direitos de meninos e meninas brasileiros, especialmente os mais vulneráveis, sejam efetivamente garantidos. O Brasil, em que pese ter sido uma referência internacional na redução da mortalidade infantil na última década, no ano de 2016, segundo uma pesquisa da Fundação ABRINQ sobre dados do Ministério da Saúde, registrou que a taxa de mortalidade infantil aumentou entre crianças de 0 a 5 anos de idade, indo de 14,3 para 14,9 por 1000 nascidos vivos²⁹.

Ademais, dados divulgados pela Organização Mundial da Saúde (OMS) apontam que crianças indígenas brasileiras têm duas vezes mais chance de morrer antes de completar o primeiro ano de vida que as demais, o que demonstra que, mesmo em países com níveis relativamente baixos de mortalidade infantil, é necessário maior empenho para reduzir as desigualdades entre grupos sociais

²⁷ MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA. **Manual do Promotor de Justiça da Infância e Juventude: Conselhos e Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente**. V. 2. 2ª ed. – Florianópolis: MPSC, 2013, p. 14 – 15.

²⁸ PNUD, **Atlas do Desenvolvimento Humano no Brasil**, 2013.

²⁹ FUNDAÇÃO ABRINQ. Observatório da Criança e do Adolescente. 2018. Disponível em: <https://observatoriocrianca.org.br/cenario-infancia/temas/sobrevivencia-infantil-infancia/619-taxa-de-mortalidade-na-infancia-para-1-000-nascidos-vivos?filters=1,233>. Acesso em: 16 dez. 2018.

diferentes.³⁰

No que se refere à educação, nos últimos vinte anos, os indicadores avançaram no País, estando próximo de assegurar 100% das crianças matriculadas no ensino fundamental. Contudo, ainda são mais de 3 milhões de crianças e adolescentes de 4 a 17 anos fora da escola e 75,4% dos meninos e meninas de até 3 anos fora das creches³¹.

Podem ser contabilizados, ainda, a favor da sustentabilidade social da área infantoadolescente brasileira, os bons resultados que foram alcançados no controle da transmissão do HIV de mãe para filho. Entretanto, os casos entre meninos de 15 a 19 anos cresceram 53% em 10 anos³².

Para além das significativas conquistas sociais, impera uma parcela trágica da face dessas violações de direitos que são os homicídios de adolescentes. No Brasil, em média, 30 crianças e adolescentes são assassinados por dia³³. Para o Unicef, “a maior parte dos casos, não se conhecem os autores desses crimes porque falta investigação, o que gera um ciclo de impunidade que alimenta uma onda crescente de violência”.³⁴

A modificação do cenário negativo apontado acima é possível, apenas, com a adoção de ações conjuntas e articuladas entre os atores governamentais e a Sociedade civil, a fim de serem implementadas políticas, planos, projetos e ações eficazes e eficientes, que garantam a proteção integral de todos os meninos e meninas, especialmente os mais vulneráveis.

A sustentabilidade social almejada só será atingida se o foco das ações for a redução das desigualdades existentes nos municípios brasileiros, *locus* em que o público infantoadolescente enfrenta todo tipo de violação de seus direitos em razão de sua raça e etnia, gênero, orientação sexual e condição pessoal ou local onde residem.

O cerne do compromisso com a mudança deve residir no orçamento e no investimento público, com três entes governamentais priorizando a destinação comprometida e incorruptível de recursos.

Nesse contexto, com a finalidade de alinhar ações com as normas contidas no Estatuto da

³⁰ Organização Mundial da Saúde (OMS). Relatório Infância e Adolescência no Brasil, 2016. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/activities.html> Acesso em 15 dez. 2018.

³¹ IBGE – PNAD, 2014. Essa é a população total de crianças de até 3 anos que não frequenta creches. Caso o País tivesse que cumprir hoje o determinado pela Meta 1 do PNE (Plano Nacional de Educação) 2014-2024, seria necessário incluir mais de 2,6 milhões de crianças na creche.

³² Ministério da Saúde, Boletim Epidemiológico, 2014.

³³ Estimativa feita pelo UNICEF no Brasil baseada em dados do Datasus, 2014. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/media_37221.html Acesso em 14 dez. 2018.

³⁴ Unicef. **Eleições 2016: pela redução das desigualdades que afetam crianças e adolescentes nas cidades brasileiras.** Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/media_37221.html Acesso em 14 dez. 2018.

Criança e do Adolescente, no Capítulo 3 do presente estudo, será analisada a aplicação dos recursos do FRBL na área infantoadolescente como possíveis instrumentos de transformação social e de fomento à promoção e implementação de políticas públicas, a fim de se atingir a tão almejada sustentabilidade social.

2 FUNDO PARA RECONSTITUIÇÃO DE BENS LESADOS (FRBL) E OS DIREITOS COLETIVOS

A preocupação doutrinária e legislativa em identificar e proteger os direitos coletivos restou acentuada nos últimos anos e devidamente efetivada por meio do processo coletivo³⁵.

Ferraz, Milaré e Nery Jr. conceituam que: “Interesses difusos ou coletivos existiram sempre, desde que o homem passou a viver em grupo, em sociedade, uma vez que são conaturais a esta. A sociedade moderna, entretanto, colocou-os em maior evidência³⁶”.

No Brasil, a Lei nº 8.078/1990, que disciplinou o Código de Defesa do Consumidor, mais precisamente em seu art. 81³⁷, parágrafo único, I, II e III, determina qual deve ser o perfeito entendimento dos termos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos³⁸.

Os interesses difusos e coletivos estrito senso, são transindividuais. O termo transindividual, por si só, já se mostra suficiente para indicar tudo aquilo que vai além, trans + individual, aquilo que ultrapassa o indivíduo³⁹.

Todos os direitos de grupos, classes ou categorias de pessoas merecem acesso à Justiça através

³⁵ A razão consiste que a defesa judicial de interesses transindividuais de origem comum tem peculiaridades: *não só esses interesses são intrinsecamente transindividuais, como também sua defesa judicial deve ser coletiva, sejam em benefício dos lesados, seja ainda em proveito da ordem jurídica*. Dessa forma, o legislador estipulou as regras próprias sobre a matéria, especialmente para solucionar problemas atinentes à economia processual, à legitimidade ativa, à destinação do produto da indenização e aos efeitos da imutabilidade da coisa julgada. MAZZILLI, Hugo Nigro. **Defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 61.

³⁶ FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo, MILARÉ, Édis, JUNIOR, Nelson Mery. **A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos**. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 54.

³⁷ Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum. BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Dispõe Sobre a Proteção do Consumidor e dá Outras Providências**. Brasília, DF.

³⁸ CALDEIRA, Adriano Cesar Braz. **Aspectos processuais das demandas coletivas**. São Paulo: Rideel, 2006, p. 68

³⁹ CALDEIRA, Adriano Cesar Braz. **Aspectos processuais das demandas coletivas**. São Paulo: Rideel, 2006, p. 68

da tutela coletiva, não bastando apenas a possibilidade da individual⁴⁰. Referido acesso por meio da tutela coletiva é exercido pelas ações coletivas e tem as seguintes características:

Nos conflitos difusos o objeto da lide são interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, além de abarcar interesses macrosociais – grupos, categorias ou classes de pessoas com pretensões colidentes entre si⁴¹.

Parte da doutrina, tal como Mazzilli, entende que a defesa judicial coletiva se faz por meio de legitimação extraordinária, ou seja, o autor da ação coletiva defende direitos individuais alheios, não raros até mesmo disponíveis, compartilhados por grupo, classe ou categoria de pessoas⁴².

No entanto, parte da doutrina, ainda que minoritária, como defendido por Brandão, entende que a defesa judicial coletiva se faz por meio de legitimação ordinária, por decorrer de lei⁴³.

Existe, ainda, uma terceira corrente, preconizada por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery⁴⁴, que defende ser a legitimação das ações coletivas divididas em: i) extraordinária, quando versar sobre direitos individuais homogêneos; e ii) autônoma, quanto tratar de direitos difusos ou coletivos⁴⁵.

Outra característica relevante para este estudo é que na tutela coletiva, a destinação do produto da indenização normalmente é especial, sendo que nas ações civis públicas ou coletivas que tratem de interesses difusos e coletivos, o valor proveniente da indenização é posto em um fundo fluido, de

⁴⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. **Defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 51

⁴¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. **Defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 51

⁴² MAZZILLI, Hugo Nigro. **Defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 51 e 52

⁴³ Em síntese, a legitimidade para buscar em Juízo a tutela dos interesses coletivos (abrangendo com tal expressão os interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos) decorre de lei. Assim, na esfera da Ação Civil Pública não opera o conceito ou a noção de legitimidade extraordinária, uma vez que as pessoas jurídicas ou as instituições são legitimadas por força de disposição legal; e, nesse caso, a legitimação é sempre ordinária. Qualquer outra pessoa que não seja legitimada por força de lei não poderá exercer o direito de ação decorrente da Ação Civil Pública, pois em nenhuma hipótese poderá haver a substituição processual, ou seja, a legitimação extraordinária. BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais**: "Novos" Direitos e Acesso à Justiça. 2. ed. Florianópolis: Oab/sc, 2006, p. 231

⁴⁴ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 14ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 230-231.

⁴⁵ **A figura da substituição processual pertence exclusivamente ao direito singular**, e, no âmbito processual, ao direito processual civil individual. Só tem sentido falar-se em **substituição processual** diante da discussão sobre um **direito subjetivo (singular)**, objeto da substituição: **o substituto substitui pessoa determinada, defendendo em seu nome o direito alheio do substituído. Os direitos difusos e coletivos não podem ser regidos pelo mesmo sistema, justamente porque têm como característica a não individualidade. Não se pode substituir coletividade ou pessoas indeterminadas.** O fenômeno é outro, próprio do direito processual coletivo. (...) Por essa **legitimação autônoma** para condução do processo, o legislador, independentemente do conteúdo do direito material a ser discutido em juízo, legitima pessoa, órgão ou entidade a conduzir o processo judicial no qual se pretende proteger o direito difuso ou coletivo NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 14ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 230-231.

utilização flexível na reparação do interesse lesado, enquanto nas que tratem de interesses individuais, o produto destina-se aos lesados⁴⁶.

Para condenação desta natureza, portanto, é necessário instrumento legalmente hábil, sendo o principal a Ação Civil Pública (ACP) – não obstante hajam outras formas, como o termo de ajustamento de conduta, etc.

Tratando da ACP, seu principal objetivo - ou de qualquer meio que tutele direitos difusos e coletivos - é prevenir a ocorrência de danos que violem os interesses acima abordados, inclusive com obrigações de fazer, não fazer e suportar, isto é, tudo o que deve ser feito para evitar a ocorrência de danos.

No entanto, como destaca Carvalho Filho⁴⁷, em algumas situações o dano já foi causado, não restando alternativa senão a de perseguir a condenação do causador para o pagamento de indenização.

Uma das peculiaridades características da tutela coletiva de interesses individuais, como afirma Mazzilli ao introduzir o capítulo sobre o Fundo para Reconstituir o Bem Lesado de sua obra, consiste na dificuldade de dar destino adequado ao produto de eventual condenação, quando o direito difuso ou coletivo for indivisível⁴⁸.

O legislador, para enfrentar essa problemática, criou um fundo⁴⁹ fluido⁵⁰, com o fim de aplicar tais recursos na reparação dos interesses transindividuais lesados, o que estará limitado à aplicação

⁴⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. **Defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 52

⁴⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação Civil Pública**: Comentário por Artigos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. p. 301

⁴⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. **Defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 543

⁴⁹ Os fundos são "produtos de receitas especificadas que, por lei, se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação" (art.71, da Lei Federal nº 4.320/64), ou seja, fundos são parcelas de recursos financeiros reservados para determinados fins especificados em lei, os quais devem ser alcançados por meio de planos de aplicação elaborados pelo respectivo gestor, sujeito obrigatoriamente ao controle interno e do Tribunal de Contas. SANTA CATARINA. MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA. **Fundos do Ministério Público**. Disponível em: <<https://www.mp.sc.br/o-ministerio-publico/fundos-do-ministerio-publico>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

⁵⁰ A doutrina nacional refere-se ao fundo de reparação de interesses difusos lesados, criado pela LACP, como *fluid recovery*, ou seja, alude ao fato que deve ser usado com certa flexibilidade, para uma reconstituição que não precisa e às vezes nem mesmo pode ser exatamente a reparação do mesmo bem lesado. Entretanto, conforme observou Carlos Alberto de Salles, "a doutrina brasileira tem apontado reiteradamente semelhanças da sistemática do fundo criado pela Lei n. 7.347 com o *fluid recovery* do Direito norte-americano. No entanto, essa proximidade é apenas da concepção. O fundo brasileiro opera de maneira bastante diversa daquela solução judicial provinda da *class actions* norte-americanas". Segundo o mesmo autor, no Direito norte-americano, sob o sistema do *fluid recovery*, o dinheiro obtido da indenização é distribuído por meio do sistema de mercado "pela forma de redução de preços, ou é usada para patrocinar um projeto que beneficiará adequadamente os membros da classe". SALLES, Carlos Alberto de. **Revista dos Tribunais**, 1998. p. 793 *apud* MAZZILLI, Hugo Nigro. **Defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 543

da verba respectiva em fim compatível com os da Lei da Ação Civil Pública (LACP), sendo vedada sua utilização para outro objetivo⁵¹.

Assim, a criação do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (FDD) deu-se pelo art. 13, da LACP⁵², bem como é mencionada em outras leis, como pelo Código de Defesa do Consumidor⁵³, conforme corroborado por Mazzilli:

Assim, nas ações civis públicas ou coletivas que versem sobre interesses transindividuais indivisíveis, havendo condenação em dinheiro, a indenização reverterá para o fundo criado pelo art. 13 da LACP⁵⁴.

Souza⁵⁵ frisa que, ao prever a existência de um fundo federal e de fundos estaduais, levou o legislador em conta a existência – ou não – de interesses da União no objeto sob tutela na Ação Civil Pública ou outro meio de tutela-los. Explica o autor que: “presente interesse da União no processo respectivo, a verba obtida terá por destino o fundo federal; ausente tal interesse, no entanto, os valores percebidos serão encaminhados a um fundo estadual”.

Não obstante haver um fundo estadual e um federal, cada um deles forma um fundo único, como explica Smanio:

Em regra, não há divisão do fundo. Por exemplo: fundo para o meio ambiente, para garantir o patrimônio histórico, etc. É um fundo só para os interesses protegidos. Apenas na improbidade administrativa, para recompor o patrimônio público, os valores não reverterem para o fundo, mas para os cofres lesados⁵⁶.

Quanto ao objetivo do FDD, denota-se que inicialmente consistia em gerir recursos para a reconstituição dos bens lesados (Art. 13, da LACP). De maneira gradual, com as alterações legislativas, ampliou-se sua destinação (art. 2º, §3º da Lei nº 9.008/95)⁵⁷, abrangendo a recuperação

⁵¹ SOUZA, Motauro Ciochetti de. **Ação Civil Pública e Inquérito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2001, p.73

⁵² **LCP. Art. 13.** Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados. BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.** Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Brasília, DF, 25 jul. 1985.

⁵³ **Código de Defesa do Consumidor. Art.** A pena de multa, graduada de acordo com a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor, será aplicada mediante procedimento administrativo, revertendo para o Fundo de que trata a **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**, os valores cabíveis à União, ou para os Fundos estaduais ou municipais de proteção ao consumidor nos demais casos.

⁵⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. **Defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 543

⁵⁵ SOUZA, Motauro Ciochetti de. **Ação Civil Pública e Inquérito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2001, p.72

⁵⁶ SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Interesses Difusos e Coletivos: Estatuto da Criança e do Adolescente, Consumidor, Meio Ambiente, Improbidade Administrativa, Ação Civil Pública e Inquérito Civil**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2004. (Fundamentos jurídicos), p. 127

⁵⁷ BRASIL. **Lei nº 9.008, de 21 de março de 1995.** Cria, na estrutura organizacional do Ministério da Justiça, o Conselho

de bens, promoção de eventos educativos, científicos e edição de material informativo especificamente relacionados com a natureza da infração ou do dano causado, bem como na modernização administrativa dos órgãos públicos responsáveis pela execução da política relacionada com a defesa do interesse envolvido.

Leciona Mazzilli⁵⁸ que, não obstante a criatividade e flexibilidade, o FDD deve ser utilizado sempre em finalidade compatível com sua origem⁵⁹, razão pela qual é indispensável a identificação das receitas do fundo, em conformidade com sua proveniência – ou seja, natureza da infração ou do dano causado -, para permitir a correspondente aplicação preferencialmente na reparação específica do bem lesado, se possível. Essa situação foi regulamentada no parágrafo único, do art. 10 do Decreto nº 1.306/94⁶⁰.

É por esta razão que o §3º, do art. 1º da Lei Federal nº 9.008/95 determina que os recursos arrecadados pelo FDD sejam aplicados na recuperação dos bens, na promoção de eventos educativos, científicos e na edição de material informativo especificamente relacionados com a natureza da infração ou do dano causado, bem como na modernização administrativa dos órgãos públicos responsáveis pela execução das políticas relativas ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, por infração à ordem econômica e a outros interesses difusos e coletivos⁶¹.

A LACP impõe a regulamentação do FDD, dispondo que: “o fundo de que trata o art. 13 desta Lei será regulamentado pelo Poder Executivo no prazo de 90 (noventa) dias (Art. 20)⁶²”. A regulamentação pelo Poder Executivo foi realizada em dezembro de 1991 (Decreto 407/91), Decreto que foi revogado em novembro de 1994, por meio do Decreto nº 1.306/94⁶³, atualmente em vigor.

Federal de que trata o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, altera os arts. 4º, 39, 82, 91 e 98 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, e dá outras providências. Brasília, DF, 22 mar. 1995.

⁵⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. **Defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 549-550

⁵⁹ BRASIL. **Decreto nº 1.306, de 09 de novembro de 1994. Art. 7º**. Os recursos arrecadados serão distribuídos para a efetivação das medidas dispostas no artigo anterior e suas aplicações deverão estar relacionadas com a natureza da infração ou de dano causado.

⁶⁰ BRASIL. **Decreto nº 1.306, de 09 de novembro de 1994. Art. 10. Parágrafo único**. Nos termos do Regimento Interno do CFDD, os recursos destinados ao fundo provenientes de condenações judiciais de aplicação de multas administrativas deverão ser identificados segundo a natureza da infração ou do dano causado, de modo a permitir o cumprimento do disposto no art. 7º deste Decreto.

⁶¹ GARCIA, Leonardo e Medeiros (Org.). **Direitos Difusos e Coletivos**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 13

⁶² BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Brasília, DF, 25 jul. 1985.

⁶³ BRASIL. **Decreto nº 1.306, de 09 de novembro de 1994**. Regulamenta o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, de que tratam os arts. 13 e 20 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, seu conselho gestor e dá outras providências. Brasília, DF, 10 nov. 1994.

Assim, os recursos contidos no FDD são provenientes das indenizações decorrentes de condenações por danos mencionados no artigo 1º⁶⁴ e multas advindas de descumprimento de decisões judiciais, além de doações de pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras, conforme prescreve o art. 2º, *caput* e parágrafo único, do Decreto que Regulamenta o Fundo⁶⁵. Assim, no que pertine aos recursos do Fundo:

Havendo condenação ao pagamento de quantia em ação fundada em direito difuso e coletivo em sentido estrito, o dinheiro arrecadado deve ser direcionado ao fundo, que também receberá os recursos advindos de multas por descumprimento de ações judiciais e as doações de pessoas físicas e jurídicas, nacionais ou estrangeiras, à proteção dos direitos coletivos, dentre outras previstas no §2º do art. 1º da Lei Federal nº 9.008/1995 (Lei que cria, na estrutura organizacional do Ministério da Justiça, o Conselho Federal). Também será destinada a esse fundo a *fluid recovery* (“indenização fluida”), prevista no art. 100 do CDC, no caso de sentença genérica que determina a indenização de direitos individuais homogêneos⁶⁶.

Complementando-se quanto as verbas obtidas em ações que tutelem direitos individuais homogêneos – que apesar de não serem objeto desta pesquisa, possibilitam a destinação de recursos para o FDD⁶⁷.

Especificamente no que se refere ao Estado de Santa Catarina, a Lei Estadual nº 15.694/11, estabelece quais as possibilidades de arrecadação⁶⁸ e qual a possível destinação dos recursos.

⁶⁴ Danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, por infração à ordem econômica e a outros interesses difusos e coletivos

⁶⁵ BRASIL. **Lei nº 9.008, de 21 de março de 1995**. Cria, na estrutura organizacional do Ministério da Justiça, o Conselho Federal de que trata o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, altera os arts. 4º, 39, 82, 91 e 98 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, e dá outras providências. Brasília, DF, 22 mar. 1995. Art. 1º, §2º. Constituem recursos do FDD o produto da arrecadação: I - das condenações judiciais de que tratam os arts. 11 e 13 da Lei nº 7.347, de 1985; III - dos valores destinados à União em virtude da aplicação da multa prevista no art. 57 e seu parágrafo único e do produto da indenização prevista no art. 100, parágrafo único, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990; IV - das condenações judiciais de que trata o § 2º do art. 2º da Lei nº 7.913, de 7 de dezembro de 1989; V - das multas referidas no art. 84 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994; VI - dos rendimentos auferidos com a aplicação dos recursos do Fundo; VII - de outras receitas que vierem a ser destinadas ao Fundo; VIII - de doações de pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras.

⁶⁶ GARCIA, Leonardo e Medeiros (Org.). **Direitos Difusos e Coletivos**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 12

⁶⁷ As verbas obtidas nas ações coletivas em defesa dos interesses individuais homogêneos, por seu turno, têm destinação específica indenizar os particulares lesados. Caso, no entanto, não se habilitem na ação respectiva lesados em número compatível com a gravidade do dano, o remanescente da verba também deverá ser encaminhado ao fundo do art. 13 da LACP, por força do disposto no art. 100, do CDC. Cumpre esclarecermos, outrossim, que havendo concorrência de indenizações no fundo do art. 13 e particulares lesados em razão dos mesmos fatos (como no exemplo do derramamento de óleo no mar, que causa lesões ao meio ambiente e a pescadores), os últimos terão preferência no recebimento, nos termos do art. 99 do CDC SOUZA, Motauri Ciochetti de. **Ação Civil Pública e Inquérito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2001, p.74

⁶⁸ SANTA CATARINA. **Lei nº 15.694, de 12 de dezembro de 2011**. Art. 3º Constituem receitas do Fundo: I - as indenizações decorrentes de condenações e acordos judiciais por danos causados aos bens e direitos descritos no artigo anterior e as multas aplicadas em razão do descumprimento de ordens ou de cláusulas naqueles atos estabelecidas; II – os valores decorrentes de medidas compensatórias, quando convertidas em medidas indenizatórias, estabelecidas em acordo extrajudicial ou Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) e de multas pelo descumprimento de cláusulas estabelecidas nesses instrumentos; (inciso alterado pela Lei n. 16.520/14) III - as doações de pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras; IV - os valores decorrentes de sanções administrativas aplicadas pelo órgão estadual de defesa do

A lei retromencionada⁶⁹ determina que os recursos das indenizações decorrentes de condenações e acordos judiciais por danos causados aos bens e direitos difusos e coletivos e as multas aplicadas em razão do descumprimento de ordens ou de cláusulas naqueles atos estabelecidas, assim como das doações, dos valores decorrentes de sanções administrativas aplicadas pelo órgão estadual de defesa do consumidor, dos rendimentos decorrentes de depósitos bancários e aplicações financeiras, do valor dos honorários advocatícios fixados em ações civis públicas interpostas e vencidas pelo Ministério Público e das transferências orçamentárias provenientes de outras entidades públicas, serão destinados integralmente a um Fundo especial.

Para o Estado catarinense a destinação dos valores encontra respaldo no art. 5º, da Lei Estadual 15.694/11, que regulamenta o Fundo denominado expressamente de Fundo para Reconstituição de Bens Lesados (FRBL), o qual é vinculado ao Ministério Público de Santa Catarina (MPSC) e é gerido por um Conselho Gestor, constituído na forma estabelecida nesta Lei⁷⁰. Referido Fundo possui três possibilidades de destinação, quais sejam: projetos provenientes do terceiro setor, convênios com instituições e órgãos públicos e custeio de perícias⁷¹.

No sítio oficial do Ministério Público de Santa Catarina é disposta a composição do Fundo de Reparação dos Bens Lesados, informando que: “[...] é administrado por um Conselho Gestor composto por representantes de órgãos públicos estaduais e entidades civis⁷²”.

São permanentes os representantes de órgãos públicos e renováveis, a cada dois anos, os de entidades civis, o que é realizado por meio de sorteio público⁷³.

consumidor; V - os rendimentos decorrentes de depósitos bancários e aplicações financeiras, observadas as disposições legais pertinentes; VI - o valor dos honorários advocatícios fixados em ações civis públicas interpostas e vencidas pelo Ministério Público; e VII - as transferências orçamentárias provenientes de outras entidades públicas.

⁶⁹ SANTA CATARINA. **Lei nº 15.694, de 12 de dezembro de 2011. Art. 3º, §1º.** Dispõe sobre o Fundo para Reconstituição de Bens Lesados -FRBL e estabelece outras providências. Florianópolis, SC, 12 dez. 2011.

⁷⁰ SANTA CATARINA. **Lei nº 15.694, de 12 de dezembro de 2011.** Dispõe sobre o Fundo para Reconstituição de Bens Lesados -FRBL e estabelece outras providências. Florianópolis, SC, 12 dez. 2011.

⁷¹ SANTA CATARINA. **Lei nº 15.694, de 12 de dezembro de 2011. Art. 5º.** Dispõe sobre o Fundo para Reconstituição de Bens Lesados -FRBL e estabelece outras providências. Florianópolis, SC, 12 dez. 2011. **Art. 5º** Os recursos arrecadados pelo FRBL, nos termos do art. 3º desta Lei, serão destinados: I – ao custeio de projetos submetidos à análise e aprovação do Conselho Gestor do FRBL, que tenham por objeto os bens jurídicos de que trata o art. 2º desta Lei; II – ao custeio de perícias solicitadas pelo Ministério Público no âmbito de inquéritos civis públicos e procedimentos preparatórios instaurados por seus Membros e de perícias para efeito de prova em ações civis públicas, e pelo Estado quando figure como parte, assistente ou terceiro interessado e cujo objeto seja a tutela de bens, interesses ou valores referidos no art. 2º desta Lei; III – às Secretarias de Estado e aos órgãos estaduais ligados à proteção e defesa dos direitos difusos e coletivos de que trata o art. 2º desta Lei, inclusive àqueles responsáveis pela elaboração de perícias destinadas à proteção desses mesmos direitos, sempre mediante a apresentação de projetos à apreciação e aprovação do Conselho Gestor do FRBL.

⁷² SANTA CATARINA. MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA. **Fundos do Ministério Público.** Disponível em: <<https://www.mp.sc.br/o-ministerio-publico/fundos-do-ministerio-publico>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

⁷³ SANTA CATARINA. MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA. **Fundos do Ministério Público.** Disponível em: <<https://www.mp.sc.br/o-ministerio-publico/fundos-do-ministerio-publico>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

Assim, os Órgãos permanentes são⁷⁴: 1. Ministério Público de Santa Catarina; 2. Polícia Militar Ambiental do Estado; 3. Fundação do Meio Ambiente (FATMA); 4. Instituto Geral de Perícias (IGP); 5. Secretaria de Estado da Saúde/Vigilância Sanitária (SES); 6. Secretaria de Estado da Justiça e Cidadania/Procon Estadual (SJC); e 7. Procuradoria-Geral do Estado (PGE).

Já as Entidades Civis do biênio de 2018/2020 são⁷⁵: 1. Associação de Assistência Social e Educacional Liberdade (Casa de Apoio Liberdade); 2. Associação FloripAmanhã; 3. Associação R3 Animal; 4. Associação de Preservação do Meio Ambiente e da Vida (APREMAVI).

A destinação dos recursos contidos no Fundo de Reparação de Bens Lesados ocorre, em SC, por meio de Edital para Captação de Projetos, dividido entre projetos provenientes da Administração Pública (mediante a celebração de convênios e são geridas de acordo com a Lei Federal n. 8.666/1993 e demais normas específicas do FRBL) e do Terceiro Setor (firmados por meio de Termos de Fomento, seguindo os termos da Lei Federal nº 13.019/2014, regulamentada pelo Ato n. 500/2017/PGJ do MPSC)⁷⁶.

Levantados os aspectos históricos e fundamentos legais da infância no Brasil e, após, o conceito, a base legal e quais os interesses lesados que ensejam destinação de recursos ao FRBL, passa-se a apurar especificamente a aplicação das verbas do Fundo em questões ligadas à infância nos últimos três anos.

4 FUNDO PARA RECUPERAÇÃO DE BENS LESADOS (FRBL) E A APLICAÇÃO DOS RECURSOS NA ÁREA INFANTOADOLESCENTE

O Fundo para Reconstituição de Bens Lesados foi instituído em Santa Catarina pela Lei

⁷⁴ SANTA CATARINA. MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA. **Fundos do Ministério Público**. Disponível em: <<https://www.mp.sc.br/o-ministerio-publico/fundos-do-ministerio-publico>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

⁷⁵ SANTA CATARINA. MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA. **Fundos do Ministério Público**. Disponível em: <<https://www.mp.sc.br/o-ministerio-publico/fundos-do-ministerio-publico>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

⁷⁶ Consta no site do MPSC: “Serão selecionados projetos voltados ao atendimento de crianças, adolescentes e/ou jovens, com idades entre 06 (seis) e 21 (vinte e um anos), portadores ou não de necessidades especiais e que se encontrem em situação de risco e vulnerabilidade social, moradores de municípios catarinenses”. Referida possibilidade é dividida entre a **Administração Pública** – “Com Órgãos Públicos - municipais e estaduais - a execução de projetos ocorre mediante a celebração de convênios e são geridas de acordo com a Lei Federal n. 8.666/1993 e demais normas específicas do FRBL - Lei Estadual n. 15.694/2011 e a Portaria n. 36/2012/FRBL, sendo que o recebimento de projetos ocorre por iniciativa dos próprios Órgãos Públicos e a quaisquer época do ano” - e o **Terceiro Setor** – “Com Organizações da Sociedade Civil, seguindo os termos da Lei Federal n. 13.019/2014 - regulamentada no MPSC pelo Ato n. 500/2017/PGJ -, as parcerias passam a ser celebradas por meio de **Termos de Fomento** a partir da deflagração de **Editais de Chamamento Público** do FRBL.”. SANTA CATARINA. MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA. **Fundos do Ministério Público**. Disponível em: <<https://www.mp.sc.br/o-ministerio-publico/fundos-do-ministerio-publico>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

Estadual n. 15.694/2011, que o regulamenta e na qual consta expressamente o que se constitui em suas receitas⁷⁷.

Apesar de estar organizado desta forma desde 2011, isto é, há pouco tempo, referida organização do FRBL vem servindo de modelo para outros Estados da Federação, em razão de sua transparência, confiabilidade e significativa agilidade no emprego dos recursos, em comparação com a maior parte dos Estados do Brasil.

Para o presente estudo, serão apurados o total anual dos recursos contidos no FRBL, disponíveis no Portal da Transparência, no site oficial do Ministério Público de Santa Catarina, onde constam os Saldos e Receitas⁷⁸ dos Fundos geridos pelo Órgão.

Em síntese, foram levantadas as receitas anuais de todos os anos fornecidos no Portal da Transparência do MPSC referentes ao Fundo em análise, que será a seguir sintetizada em tabela dividida entre a Receita arrecadada – valores que ingressaram no FRBL naquele ano – e Receita com Superávit – somando os valores remanescentes no Fundo no ano anterior, por não terem sido destinados.

Salienta-se que para esta pesquisa será analisada amostragem dos últimos três anos – 2016, 2017 e 2018 – e, ainda, que a apuração dos recursos referentes ao ano de 2018 ainda não foi finalizada, o que ocorrerá somente em dezembro do corrente ano.

Ano	Receitas arrecadadas	Receitas com Superávit
2018	R\$ 30.906.831,05	R\$ 35.644.013,68
2017	R\$ 32.384.749,50	R\$ 35.799.456,73
2016	R\$ 26.083.172,28	R\$ 23.598.557,03

⁷⁷ SANTA CATARINA. **Lei nº 15.694, de 12 de dezembro de 2011**. Dispõe sobre o Fundo para Reconstituição de Bens Lesados - FRBL e estabelece outras providências. Florianópolis, SC, 12 dez. 2011. *DAS RECEITAS* - Art. 3º Constituem receitas do Fundo: I - as indenizações decorrentes de condenações e acordos judiciais por danos causados aos bens e direitos descritos no artigo anterior e as multas aplicadas em razão do descumprimento de ordens ou de cláusulas naqueles atos estabelecidas; II – os valores decorrentes de medidas compensatórias, quando convertidas em medidas indenizatórias, estabelecidas em acordo extrajudicial ou Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) e de multas pelo descumprimento de cláusulas estabelecidas nesses instrumentos; III - as doações de pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras; IV - os valores decorrentes de sanções administrativas aplicadas pelo órgão estadual de defesa do consumidor; V - os rendimentos decorrentes de depósitos bancários e aplicações financeiras, observadas as disposições legais pertinentes; VI - o valor dos honorários advocatícios fixados em ações civis públicas interpostas e vencidas pelo Ministério Público; e VII - as transferências orçamentárias provenientes de outras entidades públicas.

⁷⁸ Receitas Públicas compreendem todos os ingressos financeiros, de caráter não devolutivo, contabilizados pelo Poder Público, em qualquer esfera da estrutura estatal, para atendimento e cobertura das Despesas Públicas. Assim, todo o ingresso orçamentário constitui uma Receita Pública, pois tem como finalidade o atendimento de Despesas Públicas. SANTA CATARINA. MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA. **Portal da Transparência**: Fundos do MPSC - FRBL. 2018. Disponível em: <<https://transparencia.mpsc.mp.br>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

2015	R\$ 18.414.461,17	R\$ 14.241.755,77
2014	R\$ 18.503.102,37	R\$ 18.818.523,20
2013	R\$ 22.128.935,99	R\$ 18.983.492,96

Fonte: Portal da Transparência MPSC⁷⁹

Conforme visto acima, o FRBL arrecadou nos últimos três anos - 2016, 2017 e 2018 - os valores de, respectivamente, R\$ 30.906.831,05 (trinta milhões, novecentos e seis mil, oitocentos e trinta e um reais e cinco centavos), R\$ 32.384.749,50 (trinta e dois milhões, trezentos e oitenta e quatro mil setecentos e quarenta e nove reais e cinquenta centavos) e R\$ 26.083.172,28 (vinte e seis milhões, oitenta e três mil, cento e setenta e dois reais e vinte e oito centavos), resultando em uma média de R\$ 31.680.675,81 (trinta e um milhões, seiscentos e oitenta mil, seiscentos e setenta e cinco reais e oitenta e um centavos), valores provenientes de bens coletivos – *lato sensu* - lesados e, por esta razão, indenizados, além de multas por descumprimento de decisões de ação coletiva e doação.

Nesse contexto, esses recursos foram destinados aos seguintes convênios entre Órgãos Públicos e o FRBL nos últimos três anos:

Área	Órgão/Entidade	Processo Convênio	Projeto	Valor	Situação
2016					
Meio Ambiente	Secretaria de Estado da Segurança Pública – SSP/IGP	2015/007117/FRBL 01/2016/FRBL	Projeto “Complementação para Aquisição de Equipamentos e Materiais para Análises Ambientais de Água e Efluentes”	R\$459.220,46	Em execução
Cultura	Prefeitura de Arabutã	2015/018103/FRBL 02/2016/FRBL	Projeto “Resgate da Memória do Município de Arabutã”	R\$136.445,18	Encerrado
Interesse Difuso	Polícia Militar de Santa Catarina	2015/019242/FRBL 03/2016/FRBL	Projeto “PMSC Mobile”	R\$3.738.800,00	Encerrado
Meio Ambiente	Prefeitura de Presidente Castello Branco	2016/011670/FRBL 04/2016/FRBL	Projeto “Aquisição de uma Prensa Hidráulica Enfardadeira para o Aterro Sanitário Municipal de Presidente Castelo Branco”	R\$31.375,50	Encerrado
Interesse Difuso	Prefeitura de Barra Velha	2016/015438/FRBL 05/2016/FRBL	Projeto “Aquisição de Veículo de Pequeno Porte para o Exercício da Fiscalização”	R\$33.150,00	Encerrado
Consumidor	Secretaria de Estado da Segurança Pública – SSP/IGP	2016/013170/FRBL 06/2016/FRBL	Projeto “Alteração de Tecnologia das Estações de Coletas Biométricas Eletrônicas para Atendimentos dos Postos de Identificação do Estado”	R\$242.000,00	Em execução
2017					

⁷⁹ SANTA CATARINA. MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA. **Portal da Transparência**: Fundos do MPSC - FRBL. 2018. Disponível em: <<https://transparencia.mpsc.mp.br>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

Interesse Difuso	Secretaria de Estado da Defesa Civil – SDC	2016/025795/FRBL 01/2017/FRBL	Projeto “Aquisição de Equipamentos para a Comissão Estadual de Prevenção, Preparação e Resposta Rápida a Emergências com Produtos Perigosos – (CE – P2R2) no Estado de SC e para as Coordenadorias Regionais de Defesa Civil (COREDEs)”	R\$157.408,06	Encerrado
Interesse Difuso	Polícia Militar de Santa Catarina	2016/024116/FRBL 02/2017/FRBL	Projeto “PMSC PROERD”	R\$665.500,00	Encerrado
Interesse Difuso	Polícia Militar de Santa Catarina	2017/007554/FRBL 03/2017/FRBL	Projeto “Multiplataformas de Observação de Segurança Pública”	R\$1.257.250,00	Rescindido
Patrimônio Histórico	Prefeitura de São José	2017/001779/FRBL 04/2017/FRBL	Projeto “Revitalização do Beco da Carioca no Município de São José”	R\$107.830,42	Em execução
Interesse Difuso	Corpo de Bombeiros Militar do Estado de Santa Catarina	2017/005786/FRBL 05/2017/FRBL	Projeto “Caminhão Qualquer Missão”	R\$524.336,66	Encerrado
Consumidor	Prefeitura de Xanxerê	2017/016035/FRBL 06/2017/FRBL	Projeto “Fortalecimento da estrutura do Procon de Xanxerê”.	R\$56.000,00	Encerrado
Consumidor	Prefeitura de Fraiburgo	2017/013613/FRBL 07/2017/FRBL	Projeto “Aquisição de Veículo para Melhorias no Atendimento ao Consumidor”	R\$56.900,00	Encerrado
Meio ambiente	Polícia Militar Ambiental	2017/015535/FRBL 08/2017/FRBL	Projeto “Formação de Protetores Ambientais em Santa Catarina”.	R\$957.240,09	Em execução
2018					
Interesse Difuso	Corpo de Bombeiros Militar do Estado de Santa Catarina	2017/019880/FRBL 01/2018/FRBL	Projeto “Aquisição de Caminhão Tanque para Suporte à Região do Extremo Sul Catarinense”	R\$721.596,67	Em execução

Fonte: Site oficial do Ministério Público de Santa Catarina⁸⁰.

Dos dados acima expostos, constata-se que, nos últimos três anos, a maior parte dos projetos aprovados para destinação dos recursos do FRBL foi repassado para projetos referentes a Interesse Difuso, correspondendo a 47% (quarenta e sete por cento), seguido do meio ambiente e consumidor, ambos com 20% (vinte por cento) e, por fim, o patrimônio histórico e cultural, com 7% (sete por cento). Esquematiza-se a seguir:

Área	Quantidade de projetos	Percentual (%)
Consumidor	3	20%
Cultura	1	7%
Interesse Difuso	7	47%
Meio Ambiente	3	20%
Patrimônio Histórico	1	7%
Total de projetos (2016 - 2018)	15	100%

Os direitos da infância e adolescência encontram-se no grupo classificado como “Interesse Difuso”, sendo que o convênio firmado nos últimos três anos foi o Projeto “PMSC PROERD”, não

⁸⁰ SANTA CATARINA. MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA. **RELATÓRIOS DOS PROJETOS APOIADOS PELO FRBL**: Recursos repassados conforme Lei n. 15.694/2011, Artigo 5º, Incisos I e III - (2011 - 2018). 2018. Disponível em: <<https://www.mpsc.mp.br/frbl/projetos-apoiados>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

obstante hajam outros projetos nessa área nos anos anteriores.

Ainda assim, foi aberto o primeiro edital para seleção de projetos por parte das entidades civis sem fins lucrativos (terceiro setor), que ensejaram em possibilidade de englobar a aplicação em situações de vulnerabilidade de crianças e adolescentes.

Em relação aos convênios com o setor público, atualmente foram analisadas algumas propostas para convênios voltados à infância, os quais já tiveram parecer emitido pelo Centro de Apoio Operacional da Infância e Juventude (CIJ) do MPSC, sendo ainda, recentemente firmados pelo Promotor de Justiça.

Salienta-se que o parecer técnico do CIJ não vincula a decisão do Promotor de Justiça de firmar ou não o convênio.

Neste norte, é possível colher de atual parecer do CIJ para convênio em referida área⁸¹, que versa sobre análise técnica da pertinência do requerimento apresentado pelo Município de São José, buscando a obtenção de recursos FRBL para a execução do projeto "Programa Escola Segura - PROES". O projeto mencionado tem como escopo propiciar atividades intersetoriais que favoreçam a segurança e a reduzam a evasão escolar, por meio do envolvimento da comunidade escolar em ações preventivas que gerem segurança nos ambientes internos e externos. Este objetivo se concretizaria através de atividades para o contraturno e protocolos de boas práticas.

O CIJ, ao analisar o projeto, verificou que este teria diversos subprojetos e sugeriu que fossem divididos⁸² para reanálise e parecer. Ainda, solicitou que fossem inclusos órgãos como o responsável pela gestão municipal de educação e o Centro de Apoio Operacional Criminal.

Observa-se, assim, que a aplicação dos recursos do FRBL, inclusive em questões voltadas à infância e juventude, é analisada de maneira colegiada, com ampla visão de relevância do projeto, viabilidade e as consequências práticas.

Outro atual exemplo de requerimento para firmar convênio foi objeto de parecer colhido do

⁸¹ FRBL. PARECER SOBRE O PROJETO PROGRAMA ESCOLA SEGURA – PROES, NO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ. PLEITO POR RECURSOS DO FUNDO DE RECUPERAÇÃO DE BENS LESADOS. PROJETOS DIVERSOS E DE NATUREZAS DISTINTAS. SUGESTÃO DE DESMEMBRAMENTO DOS PEDIDOS.

⁸² “sugerimos que haja a divisão do Projeto Programa Escola Segura, de modo que cada um dos projetos secundários (A1 – Projeto Esporte Escolar, fl. 14; B1 – Reforma e Revitalização do Ginásio CEM Luar, fl. 17; B2 – Projeto Bandas e Fanfarras, fl. 17; B3 – Projeto Dança no CEM Luar: Uma proposta inclusiva, fl. 18; B4 – Projeto Futsal: Para além das linhas da quadra do CEM Luar, fl. 20; B5 – Projeto Grafite: arte no muro da escola, fl. 22; C1 – Projeto de Enfrentamento às drogas, fl. 24; D – Teias da Paz, fl. 28) sejam autuadas como pedido independente, e retornem para a análise deste Centro de Apoio Operacional da Infância e Juventude).”

CIJ e trata do projeto “atleta cidadão”⁸³, no Município de Xanxerê – SC. Neste caso, o CIJ entendeu ser indubitável a adequação do projeto às diretrizes do Estatuto da Criança e do Adolescente, tendo em vista que resguarda direitos de ordem fundamental (educação, esporte, saúde e lazer), preconizados nos arts. 4º⁸⁴ e 7º⁸⁵ do ECA.

Não obstante a clara relação do projeto com a garantia de direitos coletivos e difusos voltados à infância e adolescência, o CIJ não vislumbrou prova material hábil a respaldar o repasse do valor solicitado, isto é, não foi provada a necessidade da totalidade do valor requerido pelo Município. Concluiu, assim, ser adequada a concessão do montante necessário para financiar a ampliação aspirada de 66% do número de participantes do projeto, considerando a quantidade efetivamente atendida no presente momento, o que reduziu o montante a ser repassado.

É notório que para a aplicação das verbas contidas no FRBL, tanto para a área da infância como nas demais, é feita análise colegiada da pertinência do projeto, mas, além disso, da viabilidade financeira e se os recursos pleiteados estão de acordo com a real necessidade para a execução deste, de maneira objetiva e transparente.

O caso a seguir demonstra que, mesmo tendo pertinência temática, viabilidade de custos e os recursos pleiteados corresponderem à necessidade da execução do projeto, ainda há o requisito do projeto não substituir investimentos obrigatórios de cunho estatal.

Explica-se. O CIJ⁸⁶ se pronunciou sobre o projeto do Município de Botuverá – SC, visando a aquisição de ônibus escolares. Iniciou a análise reconhecendo a pertinência do projeto para os fins visados pelo FRBL⁸⁷, principalmente para aqueles preconizados pelo ECA. No entanto, afastou a

⁸³ FRBL. PARECER SOBRE O PROJETO "ATLETA CIDADÃO", NO MUNICÍPIO DE XANXERÊ. PLEITO POR RECURSOS DO FUNDO DE RECUPERAÇÃO DE BENS LESADOS. INVIABILIDADE DE CONCESSÃO INTEGRAL DO PEDIDO. NÚMERO DE ALUNOS INSCRITOS NO PROGRAMA INCOMPATÍVEL COM QUANTIDADE DE MATERIAIS CALCULADA PARA A AMPLIAÇÃO VISADA. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO PARCIAL DO PEDIDO COM FULCRO NO MONTANTE NECESSÁRIO AO CUSTEIO DA AMPLIAÇÃO BASEADA NO NÚMERO DE ESTUDANTES EFETIVAMENTE ATENDIDOS.

⁸⁴ **Estatuto da Criança e do Adolescente. Art. 4º** É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

⁸⁵ **Estatuto da Criança e do Adolescente. Art. 7º** A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência

⁸⁶ FRBL. PARECER SOBRE AQUISIÇÃO DE ÔNIBUS ESCOLARES PARA REDE DE ENSINO DO MUNICÍPIO DE BOTUVERÁ. PLEITO POR RECURSOS DO FUNDO DE RECUPERAÇÃO DE BENS LESADOS. INVIABILIDADE. RECURSOS QUE NÃO SE PRESTAM A SUBSTITUIR INVESTIMENTOS ESTATAIS DE CUNHO OBRIGATÓRIO. TRANSPORTE DOS ESTUDANTES QUE PODE SER CUSTEADO POR RECURSOS PRÓPRIOS E ORIUNDOS DE PROGRAMAS FEDERAIS.

⁸⁷ O pedido analisado visa salvaguardar direitos de ordem fundamental como educação, dignidade e integridade física de crianças e adolescentes em idade escolar matriculados nas Redes Municipal e Estadual de Ensino, uma vez que viabilizará

possibilidade de repasse de valores a projetos desta natureza⁸⁸, com o fundamento de que o art. 15, inciso I, da Resolução n. 137/2010 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda), que teve o condão de fixar parâmetros para o funcionamento dos Fundos Nacional, Estaduais e Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente prescreve que os recursos do FIA (e analogicamente do FRBL) somente podem ser destinados ao desenvolvimento de programas e serviços complementares ou inovadores, a fim de evitar que tais valores sejam utilizados como forma de suprir a falta de investimentos públicos de caráter obrigatório.

Além destes exemplos, há outros que estão atualmente sendo analisados para firmar convênios de projetos, que são apresentados de forma contínua à Gerência do FRBL, que dizem respeito à infância e à adolescência⁸⁹.

5 CONCLUSÃO

O presente artigo buscou uma reflexão acerca da aplicação dos recursos contidos no Fundo para Recuperação de Bens Lesados (FRBL) de Santa Catarina na área infantoadolescente. Para tanto, foi realizado levantamento bibliográfico e de pareceres administrativos do Centro de Apoio à Infância e Juventude do MPSC.

A pesquisa foi dividida em três tópicos. Inicialmente, foram levantadas questões pertinentes à infância e à adolescência no Brasil, abordando o avanço na legislação pátria que visa garantir tais direitos.

Após a contextualização da matéria, foi conceituado e fundamentado o FRBL, Fundo de Santa Catarina para o qual são destinados recursos provenientes de indenizações e/ou multas em casos de

seu transporte às unidades escolares em veículos que propiciarão uma maior conforto e segurança e, por conseguinte, reduzirão os riscos de danos à sua saúde e integridade.

⁸⁸ [...] efetuar o transporte de crianças e adolescentes em idade escolar aos estabelecimentos de ensino consiste em ação de natureza permanente e obrigatória, a qual integra o rol de políticas educacionais: a) a cargo do Município, no que concerne aos alunos que integram sua rede de ensino; e, b) a cargo do Estado, no que concerne aos alunos da rede estadual de ensino (CF, artigo 211, c/c LDB, artigos 10, VII, e 11, VI).

⁸⁹ FRBL. PARECER SOBRE O PROJETO "REESTRUTURAÇÃO DA JUNTA DE SERVIÇO MILITAR 057ª DE RIO DO SUL/SC". PLEITO POR APORTE FINANCEIRO DO FUNDO PARA RECONSTITUIÇÃO DE BENS LESADOS. INVIABILIDADE. RECURSOS QUE NÃO SE PRESTAM A SUBSTITUIR INVESTIMENTOS ESTATAIS DE CUNHO OBRIGATÓRIO. AQUISIÇÃO DE MÓVEIS, UTENSÍLIOS E EQUIPAMENTOS QUE PODERÁ SER ARCADADA PELO PODER PÚBLICO. INEXISTÊNCIA DE IMPACTO SOCIAL RELEVANTE: INEXPRESSIVIDADE DOS BENEFÍCIOS À SOCIEDADE E PEQUENO ALCANCE DO PROJETO. INADEQUAÇÃO AOS OBJETIVOS DO FUNDO. PARECER PELO INDEFERIMENTO. Pesquisa n. 0071/2018/CIJ; Solicitação de Apoio n. 02.2018.00066534-6

FRBL. PARECER SOBRE O PROJETO "ATLETA CIDADÃO", NO MUNICÍPIO DE XANXERÊ. PLEITO POR RECURSOS DO FUNDO DE RECUPERAÇÃO DE BENS LESADOS. DOCUMENTAÇÃO INCOMPLETA. SUGESTÃO DE REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PARA OBTER INFORMAÇÕES PORMENORIZADAS ACERCA DO PROJETO. Pesquisa n° 0088/2017/CIJ; Solicitação de Apoio n° 05.2017.00038219-4.

lesão à bens difusos e coletivos ocorridos no estado. Ainda, tratou-se de como são os trâmites para a destinação dos recursos lá contidos.

Por derradeiro, estudou-se especificamente a destinação das verbas do FRBL nos últimos três anos, com ênfase no repasse para projetos e convênios voltados à infância e à adolescência.

Apurou-se, assim, que nos últimos três anos, a maior parte dos projetos aprovados para destinação dos recursos do FRBL foi repassado para projetos referentes a “Interesse Difuso”, correspondendo a 47% (quarenta e sete por cento). A área infanto-juvenil se encontra inserta nesta classificação, sendo constatado que o convênio efetivamente firmado nos últimos três anos nesta matéria foi o Programa Educacional de Resistência às Drogas e à Violência (PROERD).

No entanto, contata-se que atualmente estão em análise diversos projetos e convênios públicos abarcando a garantia desta parcela da população (crianças e adolescentes), sendo que o procedimento para chamamento e avaliação de projetos do terceiro setor se encontra em fase final, havendo algumas possibilidades de serem aprovados os que visem a proteção destes.

Quanto aos convênios com órgãos públicos, analisou-se nesta pesquisa alguns exemplos de requerimentos nesta área, trazendo-se a minuciosa análise do Centro Operacional da Infância e Juventude do Ministério Público de Santa Catarina (CIJ), que emite parecer específico, sempre levando em consideração a pertinência do projeto para a garantia de direitos difusos e coletivos, a viabilidade financeira – custo x benefício -, correspondência do valor requerido com a real necessidade do projeto e se o pleito não configura substituição de investimento obrigatório do Poder Público.

Nesta esteira, conclui-se que, conforme possibilidade legal e análise colegiada por um Conselho, é frequente o repasse de recursos do FRBL à projetos ou convênios que visem a garantia dos direitos da criança e do adolescente em Santa Catarina.

Esta pesquisa não possui o condão de exaurir a matéria, servindo de contribuição para posteriores reflexões sobre o assunto.

6 REFERÊNCIAS

AMIN, Andréa Rodrigues. “Doutrina da Proteção Integral” e “Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente”. *In*: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo (coord). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais: "Novos" Direitos e Acesso à Justiça**. 2. ed.

Florianópolis: Oab/sc, 2006.

BRASIL. **Decreto nº 1.306, de 09 de novembro de 1994.** Regulamenta o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, de que tratam os arts. 13 e 20 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, seu conselho gestor e dá outras providências. Brasília, DF, 10 nov. 1994.

BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.** Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Brasília, DF, 25 jul. 1985.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe Sobre a Proteção do Consumidor e dá Outras Providências. Brasília, DF.

BRASIL. **Lei nº 9.008, de 21 de março de 1995.** Cria, na estrutura organizacional do Ministério da Justiça, o Conselho Federal de que trata o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, altera os arts. 4º, 39, 82, 91 e 98 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, e dá outras providências. Brasília, DF, 22 mar. 1995.

BRUÑOL, Miguel Cillero. *Los derechos del niño: de la proclamación a la protección efectiva.* Justicia y derechos del niño n. 3; Buenos Aires: UNICEF, 2001. p. 50. (tradução livre desta autora)

CALDEIRA, Adriano Cesar Braz. **Aspectos processuais das demandas coletivas.** São Paulo: Rideel, 2006.

Declaração dos Direitos das Crianças - UNICEF Disponível em:

http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_universal_direitos_crianca.pdf Acesso em 13 dez. 2018.

FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo, MILARÉ, Édis, JUNIOR, Nelson Mery. **A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos.** São Paulo: Saraiva, 1984.

GARCIA, Leonardo e Medeiros (Org.). **Direitos Difusos e Coletivos.** 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

LIBERATI, Wilson Donizete. **O Estatuto da Criança e do Adolescente: comentários.** Brasília: IBPS, 1991.

LIMA, Fernanda da Silva; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Mamãe África, cheguei ao Brasil: os direitos da criança e do adolescente sob a perspectiva da igualdade racial,** Florianópolis: Ed. da UFSC: Fundação Boiteux, 2011.

MARÇURA, Jurandir Norberto; CURY, Munir; DE PAULA, Paulo Afonso Garrido. **Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado.** 3. ed., São Paulo: RT, 2002.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses.** 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDEZ, Emilio Garcia; DA COSTA, Antonio Carlos Gomes. **Das necessidades aos direitos.** 1.

ed., São Paulo: Malheiros, 1994.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA. **Manual do Promotor de Justiça da Infância e Juventude: Conselhos e Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente**. V. 2. 2ª ed. – Florianópolis: MPSC, 2013.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 14ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

Organização das Nações Unidas (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948**. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.html Acesso em 14 dez. 2018.

PASOLD, Cezar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13. ed. Florianópolis: Conceito, 2015.

SALLES, Carlos Alberto de. Revista dos Tribunais, 1998 *apud* MAZZILLI, Hugo Nigro. **Defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTA CATARINA. **Lei nº 15.694, de 12 de dezembro de 2011**. Dispõe sobre o Fundo para Reconstituição de Bens Lesados -FRBL e estabelece outras providências. Florianópolis, SC, 12 dez. 2011.

SANTA CATARINA. MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA. **Fundos do Ministério Público**. Disponível em: <<https://www.mpsc.mp.br/o-ministerio-publico/fundos-do-ministerio-publico>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

SANTA CATARINA. MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA. **Portal da Transparência: Fundos do MPSC - FRBL**. 2018. Disponível em: <<https://transparencia.mpsc.mp.br>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

SANTA CATARINA. MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA. **RELATÓRIOS DOS PROJETOS APOIADOS PELO FRBL: Recursos repassados conforme Lei n. 15.694/2011, Artigo 5º, Incisos I e III - (2011 - 2018)**. 2018. Disponível em: <<https://www.mpsc.mp.br/frbl/projetos-apoiados>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em Conflito com a Lei: da indiferença à proteção integral**: Uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 72-73.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Interesses Difusos e Coletivos: Estatuto da Criança e do Adolescente, Consumidor, Meio Ambiente, Improbidade Administrativa, Ação Civil Pública e Inquérito Civil**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2004. (Fundamentos jurídicos), p. 127

SOUZA, Motauri Ciochetti de. **Ação Civil Pública e Inquérito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2001.

ALTERIDADE, CULTURA E O CUIDAR DE SI

Alana Letícia Bonetti¹
Rafaela Bolsani²
Rodrigo Regert³
Sally Douglas Narloch⁴
Joel Haroldo Baade⁵

Recebido em: 19 dez. 2018

Aceito em: 20 dez. 2018

Resumo: O tema do presente artigo é alteridade, cultura e o cuidar de si. Referente à primeira ideia é possível afirmar que a alteridade se renova todos os dias, através das transformações que ocorrem na sociedade, dessa forma, pode-se afirmar que a alteridade não é apenas uma ideia que não se movimenta, mas sim dinâmica e que está diretamente envolvida com a cultura, haja vista, que ambas relacionam-se com o indivíduo desde os primórdios. Já quanto ao cuidar de si o mesmo apesar de parecer algo simples, está inteiramente ligado ao ser humano, o que o torna cada vez mais complexo. Diante disso o objetivo do artigo é instigar reflexões acerca do tema inicial proposto. Para isso, no aspecto metodológico, a pesquisa foi de natureza básica; utilizou-se do método descritivo; e da forma bibliográfica como procedimento técnico. Por fim, considera-se que a alteridade é um instrumento que auxilia na preservação das etnias e da cultura de um povo, haja vista, que a mesma previne a massificação, enquanto o cuidar de si diz respeito ao reconhecimento, tanto exterior como interior, ou seja, é o olhar a si mesmo.

Palavras-chave: Alteridade. Cultura. Cuidar de Si.

ALTERITY, CULTURE AND SELF-CARE

Abstract: The theme of this article is alterity, culture and self-care. Regarding the first idea, it is possible to affirm that alterity is renewed every day, through the transformations that occur in society, so it can be said that otherness is not only an idea that does not move but is dynamic and is directly involved with the culture, given that both have been related to the individual since the beginning. As for caring for oneself even though it seems simple, it is entirely linked to the human being, which makes it increasingly complex. Therefore, the objective of the article is to instigate reflections about the proposed initial theme. For this, in the methodological aspect, the research was of basic nature; the descriptive method was used; and the bibliographic form as technical procedure. Finally, it is considered that alterity is an instrument that assists in the preservation of the ethnic groups and the culture of a people, given that it prevents massification, while self-care concerns the recognition, both external and internal, that is, it is looking at itself.

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Alto Vale do Rio do Peixe (UNIARP).

² Graduanda em Direito pela Universidade Alto Vale do Rio do Peixe (UNIARP).

³ Mestre em Desenvolvimento e Sociedade pela Universidade Alto Vale do Rio do Peixe (UNIARP). Mestre em Educação pela Universidad Tecnológica Intercontinental (UTIC). Docente da UNIARP. E-mail: regert.rodrigo@gmail.com.

⁴ Mestre em Ciência e Biotecnologia pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC). Docente da UNIARP. E-mail: sdnarloch@gmail.com

⁵ Doutor. Docente do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento e Sociedade da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe – UNIARP. E-mail: baadejoel@gmail.com

||| **Keywords:** Alterity. Culture. Self-Care.

1 INTRODUÇÃO

A Alteridade a Cultura e o Cuidar se Si são assuntos que podem ser analisados de diversas formas, pois desde os primórdios busca-se respostas a esse respeito, e essa busca prolongou-se no decorrer dos anos, necessitando assim, de novas teorias, bem como conceitos para a adaptação ao ambiente cultural vivenciado atualmente.

No que concerne a Alteridade, observou-se que esta sofreu transformações com o processo de globalização, pois houve uma padronização cultural nos países, por isso, ela auxilia na identificação e reconhecimento de um determinado grupo e suas características culturais, socioeconômicas e políticas.

À vista do exposto, a cultura está diretamente ligada com os outros assuntos do presente artigo, aliás, não somente com a Alteridade e o Cuidar de Si, mas com todos os aspectos que formam a sociedade.

Dessa forma, para que haja o reconhecimento de determinado grupo exige-se o cuidado quanto a si mesmo, pois antes do reconhecimento de um todo, necessita-se do reconhecimento interior. Além disso, o Cuidar de Si é de grande relevância e complexidade, uma vez que não há um conceito formado, conseqüentemente, há diversas possibilidades de busca, como em rituais, religiões, princípios.

Nesse sentido, para uma construção de reflexões, o indivíduo necessita conhecer a si mesmo, suas origens, no entanto, não somente isso, mas também, cuidar de si mesmo através de reconhecimento interior.

Diante disso, o presente artigo tem como objetivo instigar reflexões acerca dos temas Alteridade, Cultura e o Cuidar de Si. Em relação a metodologia, a pesquisa foi de natureza básica, pois não se teve a intenção de aplicar as reflexões feitas, mas sim de apenas torna-las possíveis. Mediante isso, utilizou-se o método descritivo visando o estabelecimento das relações existentes entre a temática proposta. Por fim, o procedimento técnico deu-se de forma bibliográfica, onde através do embasamento teórico tido por meio de alguns pensadores conceituados se tornou possível as reflexões feitas.

2 ALTERIDADE, CULTURA E O CUIDAR DE SI

Para que o artigo atendesse o objetivo proposto na Introdução o mesmo foi dividido em três momentos. No primeiro será abordado de modo mais geral a ideia da alteridade, no segundo a cultura e por último o cuidar de si.

2.1 ALTERIDADE

“O tema da Alteridade nos desafia radicalmente, em sentido tanto teórico quanto prático” (FARINON, 2018, *web*).

A alteridade não pode ser generalizada, pois possui uma perspectiva plural. Ademais, com o surgimento da globalização, no século XVIII, proporcionou diversos avanços para a humanidade como a expansão do comércio internacional, o poder de comunicação, o aumento das organizações transnacionais, emigração de grupos raciais étnicos e o fim do isolamento político, econômico-cultural (MOLAR, 2008; SANTIAGO, 2011).

Entretanto, a convivência destes grupos nem sempre foi pacífica, pois há diversas comunidades com valores, etnias e costumes distintos que acabam ocasionando violência e preconceito.

O fim do isolamento político, econômico-cultural ocorreu sobretudo devido o surgimento da Globalização na sociedade contemporânea. “O termo Globalização é normalmente utilizado a propósito de um conjunto de transformações socioeconômicas que vem atravessando as sociedades contemporâneas em todos os cantos do mundo” (CANAVEZES, 2007 p. 5).

Sendo assim, algumas dessas transformações socioeconômicas (oriundas da globalização) tornam-se negativas quando beneficiam somente o capital e não as pessoas, ocasionando desigualdades, bem como a massificação e a perda da cultura temática dos estudos antropológicos.

A antropologia, como ciência da modernidade, coloca seu aparato teórico construído no passado, com possibilidade de, no presente, explicar e compreender os intensos movimentos provocados pela globalização: de um lado, os processos homogeneizantes da ordem social mundial e, de outro, contrariando tal tendência, a reivindicação das singularidades, apontando para a constituição da humanidade como una e diversa (GUSMÃO, 2008 p. 48).

Diante disso, a homogeneização acaba ocasionando uma “padronização da cultura”, pois a cultura ocidental se sobressai sobre o estilo de vida da maior parte das nações mundiais, e ao mesmo tempo em que diversas culturas, consideradas exóticas, ou seja, diferenciadas, que tem “vindo à tona”, tornando-se, independentemente das relações etnocêntricas, minimamente conhecidas em outras partes do mundo (MCLUHAN, 2011, *web*).

Dessa forma, há uma pretensão de extinção dessa homogeneização com o auxílio da alteridade na qual é fundamental para a construção de uma visão de mundo, pois a mesma seria a identidade do outro, ou seja, uma característica que auxilia na identificação e reconhecimento de determinado grupo.

À vista do exposto, percebe-se a importância da alteridade associada a cultura para a prevenção da massificação pois, “O que define um povo é sua etnia. Para além das características físicas, o que fundamentalmente individualiza um agrupamento humano é sua cultura construída em comum” (BRITO, 2008 p. 41).

Diante disso, a identidade do outro está diretamente ligada com o princípio da igualdade. Assim, verifica-se que “a igualdade não vai além da reciprocidade com relação à mais básica necessidade de sobrevivência coletiva” (ROCHA, 2010 p. 70).

Dito isso, constata-se que os indivíduos vivem em torno de uma igualdade fictícia, pois, a norma legal contida na Constituição, em seu art. 5º, objetiva que todos sejam iguais perante a lei e possuam os mesmos direitos, contudo, estes são sujeitos possíveis e não iguais, por conseguinte duas opiniões divergentes podem ser aceitas e as duas serem corretas, como se mostra na relação a seguir:

A manifestação da alteridade revela atitude que vai além do respeito pois quando nos tratamos como iguais, na relação de alteridade, não há julgamento e nem mesmo atribuição de qualquer valor. Por exemplo, quando há uma discussão entre duas pessoas de crenças religiosas diferentes e estas apresentam suas visões acerca de um mesmo tema, as duas visões são aceitas; hoje, o que nos cabe é o “e” não o “ou”. Nesse caso, nem sempre há o certo ou o errado, apenas existem visões diferentes, sem uma ser melhor ou pior que a outra. A experiência e a construção da alteridade pressupõem sujeitos possíveis e não iguais (ROSSETO, 2017, *web*).

Ademais, a alteridade supõe subjetividade, que, por sua vez, pressupõe um limite, uma divisão entre o eu e o não eu. Pode-se entender como subjetividade humana tudo aquilo que diz respeito aos sentimentos de cada um, ou seja, de certa forma, é algo que acaba se diferenciando através das pessoas, por exemplo, cada um possui uma opinião referente a determinado assunto.

Além disso, essa opinião sofre interferência da cultura em que o indivíduo está inserido. Em outras palavras, ocorre que seres humanos nascem, e são influenciados diretamente pelos valores e princípios de seus pais e familiares, bem como, das instituições educacionais, religiosas, entre outras. Ao longo dos anos, essa influência ora exposta, diminui, pois, o indivíduo encontra-se diante de diversas culturas. Dito isso, a cultura está diretamente ligada com a Alteridade e o Cuidar de Si.

2.2 CULTURA

Primeiramente faz-se necessário mencionar que não há um conceito exato de Cultura assim como o Cuidar de Si, pois ambos estão rigorosamente ligados ao indivíduo, uma vez que altera-se para cada um. Ante o exposto, é indispensável que se faça considerações importantes associadas a cultura.

No entanto, parece haver um consenso sobre a cultura, e por isso entende-se como sendo:

A cultura é uma característica do ser humano como ser social;
A cultura é adquirida, um comportamento aprendido, como um patrimônio social;
Por meio da cultura se estabelece uma parte da relação ser humano-sociedade-mundo (ARAÚJO; BRIDI; MOTIM, 2013 p. 123).

Desse modo percebe-se que a cultura não é universal e está ligada diretamente a um determinado grupo, assim sendo, quando duas culturas divergentes se relacionam, ocorre o fenômeno conceituado como Aculturação ou Fricção Interétnica, que será explicado posteriormente. Por outro lado, há a concepção de contra-cultura, na qual, consiste em um determinado grupo, que objetiva fazer com que os demais reconheçam suas normas e valores, semelhante ao Etnocentrismo (ARAÚJO; BRIDI; MOTIM, 2013).

Aliás, denota-se que o Etnocentrismo consiste na avaliação de um grupo social baseado em seus próprios valores, em seu grupo de referência, ocasionando intolerância em relação aos aspectos de outras culturas como etnia, gênero, religião e outras variáveis (JUNIOR, 2015, *web*).

Por esse motivo, a Alteridade visa minorar a frequência com que esse fenômeno ocorre, para isso é necessário compreender as diferenças e aceitar que o mundo está em processo de transformação constante, tornando os valores e identidades são variáveis. Além do mais, essas mudanças direcionam para realizar um objetivo comum: a busca pela felicidade, na qual conseqüentemente resulta o “cuidar de si”.

Desse modo as mudanças podem ocorrer diariamente, com acontecimentos que permite aos indivíduos refletirem, bem como pensar de forma divergente daquela do que antes se entendia como “verdade absoluta”, pois esta, obviamente não existe. Assim, ocorre o mesmo com a identidade, pois a mesma não é imutável, por isso, quando há o encontro de duas identidades diferentes, diversas agressões verbais e físicas são desencadeadas. Como aduz Brito:

O processo de encontro entre duas identidades diferentes (não raro violento) é chamado de fricção interétnica. A agressão ocorre pela tendência que os grupos possuem de imaginar “o outro” como sendo inferior, o que acarreta no intolerante processo de exclusão do agrupamento subjugado (BRITO *apud* RICKEN, 2008 p. 44).

Este processo está diretamente ligado com a violência, intolerância e os diversos preconceitos existentes, como por exemplo a xenofobia e o racismo. Atualmente, apesar do desenvolvimento tecnológico, tanto na área da comunicação como na medicina, há uma regressão na aceitação de modos diferentes de pensar, agir, falar, vestir, entre outros.

Além disso, é possível constatar que as notícias sobre agressões físicas e morais decorrente desse encontro entre duas identidades diferentes estão inseridas em no cotidiano, tornando-se comum e ocasionando um conformismo. Sendo assim, há a necessidade bem como um incentivo da tolerância entre as diferenças, como é possível observar a seguir:

A tolerância apresenta-se como sendo o oposto dos regimes de exclusão étnica. Ela se baseia no reconhecimento da importância da diferença como instrumento de uma sociedade mais integrada, fomentando o conhecimento mútuo entre as variadas etnias e apreciando a diversidade cultural. É a tolerância que fundamenta a democracia pluralista, a qual vê os diversos atores sociais como essenciais para a formação de um patamar civilizatório aceitável (BRITO *apud* RICKEN, 2008 p. 48).

Dessa forma, entende-se que a tolerância é essencial para que a diversidade cultural seja preservada. Assim, somente com o conjunto: ética, justiça e educação, a mesma poderá ser realizada.

Diante disso ao ser analisado os desafios da cultura acerca de ética, justiça e educação, bem como seus processos formadores, observa-se que os ambientes educacionais nos proporcionam diversos desafios de um mundo globalizado. Anteriormente, averiguou-se que a Alteridade instiga o ser humano em termos práticos e teóricos.

Dessa forma, o senso de fazer justiça em relação ao outro ocasiona situações de indiferença, tolerância descomprometida, em contrapartida, a tolerância é fundamental para a vida em sociedade. Assim sendo, o princípio de Alteridade poderá alterar esta realidade e permitir a possibilidade de constituir experiências formativas no encontro com os diferentes, como acentua Maurício João Farinon (2018, p. 17):

[...] quando for possível, a partir das relações, gerar conteúdo permanente e capaz de modificar os envolvidos em um sentido ético de respeito por aquele que se constitui como diferente. Isso exige concebermos a educação não como escolarização, no sentido de repasse de conteúdos estruturados em uma grade curricular ou, em agravante, conceber a ética somente como uma disciplina (por mais que defendamos a importância da disciplina de Ética). A educação é posta aqui como experiência que acontece no encontro entre pessoas ao compartilharem suas existências e constituírem sentido por estarem em encontro.

Ademais, a educação deve ser vista como algo vivo e dinâmico, e não como sendo, um corpo de doutrinas a serem simplesmente resguardadas e transmitidas, como ocorre atualmente. Por isso é necessário observar a educação além da escolarização, pois a mesma está inserida dentro do ser. Diante disso, torna-se significativo entender melhor o significado do Cuidar de Si.

2.3 O CUIDAR DE SI

À princípio, para que haja um melhor entendimento acerca do tema abordado, veja-se:

Para uma civilização muito antiga, pode-se dizer ancestral e plurissecular, o cuidado de si referia-se ao ocupar-se consigo mesmo seria uma forma de privilégio, uma situação estatutária de poder. Na civilização grega arcaica existiam muitas técnicas ou tecnologias de si colocadas em prática no exercício de si mesmo que perduraram por muito tempo (FOUCAULT, 2007 p. 1).

Logo, verifica-se que o cuidar de si está inserido, a princípio nas sociedades desde os primórdios, desta forma, observa-se que não há um conceito definido sobre o mesmo. Atualmente, há uma busca relacionada ao entender de fato o que seria o cuidado de si. Como está sendo dito a seguir:

Refletir sobre cuidado nos remete a especular o que realmente é o cuidado, quem cuida e o porquê cuidamos, e nessa perspectiva de compreensão, o cuidado tem diversos significados que por vezes são complexos, e sem uma concepção definida (SILVA, OLIVEIRA, SILVA *et al.*, 2008, p. 698).

Os antepassados da espécie humana utilizavam de magia, rituais, festas, e guerras como formas de cuidar de si, mas mais importante do que esse cuidado, é conhecer a si mesmo. Sendo assim, ao falar do cuidado quanto a si mesmo, é necessário que se faça um reconhecimento interior, ou seja, é importante buscar olhar para dentro de si.

O conhecimento pessoal de cada um, como ponto de partida, tem pouca ou nenhuma importância para o indivíduo, porque ele só se vê como parte de algo maior, mais rico, e busca paz nessa totalidade. Isto não significa que existe o relaxar do “cuidado de si”, porque essa “inclusão” só pode ser efetivamente realizada com sucesso se eu estiver em harmonia com o todo. Então o “cuidado de si” assume o papel de higiene física e espiritual cosmológica, e assim une o indivíduo ao grupo sem necessidade de perder algo de sua identidade, mas o reforça pelo coletivo (SACADURA, 2010 p. 71-72).

Desta forma, percebe-se que buscar respostas em lugares ou fontes genéricas do cotidiano, não auxiliam em um melhor entendimento do mesmo, que é de suma relevância.

O cuidar-se está diretamente ligado às coisas simples, como por exemplo, reconhecer suas necessidades, e compreender as mudanças que precisam ser feitas, até porque, quando os indivíduos deixam de se cuidar, conseqüentemente passam a se desvalorizar. Em síntese, deixar de se cuidar constitui uma maneira de autolesão sutil (SACADURA, 2010, p. 73).

À vista do exposto, constata-se que cada pessoa transmite tudo aquilo que transborda em si, uma vez que sentimentos levam a pensamentos, na qual levam à ações, e ações geram resultados (SACADURA, 2010, p. 74).

Portanto, entende-se que o tema abordado é muito mais complexo do que parece, com várias definições, que por muitas das vezes estão corretas, pois é algo muito relativo. Porém, é considerável citar que “o cuidar de si mesmo caminhou para o conhece-te a ti mesmo e finalmente o cristianismo e nosso cartesianismo consagram o conhecimento de si como princípio fundamental” (SACADURA, 2010, p. 71).

Por fim, faz-se importante ressaltar que antes de olhar para o outro, deve-se olhar para si mesmo, pois a forma como se vê o mundo se dá através da maneira como as pessoas estão em determinado momento.

3 CONCLUSÃO

Por meio do presente artigo se procurou pensar a respeito dos temas abordados como sendo algo que ultrapasse a teoria em si, eis que a norma jurídica, como por exemplo a Carta Magna, não pode ser vista de forma isolada ou apartada do contexto social que fundamentou sua existência. As muitas especificidades das estruturas jurídicas no meio social devem ser compreendidas, pois as estruturas jurídicas e o homem em si estão em constante mudança, sendo afetadas pelos momentos históricos que a sociedade se encontra inserida, alterando, assim, seu substrato social.

O princípio de Alteridade foi posto como um grande desafio, na qual fundamentamos e justificamos a Alteridade, como sendo, algo necessário ao ser humano, pois estamos em constantes mudanças, tanto de nossos valores e ideais, bem como de nossa identidade.

A partir disso, observamos que a educação, um dos direitos sociais inseridos na Constituição da República Federativa do Brasil, na qual é fundamental para o desenvolvimento do ser humano encontra-se em uma situação precária, tanto na escassez de recursos, como com profissionais que não são devidamente habilitados, onde apenas repassam conteúdos, e não conhecimento efetivo.

Por mais que tenhamos que a educação não é uma tarefa exclusiva dos órgãos educacionais, pudemos constatar que para a melhoria da mesma faz-se necessário a utilização dos processos inseridos na Alteridade. No entanto, para que tenhamos ênfase neste processo necessitamos do Cuidar de Si, pois os dois estão diretamente ligados, e não são ideias que não se movimentam, mas sim dinâmicas.

Portanto, pode-se dizer que os três principais processos abordados no presente artigo auxiliam na construção do ser humano, pois identificam as diferenças de cada grupo, como por exemplo, etnias, costumes, tradições e a busca pelo conhecer a si mesmo, que sempre esteve presente.

4 REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Sílvia Maria de; BRIDI, Maria Aparecida; MOTIM, Benilde Lenzi. **Sociologia**. São Paulo: Scipione, 2013.

BOLSONI, Betania. **O cuidado de si e o corpo em Michel Foucault**: perspectivas para uma educação corporal não instrumentalizadora. 2007. Disponível em: <http://www.ucs.br/etc/conferencias/index.php/anpedsul/9anpedsul/paper/viewFile/1577/920> > Acesso em: 29 set. 2017.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 29 set. 2018.

CAMPOS, Luís; CANAVEZES, Sara. **Introdução à Globalização**. Instituto Bento Jesus Caraça Departamento de Formação da CGTP-IN, Portugal. Disponível em: <<https://dspace.uevora.pt/rdpc/bitstream/10174/2468/1/Introdu%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A0%20Globaliza%C3%A7%C3%A3o.pdf>> Acesso em: 29 set. 2017.

FARINON, Maurício João. Ética, Justiça e Educação sob o Enfoque da Alteridade. **Cadernos de Pesquisa**, v.48 n.167 p.204-224 jan./mar. 2018. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cp/v48n167/1980-5314-cp-48-167-204.pdf>> Acesso em: 20 set. 2018.

FURLANETTO, Maria Marta; RAUEN, Fábio José; SIEBERT, Silvânia. Subjetividade e Alteridade: Encontros. **Linguagem em (Dis)curso**, LemD, Tubarão, SC, v. 17, n. 2, p. 161-164, maio/ago. 2017. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ld/v17n2/1518-7632-ld-17-02-00161.pdf>> Acesso em: 24 set. 2018.

JUNIOR, Roberto Mosca. **Antropologia como ciência da alteridade**. Disponível em: <<https://pt.slideshare.net/camos72/antropologia-alteridade>> Acesso em: 29 set. 2017.

MCLUHAN, Marshall. **Aldeia Global**. Disponível em: <<https://aboutmarshallmcluhan.wordpress.com/category/aldeia-global/>> Acesso em: 29 set. 2017.

RICKEN, Guilherme. **Etnicidade, Alteridade e Tolerância**. Disponível em: <http://investidura.com.br/biblioteca-juridica/resumos/antropologia-juridica/493-etnicidade-alteridade-e-tolerancia-brito>. Acesso em: 29 set. 2017

ROCHA, José Manuel Sacadura. **Antropologia Jurídica para uma Filosofia Antropológica do Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

SANTIAGO, Maíra. **Antropologia, a ciência da Alteridade**: Introdução à Antropologia Jurídica. Vox doctrina, Salvador, BA. Disponível em: <<http://voxdoctrina.blogspot.com.br/2011/09/antropologia-ciencia-da-alteridade.html>> Acesso em: 29 set. 2017.

SILVA, OLIVEIRA, SILVA *et al.* Cuidado, autocuidado e cuidado de si: uma compreensão paradigmática para o cuidado de enfermagem. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/reecusp/v43n3/a28v43n3.pdf> > Acesso em: 29 set. 2017.