



Direito Constitucional em **Foco**

Artigos da especialização
UESPI - Campus Torquato Neto



A confecção desse livro foi um objetivo traçado desde o início da turma de Especialização em Direito Constitucional 2018 da UESPI, Campus Torquato Neto. A obra deixa registrados os trabalhos finais dos alunos, o texto é de fácil leitura e evidencia a importância da Constituição como um instrumento de interpretação e de garantia para praticamente todos os ramos do Direito. Por isso, é fundamental que o profissional da área jurídica conheça a matéria para oferecer ferramentas auxiliares para os argumentos a serem desenvolvidos. Os trabalhos dessa coletânea contribuem para uma reflexão e amadurecimento da compreensão do Estado Democrático de Direito.



Direito Constitucional em foco



Série
Ciências Jurídicas & Sociais

Comitê Editorial

Prof.^a Dr.^a Liane Tabarelli

PUCRS, Brasil

Prof.^a Dr.^a Marcia Andrea Bühring

PUCRS, Brasil

Prof. Dr. Orci Paulino Bretanha Teixeira

Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Voltaire de Lima Moraes

PUCRS, Brasil

Prof. Dr. Thadeu Weber

PUCRS, Brasil

Prof.^a Dr.^a Fernanda Medeiros

PUCRS, Brasil

Direito Constitucional em foco

Artigos da especialização UESPI

Organizadoras:

Auricelia do Nascimento Melo

Gillian Santana de Carvalho Mendes



Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Lucas Margoni

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da [Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR) https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



Associação Brasileira de Editores Científicos

<http://www.abecbrasil.org.br>

Série Ciências Jurídicas & Sociais – 72

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

MELO, Auricelia do Nascimento; MENDES, Gillian Santana de Carvalho (Orgs.)

Direito Constitucional em foco: artigos da especialização UESPI [recurso eletrônico] / Auricelia do Nascimento Melo; Gillian Santana de Carvalho Mendes (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2019.

207 p.

ISBN - 978-85-5696-674-2

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Direito Constitucional; 2. Especialização - UESPI; 3. Constituição Brasileira; 4. Advocacia; 5. Democracia;
I. Título.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Sumário

Apresentação	9
1.....	13
A audiência pública do julgamento da ADPF nº 442: benefícios, controvérsias e reflexos futuros	
Alinne Fernanda Farias Couto; Auricelia do Nascimento Melo	
2.....	33
A constitucionalização político-simbólica e a não concretização normativo-jurídica	
Diego Sthefanne Nunes de Oliveira; Auricélia do Nascimento Melo	
3.....	57
A execução provisória da pena após condenação em segunda instância à luz do princípio da presunção de inocência	
Gabriel Borges de Lima; Viviane Rios Magalhães	
4.....	73
O Estado de Coisas Inconstitucional: uma análise à luz da teoria dos direitos fundamentais	
Lara Rodrigues dos Santos Maranhão; Auricelia do Nascimento Melo	
5.....	93
Advocacia Pública no Estado de Direito: a necessidade de uma Advocacia de Estado e não de Governo	
Levi Martins de Melo Terceiro; Gillian Santana de Carvalho Mendes	
6.....	113
Os incentivos fiscais como forma de fomento a preservação ambiental	
Niliz Cavalcante Teixeira; Cléia Cristina Januário Pereira Fernandes	
7.....	135
Implementação dos direitos sociais pelo Estado	
Rida-Silda Cruz e Silva; Gillian Santana de Carvalho Mendes	

8.....	153
Violação dos direitos da mulher face à supremacia masculina: problemática antiga e contexto atual	
Maria do Perpétuo Socorro Carvalho Alves e Silva; Auricelia do Nascimento Melo	
9.....	167
Crime de apropriação indébita previdenciária: análise da lei nº 9.983 de 14 de julho de 2000 e as mitigações penais e jurisprudenciais	
Valdecir Conceição Oliveira Júnior; Auricelia do Nascimento Melo	
10	191
A liberdade de expressão como pilar para uma convivência democrática	
Auricelia do Nascimento Melo; Liana Chaib	

Apresentação

A confecção desse livro foi um objetivo traçado desde o início da Turma de Especização em Direito Constitucional 2018 da UESPI, Campus Torquato Neto. A obra deixa registrados os trabalhos finais dos alunos.

É incrível como o Direito Constitucional permeia todos os campos do saber, o enredo inicia-se por um estudo sobre a audiência pública realizada pelo Supremo Tribunal Federa-STFL, fundamentada na atual legislação e no Regimento Interno do STF, especificamente, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442, que trata da descriminalização do aborto até a 12ª semana de gestação, considerando o tema um dos mais relevantes e polêmicos para a sociedade brasileira. Passa-se para a um estudo do simbolismo constitucional relacionado diretamente com a falta da concretização normativa jurídica, analisando-se o alcance do significado social e político da Constituição em face da concretização jurídico-normativa deficitária das demais normas.

Em um próximo passo a execução provisória da pena, à luz do princípio da presunção da inocência, após a condenação em segunda instância é o tema que se discute, tendo em vista a grande repercussão junto à sociedade e a mídia da decisão proferida pelo STF discutida e rediscutiva, o artigo pauta pela eficiência ou não do combate a impunidade. Ao terminar, o leitor se deparará com uma análise, à luz da teoria dos direitos fundamentais, do Estado de coisas inconstitucional, numa perspectiva formal e material dos direitos fundamentais, observando a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Como forma de despertar os estudiosos do direito e os Advogados Públicos, o artigo que trata sobre a Advocacia Pública no

Estado de Direito: a necessidade de uma advocacia de estado e não de governo faz refletir sobre o verdadeiro papel do Advogado Público, dismistificando a ideia de que o gestor público não é um cliente e que o Procurador possui sim autonomia nas suas decisões e que deve ser buscado e reconhecida a independência política das Procuradorias Públicas aplicando-se os princípios constitucionais essenciais para o desempenho imparcial daqueles que as titulam.

Viver na atualidade e não pensar em preservação ambiental é percorrer um destino sem pensar em futuro, e é por isso que o próximo artigo promove, de toda sorte, os fiscais como forma de fomento a preservação ambiental e o Direito é garantidor da sobrevivência da espécie humana, e a atuação do Estado, de forma preventiva, através de estímulos de incentivos fiscais garante a melhora do meio ambiente e da qualidade de vida.

O próximo debate trata sobre a violação dos direitos da mulher face à supremacia masculina, apresentando um contexto histórico que remonta a antiguidade e se insere em questões contemporâneas, e que a medida que as leis passam a vigor, mais casos de violência doméstica surgem, uma questão importante para ser compreendida nas mais atuais esferas de segurança e saúde pública do País.

Os dois últimos artigos provocam uma análise acerca de dois princípios Constitucionais, a solidariedade e a liberdade. O primeiro se apresenta na exame do Crime de Apropriação Indébita Previdenciária, pois a partir do momento em que os benefícios previdenciário foram sendo estendidos às classes de trabalhadores, houve uma ampliação de fraudes. E com o objetivo de reduzir os ilícitos previdenciário, com base no princípio da solidariedade, o legislador impôs sanções aos atos considerados lesivos ao bom funcionamento da autarquia. O segundo cuida da liberdade de expressão como pilar para uma convivência democrática, evidenciando a importância de uma Constituição cidadã como garantidora de um ambiente democrático, e o perigo da repressão à liberdade de expressão, consolidando-se um Estado totalitário.

Pode-se dizer que a leitura flui, que a busca ao Estado de Direito e o amparo à Constituição Federal do Brasil fica evidente em todos os estudos. Espera-se que a próxima coletânea possa ainda contemplar os estudiosos que aqui se apresentam para que possa ser observado a caminhada em torno da problemática que aqui apresenta-se.

A audiência pública do julgamento da ADPF nº 442: benefícios, controvérsias e reflexos futuros

*Alinne Fernanda Farias Couto*¹

*Auricélia do Nascimento Melo*²

1 Introdução

O presente trabalho tratará sobre a audiência pública realizada pelo Supremo Tribunal Federal – STF sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442 que trata da descriminalização do aborto até a 12ª semana de gestação, considerando o tema um dos mais relevantes e polêmicos para a sociedade brasileira.

Este artigo fará, inicialmente, uma explanação acerca da origem e conceito da audiência pública realizada pelo Supremo Tribunal Federal, com fulcro nas Leis nº 9.868/99 e 9.882/99 e no Regimento Interno da Casa. Em seguida, se tratará sobre a primeira audiência pública realizada no STF e a grandiosidade que foi o feito para o âmbito jurídico por discutir sobre as células-tronco para uso em pesquisa e terapêutico.

*Pós-Graduada em Direito Constitucional pela Universidade Estadual do Piauí(UESPI), Bacharel em Direito pelo Centro Universitário UNINOVAFAPI, Bacharel em Administração pela Universidade Federal do Piauí(UESPI).

Doutora em Direito Constitucional(UNIFOR), Mestre em Direito Constitucional(UNIFOR), Especialista em Direito Previdenciário e Docência do Ensino Superior. Professora Adjunta da Universidade Estadual do Piauí, Centro Universitário UNINOVAFAPI e CESVALE. Advogada inscrita na OAB-PI. Professora de Cursos de Pós Graduação. E-mail: aurimelo@hotmail.com

Após isso, o presente trabalho abordará especificamente da audiência pública da ADPF nº442 ocorrida nos dias 03 e 06 de agosto de 2018, intimada pela relatora da ação, a Ministra Rosa Weber, com o objetivo de ouvir depoimentos de pessoas com notórios conhecimentos e experiência no tema num grande debate sobre a descriminalização do aborto. A convocação foi necessária, dado um assunto de tamanha relevância social para a população. Na audiência, foram ouvidos mais de 40 expositores, entre instituições, organizações, dentre outros, que manifestaram seus argumentos contra ou a favor, no intuito de embasar os Ministros para o futuro julgamento. A referida ADPF foi ingressada no STF pelo Partido do Socialismo e Liberdade – PSOL, que questiona os art. 124 e 126 do Código Penal e sua suposta violação a direitos constitucionais.

Por fim, se fará uma análise sobre a importância da audiência pública, e em contrapartida se levantará questionamentos como até que ponto pode chegar sua interferência em meio a decisões eminentemente jurídicas, se avança sobre princípios constitucionais, bem como avaliar os efeitos futuros para o aborto no Brasil ocasionados pela audiência pública da ADPF nº 442.

Vale ressaltar que o motivo de desenvolver o presente artigo se deve ao fato do tema aborto ser um dos mais polêmicos entre os mais diversos segmentos da sociedade brasileira e a audiência pública realizada ter chamado a atenção de toda a população. Nessa seara, há um confronto gigantesco no campo dos direitos fundamentais e princípios tão amplamente amparados pela Constituição Federal.

O objetivo, enfim, será realizar uma análise acerca da importância da audiência pública quando convocada pelo STF, e mais especificamente a audiência realizada no caso da ADPF do aborto, o que gerará amplas consequências futuras, mas esperando que direitos fundamentais envolvidos sejam protegidos e prevalecidos.

A metodologia a ser utilizada será o indutivo, por meio de pesquisa bibliográfica, angariando informações em artigos, doutrina, site do STF, reportagens, dentre outros.

2 Audiências públicas no Supremo Tribunal Federal

As audiências públicas têm sido um mecanismo de muita importância ao auxiliar o STF na tomada de decisões acerca de assuntos de alta relevância social para a população.

As Leis nº 9.868/99 e 9.882/99, que tratam do processo e julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI), Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) e Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), foram as primeiras a prever sobre as audiências públicas no Poder Judiciário.

No caso da primeira lei, as audiências públicas estão mencionadas no art. 9º, §1º:

Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Já a Lei nº 9.882/99 traz as audiências públicas em seu art. 6º, §1º:

Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, elas foram regulamentadas no Regimento Interno da Suprema Corte, nos termos dos arts. 13, XVII, e 21, XVII, através da Emenda Regimental nº 29/2009, que atribuiu ao Presidente ou ao Relator “convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que

entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante”. O referido regimento ainda reserva o art. 154 especificamente ao procedimento das audiências públicas.

Nesse sentido, o advento das leis trouxe o instituto da audiência pública no controle abstrato de constitucionalidade, como uma ferramenta de grande relevância para auxiliar no julgamento de tais ações, consistindo, portanto, numa convocação de pessoas com experiência na temática à tona para se manifestarem sobre isso e servindo de maior base e conhecimento técnico para a Corte.

2.1 A Primeira Audiência Pública no STF

A primeira audiência pública realizada pelo STF ocorreu em 20 de abril de 2007, convocada pelo Ministro Ayres Britto, relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 3510, a qual impugnava alguns dispositivos da Lei nº 11.105/2005, conhecida como a Lei da Biossegurança.

A ADI nº 3510 foi proposta em maio de 2005 pelo Procurador Geral da República, na época, Dr. Cláudio Lemos Fonteles, e tinha como alvo específico o art. 5º da referida lei, cuja aprovação fora em março do mesmo ano. A lei gerou discussão e polêmica entre vários setores da sociedade ao tratar de temas relevantes para esses segmentos, como clonagem humana e a obtenção de células-tronco embrionárias para fins terapêuticos e de pesquisa.

Ocorre que foi justamente o artigo que tratava sobre as células-tronco embrionárias para fins terapêuticos, o objeto da referida ação, a saber:

Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização **in vitro** e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:
I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

O autor da ação argumentou que o referido dispositivo afrontava os princípios constitucionais de inviolabilidade do direito à vida e da dignidade da pessoa humana, partindo do pressuposto que o embrião é considerado um ser humano, pois para ele, a vida se inicia na fecundação. Desse modo, além de convocar algumas entidades da sociedade civil brasileira na posição de *amicus curiae*, o relator, convencido de que se tratava de um assunto de relevância social, determinou a realização de audiência pública, nos termos do art. 9º, § 1º, observando a importância de tal mecanismo constitucional e fato inédito para o âmbito jurídico.

A audiência pública do caso ocorreu no dia 20 de abril de 2007 e durou cerca de 8 (oito) horas. Um total de 22 (vinte e duas) autoridades científicas brasileiras foi convocado à tribuna discorrer sobre o tema e defender seu ponto de vista. No encontro, 17 (dezessete) especialistas, entre médicos, pesquisadores, professores universitários, biólogos, religiosos e outros representantes da sociedade brasileira para debater todos os pontos que envolviam o uso das células-tronco advindos de embriões para fins terapêuticos e de pesquisa.

Na o acórdão, o Ministro Ayres Britto destacou as explicações de duas autoridades manifestadas na audiência pública: a Dra.

Mayana Zatz³, professora de genética da Universidade de São Paulo – USP, e a Dra. Lenise Aparecida Martins Garcia⁴, professora do Departamento de Biologia Celular da Universidade de Brasília. A primeira manifestou a seguinte opinião:

"Pesquisar células embrionárias obtidas de embriões congelados não é aborto. É muito importante ADI 3.510 / DF que isso fique bem claro. No aborto, temos uma vida no útero que só será interrompida por intervenção humana, enquanto que, no embrião congelado, não há vida se não houver intervenção humana. É preciso haver intervenção humana para a formação do embrião, porque aquele casal não conseguiu ter um embrião por fertilização natural e também para inserir no útero. E esses embriões nunca serão inseridos no útero. É muito importante que se entenda a diferença".

Já a Dra. Lenise Martins se posicionou da seguinte forma:

"Nosso grupo traz o embasamento científico para afirmarmos que a vida humana começa na fecundação, tal como está colocado na solicitação da Procuradoria. (...) Já estão definidas, aí, as características genéticas desse indivíduo; já está definido se é homem ou mulher nesse primeiro momento (...). Tudo já está definido, neste primeiro momento da fecundação. Já estão definidas eventuais doenças genéticas (...). Também já estarão aí as tendências herdadas: o dom para a música, pintura, poesia. Tudo já está ali na primeira célula formada. O zigoto de Mozart já tinha dom para a música e Drummond, para a poesia. Tudo já está lá. É um ser humano irrepetível".

Nessa seara, após a audiência, considerando, dentre outros fatores, que não há pessoa humana no embrião humano, mas sim embrião de pessoa humana, e que a Lei de Biossegurança não se

³ Bióloga molecular e geneticista, professora do Departamento de Genética e Biologia Evolutiva da Universidade de São Paulo. Exerceu o cargo de Pró-reitora de pesquisa da USP de 2005 a 2009.

⁴ Professora da Universidade de Brasília desde 1985. Membro do Conselho Nacional de Saúde desde 2017. Possui mestrado em Ciências Biológicas pela Universidade de São Paulo e doutorado em Microbiologia e Imunologia pela Universidade Federal de São Paulo.

caracteriza por desprezar o embrião, o relator votou pela improcedência da ação e a constitucionalidade da mencionada lei no dia 29 de maio de 2008, sendo seu voto acompanhado pela maioria dos ministros do STF.

Tendo em vista ter sido a primeira audiência pública ocorrida na Suprema Corte, o fato chamou a atenção por abrir os “ouvidos” da Corte às opiniões da população, ou seja, o STF abriu caminho para a participação da sociedade na discussão de um tema de extrema relevância social, subsidiando os ministros numa tomada de decisão tão importante. Na época, o Ministro Ayres Britto afirmou:

“Esse aporte em informações científicas contribuirá para o melhor conhecimento da causa e incorpora à nossa decisão um teor de legitimidade, uma vez que a sociedade - pelos seus setores cientificamente organizados - está nos subsidiando para uma tomada de decisão mais consciente”.

A partir daí, as audiências públicas se tornaram peça fundamental para auxiliar os ministros do STF no julgamento, esclarecimentos e decisão final acerca de alguma demanda de grande repercussão, servindo, portanto, de forte embasamento para dar assistência em questões de interesse público relevante.

3 A arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 442

Em 08 de março de 2017, o Partido Socialismo e Liberdade – PSOL ajuizou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 442 no Supremo Tribunal Federal – STF, solicitando a não recepção parcial dos arts. 124 e 126 do Código Penal pela Constituição Federal. Os artigos mencionados tratam do aborto provocado tanto pela gestante quanto por terceiro com sua autorização, a saber:

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena - detenção, de um a três anos.

...

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

Em outras palavras, o referido partido alega que tais dispositivos, que tornam o aborto crime, violariam princípios e direitos fundamentais garantidos constitucionalmente. A defesa principal do partido é a de que os motivos que levaram a legislação penal, que é de 1940, a criminalizar o aborto, não seriam mais argumentos plausíveis para a sociedade de hoje. Nesse sentido, o PSOL argumenta que:

“Em democracias constitucionais laicas, isto é, naquelas em que o ordenamento jurídico neutro garante a liberdade de consciência e crença no marco do pluralismo razoável e nas quais não se professa nenhuma doutrina religiosa como oficial, como é o caso do Brasil, enfrentar a constitucionalidade do aborto significa fazer um questionamento legítimo sobre o justo. A longa permanência da criminalização do aborto é um caso de uso do poder coercitivo do Estado para impedir o pluralismo razoável, pois torna a gravidez um dever, sendo que, em caso de descriminalização, nenhuma mulher será obrigada a realizá-lo contra sua vontade”.

Para o partido, a criminalização do aborto viola a dignidade da pessoa humana e a cidadania das mulheres, e mais ainda de modo desproporcional as mulheres negras e indígenas, pobres, de baixa escolaridade e as que vivem em centros urbanos distantes, locais segundo os quais apresentariam maior dificuldade para a realização do procedimento de aborto do que àquelas que possuem maior acesso a informação. O PSOL ainda defende q a criminalização do aborto afronta outros princípios e direitos garantidos em nossa Carta Magna, que são: o princípio da não discriminação – pelo fato explanado anteriormente –, o direito à saúde, à integridade física e

psicológica, e o direito à vida e à segurança – pelo fato de levar as mulheres à busca da clandestinidade para realizar o procedimento de forma ilegal e inseguro, tendo como consequências danos, muitas vezes irreversíveis, à saúde tanto mental como física, e mais grave ainda, mortes que poderiam ser evitadas.

O PSOL entende que a ADPF deve ser analisada pela Suprema Corte sob o contexto de que o enfrentamento da criminalização do aborto versa sobre matéria de direitos fundamentais e citou como exemplo ações de grande relevância social, como a ADI nº 3510 em 2008, sobre a Lei de Biossegurança que liberou estudos com células-tronco para fins de pesquisa e uso terapêutico, e a ADPF nº 52 em 2012, que autorizou a interrupção da gestação de bebês anencéfalos.

No pedido da ação, o partido requer que seja concedida liminar no sentido de suspender prisões em flagrante, inquéritos policiais e andamento de processos ou decisões judiciais que tenham sido ocasionados com base na aplicação dos arts. 124 e 126 do Código Penal, para os casos de interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras 12 semanas de gravidez. O objetivo é garantir às mulheres o direito de interromper a gravidez, conforme a vontade delas, sem que haja permissão pelo Estado, além de também garantir aos profissionais da saúde o direito de realizar o procedimento sem qualquer constrangimento ou maiores consequências advindos da legislação penal.

3.1 A Audiência Pública da ADPF nº 442

Nos dias 03 e 06 de agosto de 2018, o STF promoveu uma audiência pública para discussão sobre a descriminalização do aborto até a 12^a semana de gestação. A Ministra Rosa Weber, relatora da ação, intimou mais de 40 (quarenta) representantes de diversos setores, entre especialistas, instituições nacionais e outros, para contribuir com informações que auxiliassem na discussão do assunto.

A audiência ocorreu na sala de sessões da Primeira Turma do STF pela manhã, no horário de 8:20h às 13:20h, e no período da tarde, no horário de 14:30h às 19:30h. Em cada turno, foram convocadas 13 (treze) entidades, e cada uma realizou sua explanação em 20 (vinte) minutos. Dentre os segmentos que expuseram suas falas, destacam-se o Ministério da Saúde, a Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia (FEBRASGO), Academia Nacional de Medicina, Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ), Conselho Federal de Psicologia e Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB).

Dentre algumas exposições, podemos destacar alguns pontos. Guimarães⁵, representante do Núcleo de Prática jurídica em Direitos Humanos, defendeu que a violação de vários direitos fundamentais das mulheres, oriundos da criminalização do aborto, restringe sua cidadania, bem como seus direitos à vida, à saúde e à igualdade. A representante da FEBRASGO, Dra. Rosires Pereira de Andrade, citou que a penalização do aborto cria obstáculo para o livre exercício da profissão médica, atrapalhando a confidencialidade da relação entre médico e paciente. Já na apresentação dos representantes da FIOCRUZ, a argumentação foi a de que a criminalização impede o desenvolvimento de políticas públicas de redução de danos, pois, segundo sua opinião, “deixar mulheres morrerem por uma causa facilmente evitável era errado”.

Por outro lado, a advogada Regina Beatriz Tavares da Silva⁶, presidente da Associação de Direito da Família e das Sucessões (ADFAS), apresentou argumentos jurídicos contrários ao favorecimento da descriminalização do aborto. Em sua exposição,

⁵ Doutoranda em Direito do Estado (Direito Constitucional) pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito do Estado (Direito Constitucional) pela mesma instituição, onde também se graduou em Direito. Pesquisadora do Supremo em Pauta na FGV Direito-SP desde 2015. Pesquisadora e colaboradora da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP).

⁶ Pós-Doutora em Direito da Bioética pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - FDUL (2013). Doutora em Direito (1998) e Mestre em Direito Civil (1990) pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP. Graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (1979). Presidente e Fundadora da Associação de Direito de Família e das Sucessões - ADFAS.

ela sustentou a inviolabilidade do direito à vida, garantido no art. 5^o, *caput*, da Constituição Federal, como fonte primária perante os demais direitos e não admite ponderação. Ou seja, diante de uma colisão de direitos fundamentais, o direito à vida é primordial e a vida humana deve ser preservada. Para a advogada, reconhecer o direito de uma mulher desprezando o direito à vida de um ser humano não é garantia em liberdade. Nesse sentido, o aborto, em sua opinião, afronta a vida do nascituro e implica na violência à mulher.

O representante da CNBB, Dom Ricardo Hoepers⁷, bispo do Rio Grande do Sul, defendeu o direito à vida é o mais fundamental perante os outros direitos e deve ser protegido. Para ele, se o problema do crescimento de morte de mulheres vítimas de aborto clandestino for de saúde pública, deve ser tratado como tal, e não ser encarado na forma de transmissão errônea da ideia de “desengravidar as mulheres”, o que para ele, não teria nada a ver com os arts. 124 e 126 do Código Penal. Ele ainda citou algumas instituições pró-vida espalhadas pelo Brasil que acolhem mulheres que não se entregaram ao aborto juntamente com seus filhos, como por exemplo, Casa Pró-Vida Mãe Imaculada, em Curitiba-PR, Casa Luz, em Fortaleza-CE, Pró-vida de Anápolis, em Anápolis-GO, entre outras.

Vale aqui ressaltar Vasconcelos, C. (2018, p. 141):

O direito à vida é o mais importante de todo o sistema; é o direito fundamental mais precioso inserto da Constituição, pois dele decorrem todos os outros; sem a vida não há o que tutelar, não se pode cogitar do gozo dos demais direitos. Trata-se do direito de não ter interrompido o processo vital, exceto pela morte natural. Assim, por ser o bem jurídico mais valioso, a nossa Constituição não permite nenhuma cláusula expressa de irredutibilidade nesse sentido.

⁷ Mestrado e Doutor em Bioética e Teologia Moral na Academia Alfonsiana, em Roma. Atuou como professor na Faculdade Vicentina. Como padre, foi diretor da Faculdade de Filosofia da Arquidiocese de Curitiba (2002-2003), coordenador geral do clero (2005 a 2008), membro do Conselho Presbiteral e do Colégio de Consultadores. É bispo diocesano do Rio Grande, em Rio Grande do Sul.

O motivo que levou a ministra Rosa Weber a convocar a audiência foi por considerar que a discussão é um dos temas jurídicos “mais sensíveis e delicados” segundo palavras da relatora, pois o caso envolve razões de ordem ética, moral, religiosa, de saúde pública e a tutela de direitos fundamentais individuais, o que confirma a necessidade de realização de uma audiência dada tamanha importância do tema para a sociedade. De acordo com ela, mais de 180 pedidos, entre pessoas físicas com potencial de representatividade, organizações e outros, foram recebidos para se habilitar na condição de expositor numa das audiências que mais chamaram a atenção do público em geral.

3.2 Aborto no Brasil

Não é de hoje que o tema ‘aborto’ gera grandes discussões e polêmicos nos mais diversos setores da sociedade civil brasileira. Alguns segmentos lutam pela descriminalização do aborto, defendendo os direitos da mulher decidir sobre o próprio corpo e a não obrigatoriedade de continuação da gestação, e outros segmentos lutam pela manutenção de criminalização do aborto, argumentando a defesa da vida da criança e equivaler o aborto a um assassinato.

A Pesquisa Nacional do Aborto de 2016, realizado pela Universidade de Brasília, concluiu que o aborto é um fenômeno comum e frequente entre as mulheres das mais diferentes classes sociais. A pesquisa entrevistou mulheres com a faixa etária entre 18 e 39 anos e estimou que quase 1 a cada 5 mulheres de até 40 anos de idade já realizou pelo menos um procedimento de aborto. Em 2015, cerca de 416 mil mulheres realizaram o procedimento. A cada ano são feitos 500 mil abortos clandestinos e quase metade dessa quantidade teve que ser hospitalizada após complicações do procedimento. O Ministério da Saúde estima que quase 4 mulheres morrem por dia por causa de complicações geradas por aborto clandestino.

Para exemplificar, um caso de morte por aborto clandestino ocorreu em 2014 em Campo Grande-MS. A jovem Jandira Magdalena, de 27 anos, teve seu corpo encontrado carbonizado quase um mês após realizar um aborto clandestino.

A jovem já tinha duas filhas e acabou engravidando pela terceira vez fruto de um relacionamento passageiro, quando tentava reatar com o ex-marido. A moça, de início, não quis contar à mãe, a senhora Maria Ângela dos Santos, pois sabia que a mesma era contra. Quando contou o desejo de realizar o procedimento, pois segundo ela, não tinha estrutura para um terceiro filho, dona Maria Ângela foi contra e disse à filha que caso ela realizasse, não teria mais contato com ela. Por conta da situação da gravidez indesejada, a jovem entrou em depressão.

Mesmo assim, Jandira estava decidida e foi à clínica para realizar o procedimento, em 26 de agosto daquele ano. No dia em que ela foi à clínica, a mãe de Jandira se angustiou pela demora de seu retorno, até que o ex-marido da jovem informou que uma mulher a buscou para levá-la à clínica e não conseguiu mais contato com Jandira. A família registrou o desaparecimento após 24 horas.

O caso ficou conhecido no país até que quase um mês o corpo foi encontrado carbonizado, comprovado que era o de Jandira após exames de DNA. A polícia concluiu que Jandira morreu durante o procedimento do aborto e a quadrilha que operava a clínica, dentre outras pessoas, um falso médico e uma enfermeira, teria incinerado o corpo para esconder o crime cometido. Dez pessoas da clínica foram indiciados e os chefes da mesma, presos.

São essas e outras estatísticas, sendo algumas até desconhecidas das pesquisas, que geram o grande debate envolvendo o assunto legalização ou não do aborto. A ADPF nº 442 será um divisor de águas quando da sua conclusão acerca da descriminalização ou não do aborto e seus reflexos na prática tanto no âmbito jurídico quanto no meio da sociedade civil brasileira.

4 Benefícios, controvérsias e reflexos futuras da audiência pública da ADPF nº 442

A primeira audiência pública ocorrida no STF em 20 de abril de 2007, que discutiu sobre a liberação de uso de células-tronco para fins de pesquisa e terapêutico, se tornou um marco histórico para o âmbito jurídico ao auxiliar a Suprema Corte na tomada de decisões acerca de questões de alta relevância social. Foi um momento em que a sociedade teve voz e participou efetivamente no debate de um assunto tão importante para todos os seus segmentos. Nessa ocasião, esses segmentos, ao expor seus argumentos, foram os protagonistas e os Ministros, os ouvintes das explicações.

Assim como essa, as outras audiências públicas que ocorreram subsequentemente se tornaram uma espécie de palco onde quem brilha são os representantes da população, e os Ministros são a plateia, atentos às alegações de cada entidade. Considerando as questões polêmicas envolvidas no caso e a Suprema Corte entendendo a necessidade de ouvir pessoas com conhecimento notório no assunto, o intuito da audiência pública é servir de forte embasamento subsidiando os Ministros no momento do julgamento da matéria.

No caso da ADPF nº 442, que trata da descriminalização do aborto, a audiência pública trouxe mais de 40 (quarenta) expositores, convocada pela Ministra Relatora da ação Rosa Weber, e foi muito acompanhada pela população.

É notório que, diante de um tema tão polêmico e discutido entre os mais diversos setores da sociedade civil brasileira, a audiência pública realizada para debater a despenalização do aborto foi de grande valia, contribuindo de maneira extraordinária como embasamento no momento futuro dos votos dos Ministros ao julgar a ação. A audiência pública, em qualquer caso convocado pelo STF, se consagra como um grande benefício para o julgamento de processos que requer preciosa atenção às questões constitucionais de relevância social.

É de se concordar com a opinião da professora da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV) Eloísa Machado de Almeida⁸, numa entrevista ao portal do Jornal Nexo sobre a audiência do caso do aborto, ao analisar o pós-audiência. Segundo ela, o debate demonstra a consistência de duas posições fortes que se confrontam, ou seja, uma divisão clara de um lado com grupos de defesa pelos direitos da mulher, de saúde pública, direitos humanos, e do outro, organizações religiosas, entidades de apoio aos direitos de família, entre outros. Um lado luta pela descriminalização do aborto e o outro resiste e luta pelo direito à vida.

Há que se questionar se a interferência da audiência pública, principalmente do episódio do aborto, não ultrapassa os limites da imparcialidade jurídica, tendo em vista a participação de várias entidades politicamente posicionadas, isto é, se a bandeira levantada por cada um não avança sobre direitos e princípios defendidos pela Constituição Federal, como o estado laico, a soberania popular, o pluralismo político.

No entanto, deve-se reconhecer que a audiência pública do aborto foi um pontapé inicial para o futuro do tema no Brasil. Consiste num marco decisivo que levará fim a questão do aborto e suas consequências geradas da clandestinidade, quando do julgamento final da ADPF n^o 442.

A professora Eloísa Machado, na mesma entrevista, analisou as possíveis decisões de alguns Ministros quanto a esse caso:

Algumas posições são possíveis de serem mapeadas em razão de decisões já proferidas. Se nós analisarmos a posição do ministro [Luís Roberto] Barroso, da ministra Rosa Weber, do ministro Edson Fachin, há uma concordância muito explícita em relação à

⁸ Doutora em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) e Mestre em Política Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Possui graduação em Direito pela PUC-SP e formação em Ciências Sociais pela USP. Foi coordenadora de litigância estratégica da Conectas Direitos Humanos de 2003 a 2009. É professora do Programa de Pós-Graduação Lato Sensu da DIREITO SP (GVlaw), conselheira do Instituto Pro Bono, advogada e consultora em projetos internacionais.

descriminalização do aborto quando realizada até a 12^a semana de gestação, como eles votaram no habeas corpus no final de 2016. Outros ministros têm uma afinidade muito grande com esse tema dos direitos reprodutivos e do direito internacional dos direitos humanos, que têm isso [o direito ao aborto] como uma prerrogativa. O ministro Celso de Mello sempre é mapeado como muito progressista e garantista em relação a direitos humanos e estaria, talvez, favorável a essa descriminalização. O ministro Marco Aurélio Mello representou um avanço muito grande na relatoria da ADPF 54 sobre a anencefalia, mas ele não se manifestou especificamente sobre a descriminalização até a 12^a semana. Esses são os ministros de quem já temos uma posição conhecida porque já votaram no tema.

Não obstante, a professora afirma que seria um exagero dizer que a Suprema Corte é predominante a favor da descriminalização do aborto.

O que se espera é que o julgamento da descriminalização do aborto traga uma solução para os problemas de saúde pública gerados dos abortos clandestinos, ao tempo em que não seja um caminho para muitas mortes de crianças em gestações evitáveis. Aqui não se quer pôr a culpa exclusiva da mulher, nem tampouco colaborar para mortes tanto de mulheres quanto de nascituros, mas sim defender os direitos fundamentais de ambos, amparados constitucionalmente para os dois lados. O desejo é que a solução seja favorável à vida e que a audiência pública tenha contribuído e cumprido sua finalidade para a decisão final, atendendo os preceitos de nossa Carta Magna.

5 Considerações finais

Por todo o exposto, observou-se que a audiência pública consiste numa ferramenta fundamental para os Ministros do Supremo Tribunal Federal para discussão de temas relevantes e extremamente sensíveis para a sociedade brasileira, o qual é o caso da ADPF n^o 442, que debateu a descriminalização do aborto.

Considerando o conhecimento notório dos Ministros no âmbito jurídico, houve a necessidade da convocação de pessoas com conhecimento do tema em outras áreas, além da lei, para auxiliá-los no futuro julgamento da ação.

Considerando o protagonismo dos expositores e a observação como ouvintes dos Ministros, acredita-se que a audiência pública não estaria assumindo o papel de julgador da ação, nem tampouco ultrapassando os limites de competência ou imparcialidade jurídica, pois a Suprema Corte possui a posição privilegiada e honrada de guardião da Constituição Federal, mas sim exercendo a função de embasamento argumentativo que auxiliará os votos dos Ministros no julgamento final da ação.

Nesse contexto, no concernente a audiência pública do aborto, espera-se que a mesma tenha contribuído de fato em busca de uma resolução para um caso que têm assolado o país, tanto para mulheres, quanto para vidas na expectativa de nascer. O que se deseja é que os depoimentos expostos no encontro tenham sido favoráveis para um julgamento final próximo, que resulte na garantia de direitos fundamentais e princípios amplamente amparados pela Carta Magna para mulheres e nascituros, principalmente o direito primordial à vida.

Referências

ADFAS. **ADFAS apresenta argumentos jurídicos contra descriminalização do aborto em ADPF 442**. Disponível em: <<http://adfas.org.br/2018/08/09/adfas-apresenta-argumentos-juridicos-contra-descriminalizacao-do-aborto-em-adpf442/>>. Acesso em: 26 de fev de 2019.

BBC News Brasil. **'Abortar é matar', diz mãe de grávida morta em clínica clandestina de aborto**. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44243988>>. Acesso em: 26 de fev de 2019.

BRASIL. Constituição Federal, 1988. In: Anne Joyce Angher, (org.) **Vade Mecum Universitário de Direito Riedel**. 24. ed. São Paulo: Riedel, 2017. p. 18-73.

_____. **Código Penal**, 1940. In: Anne Joyce Angher, (org.) **Vade Mecum Universitário de Direito Riedel**. 24. ed. São Paulo: Riedel, 2017. p. 329.

_____. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm >. Acesso em: 24 de out de 2018.

_____. **Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9882.htm >. Acesso em: 24 de out de 2018.

_____. **Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005**. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm >. Acesso em: 20 de jan de 2019.

_____. **Regimento Interno do STF**. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf> >. Acesso em: 20 de jan 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Apresentação**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublicaPrincipal.asp>>. Acesso em: 24 de out de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Audiências públicas abrem os microfones do Supremo à sociedade**. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=124643> >. Acesso em: 25 de fev de 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Partido questiona no STF artigos do Código Penal que criminalizam aborto**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=337860>>. Acesso em: 26 de fev de 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **STF realiza audiência pública sobre descriminalização do aborto nos dias 3 e 6 de agosto**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=385093>>. Acesso em: 26 de fev de 2019.

CNBB. **Aborto: leia as íntegras dos discursos da CNBB no STF**. Disponível em: <<http://www.cnbb.org.br/aborto-leia-as-integras-dos-discursos-da-cnbb-no-stf/>>. Acesso em: 26 de fev de 2019

DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. **Pesquisa Nacional de Aborto 2016**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v22n2/1413-8123-csc-22-02-0653.pdf>>. Acesso em: 26 de fev de 2019.

FREIRE, Alonso; FREIRE, Alexandre; MEDINA, José Miguel Garcia. **Audiência pública tornou-se instrumento de legitimidade**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jul-04/audiencias-publicas-tornaram-stf-instrumento-legitimidade-popular>>. Acesso em: 20 de jan de 2019.

GARCIA, Pereira Valdinei. **Análise da ADI 3510/DF de 2008**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/30892/analise-da-adi-3510-df-de-2008>>. Acesso em: 25 de fev de 2019.

JUS FEDERAL. **Pesquisadora da USP encerra exposições da audiência pública sobre aborto**. Disponível em: <<http://jusfederal.com.br/portal/pesquisadora-da-usp-encerra-exposicoes-da-audiencia-publica-sobre-aborto/>>. Acesso em: 26 de fev de 2019

LIMA, Juliana Domingos de. **O que está em jogo na audiência pública do STF sobre o aborto**. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2018/08/02/O-que-est%C3%A1-em-jogo-na-audi%C3%A0ncia-p%C3%BAblica-do-STF-sobre-o-aborto>>. Acesso em: 27 de fev de 2019.

VASCONCELOS, Clever. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

A constitucionalização político-simbólica e a não concretização normativo-jurídica

*Diego Sthefanne Nunes de Oliveira**
*Auricélia do Nascimento Melo***

1 Introdução

É inegável que a política interfere cada vez mais no mundo jurídico e com isso o simbolismo constitucional vem se consolidando: desde a elaboração de leis até a influência política e social nas decisões dos tribunais. Diante disso, surge a problemática da constitucionalização político-simbólica e a não concretização normativo-jurídica.

Com o nascer da Constituição Federal de 1988, o que se viu foi uma série de direitos fundamentais e sociais ordenados para melhorar a vida dos brasileiros devido ao período turbulento vivido durante a vigência de Constituições anteriores. Entretanto, a efetividade desses direitos está longe de se concretizar.

O direito social ao salário mínimo é um exemplo disso: conforme a Carta Magna, o salário mínimo deveria ser capaz de atender as necessidades vitais básicas do cidadão e de sua família.

* Bacharel em Direito pela Faculdade Santo Agostinho; com pós graduação *latu sensu* em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade Damásio de Jesus; exerce a advocacia, com inscrição na OAB/PI.

** Doutora em Direito Constitucional(UNIFOR), Mestre em Direito Constitucional(UNIFOR), Especialista em Direito Previdenciário e Docência do Ensino Superior. Professora Adjunta da Universidade Estadual do Piauí, Centro Universitário UNINOVAFAPI e CESVALE. Advogada inscrita na OAB-PI. Professora de Cursos de Pós Graduação. E-mail: aurimelo@hotmail.com

Ora, sabe-se que o salário mínimo, por vezes, não atinge o mínimo necessário nem mesmo para a sobrevivência.

Outro exemplo, agora no campo da eficácia das normas constitucionais, é quando o poder legislativo busca atender apenas interesses que lhe convêm e, dessa forma o judiciário é chamado a intervir e resolver omissões legislativas como no caso da falta de regulamentação da greve dos servidores públicos.

A doutrina e jurisprudência pátrias seguem o modelo da pirâmide de Hans Kelsen, onde a Carta Maior encontra-se no topo justamente para servir de orientação e efetividade para as demais normas do ordenamento jurídico.

Assim, quando a Carta Magna se encontra deficitária devido ao simbolismo, os legisladores infraconstitucionais não encontram sustentação necessária para legislar.

Diante disso, o surgimento de leis esdrúxulas acontece com frequência e empobrece a finalidade precípua da legislação infraconstitucional, de concretizar a Carta Cidadã.

A título de exemplo, qual seria a função da lei que determina o dia 25 de outubro como dia do macarrão (lei nº 13.050 de 2014) ou mesmo a Lei 13.044/14 conferiu ao município de Itabaiana/SE o título de "Capital Nacional do Caminhão" e a lei nº 12.975/14, que declarou como de raça nacional o cavalo "Manga-Larga Marchador". Seriam necessárias leis para isso?

Desse modo, se o parâmetro de controle das legislações infraconstitucionais, a Constituição Federal, se mostra como simbólica, não temos efetividade também nas espécies normativas que buscarem consistência no Texto Superior.

Também é possível observar o caráter simbólico da CF em julgados do Supremo Tribunal Federal, quando da análise de dispositivos da Carta Magna. É o que se observa nos últimos anos, como visto, por exemplo, recentemente no julgamento do ex-presidente Lula, ao se relativizar o princípio da presunção de inocência em virtude de manifestações populares e midiáticas.

Nesse ínterim, primeiramente será delimitado o termo “simbólico” no campo do direito. Após será analisado o vínculo do sistema político-jurídico que interfere nos poderes judiciário e legislativo, isto é, a ineficácia normativo-jurídica em decorrência da função político-ideológica no ordenamento jurídico e da Constituição. E por último, discute-se a constitucionalização simbólica como cerne da questão e do Direito.

2 Significado de “simbólico” no direito e a legislação simbólica

Sobre a delimitação do termo “simbólico”, há vários sentidos conceituais, mas não existe consenso dos estudiosos sobre qual teoria seria a mais adequada.

Para a filosofia, por exemplo, “simbólico” representa uma forma de mediação entre o sujeito e a realidade. (NEVES, 1994, p. 12). Esse contato acontece de forma mediata ou indireta, de acordo com Cassirer (1972 apud NEVES, 1994, p.12), “Ao contrário das reações *orgânicas* aos estímulos exteriores, diretas e imediatas, as *respostas humanas* seriam diferidas”.

E assim, existem as mais variadas conceituações sobre “simbólico” nos diversos ramos científicos: psicanálise, sociologia, antropologia, dentre outros, e para focar no presente estudo, aborda-se em seguida a matéria mais voltada ao campo jurídico.

Em relação a semântica e conseqüentemente aos sentidos hermenêuticos, é oportuna a interpretação doutrinária de Gusfield, citada por Neves como uma inovação em relação a outros autores que focam apenas no problema da política simbólica, dela se extrai três variáveis a serem consideradas na questão da legislação simbólica: instrumentais, expressivas e simbólicas. (NEVES, 1994, p. 25).

Conforme Gusfield (1986 apud NEVES, 1994, p. 25), “na atitude expressiva, há uma confusão entre o agir e a satisfação da respectiva necessidade”. A diferença de instrumental para simbólico encontra-se bem desenhada quando comparado o discurso

denotativo com o conotativo, de acordo com Gusfield (1986 apud NEVES, 1994, p. 26):

Na denotação há uma conexão relativamente clara entre expressão e conteúdo: na ação instrumental, similarmente, um direcionamento da conduta para fins fixos. Na conotação a linguagem é mais ambígua: o agir simbólico é conotativo na medida em que ele adquire um sentido mediato e impreciso que se acrescenta ao seu significado imediato e manifesto, e prevalece em relação ao manifesto.

Em verdade, há predomínio de uma variável sobre a outra e nunca exclusividade, pois, na prática estão continuamente presentes essas três variáveis, ou seja, nem sempre o direito usa hipertroficamente uma função simbólica, sobressaindo-se em muitos casos a sua dimensão instrumental. (NEVES, 1994, p. 26).

Nesse viés, Kindermann (1989 apud NEVES, 1994, p. 32) apresenta uma solução de alternância, “[...] legislação simbólica não pode ser vista meramente como contraponto para a legislação instrumental de proveniência contemporânea, mas sim deve ser conceituada como alternativa para a direção normativo-geral da conduta”.

Nesse ponto, ressalta-se, que a legislação metafórica não vem sendo utilizada como opção para suprir as necessidades do povo, a atividade legiferante vem constituindo mistura entre assuntos políticos e jurídicos, dessa maneira a legislação simbólica produz textos secundariamente voltados para a população (sentido normativo jurídico) e, primária e hipertroficamente a finalidades políticas. (NEVES, 1994, p. 32).

Obviamente, há má-fé quando o legislador pretende produzir leis, nas palavras de Kindermann (1988 apud NEVES, 1994, p. 32), “[...] sem tomar qualquer providência no sentido de criar os pressupostos para a eficácia, apesar de estar em condições de criá-lo, há indício de legislação simbólica.”, ou seja, sem eficácia e

efetividade, ocorre atendimento dos interesses políticos particulares com ausência dos sociais abrangentes.

Contudo, o conceito de legislação simbólica abrange não apenas o ato de produção legal, mas também do texto já produzido quando interpretado, isto é, o sentido político hipertrofiado em detrimento do aparente sentido normativo-jurídico está presente não só no poder legislativo, como também no judiciário quando produz decisões judiciais parciais, pessoais, imorais ou não condizentes com o direito. É o que se deduz de Kindermann (1988 apud NEVES, 1994, p. 32):

É verdade que de determinada atividade legislativa com função primariamente simbólica pode resultar lei que, posteriormente, venha a ter uma intensa 'força normativa'; como também, ao contrário, leis resultantes de atos de legislação instrumental podem com o passar do tempo adquirir caráter predominantemente simbólico.

Neste feito, destaca-se a importância do controle de constitucionalidade realizado pelos magistrados de forma eficaz, o que determina a condução da normatividade Constitucional, garantindo maior segurança jurídica para o sistema.

Dessa forma, em uma análise genérica e minimalista, conclui-se que a definição de legislação/Constituição simbólica consiste na falta de eficácia (aplicabilidade ou eficácia jurídica), efetividade (eficácia social), substancialidade, materialidade e concretude normativo jurídica, devido aos fatores políticos e ideológicos permeados principalmente no momento de legislar, assim como na interpretação das normas pelo judiciário (e outros atores) que resultam nestas características.

3 O modelo tricotômico de Kindermann

Haja vista a heterogeneidade dos casos enquadrados no conceito de legislação simbólica pelos estudiosos, Kindermann

(1988 apud NEVES, 1994, p. 34) propôs uma tríade em busca de melhor delimitação: “[...] a) confirmar valores sociais, b) demonstrar a capacidade de ação do Estado e c) adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatatórios”. A partir dessa tipologia, Neves classificou também a constitucionalização simbólica no mesmo formato. (NEVES, 1994, p. 92). É o que se expõe a seguir em conjunto.

3.1 Confirmação de Valores Sociais

Os grupos sociais que entram em conflito pela predominância de determinados valores buscam a “vitória legislativa” como forma de confirmação dos seus interesses ou concepções valorativas. (NEVES, 1994, p. 34).

Um exemplo contemporâneo, mas citado por Kindermann (1989 apud NEVES, 1994, p. 35) no passado, que retrata bem esse conflito, é o caso das legislações sobre estrangeiros, cada vez mais suscitadas devido o monstruoso número de imigrantes que fogem das graves crises na Europa e na América Latina. Assim se manifesta o doutrinador:

O debate a respeito de uma legislação mais rigorosa ou mais flexível em relação aos estrangeiros seria predominantemente simbólico: nesse caso, a legislação teria uma força simbólica muito importante, na medida em que influenciaria como os imigrantes serão vistos pelos nacionais - como estranhos e invasores, ou como vizinhos, colegas de trabalho, de estudo, de associação e, portanto, parte da sociedade. Primariamente, a legislação funcionaria então como ‘etiqueta’ em relação à figura do estrangeiro.

Desse modo, a partir da legislação confirmadora dos valores sociais, seja do grupo “A” ou “B”, há para cada confronto de ideais uma força simbólica demasiada, na medida em que cada comunidade será vista com “outros olhos” em face do diploma legal exitoso.

Em relação aos dispositivos constitucionais, não se trata exatamente da concretização destes, e sim da confirmação de crenças e *modus vivendi* de determinados grupos como, por exemplo, a “autenticidade” e “negritude” dos países africanos. (NEVES, 1994, p. 92).

Dessa maneira não há, em rigor, constitucionalização simbólica, na medida em que a confirmação de valores sociais representa na realidade simbolismos específicos, muitas vezes vinculados a textos constitucionais autocráticos. (NEVES, 1994, p. 92). Aliás, Neves entende que, talvez o melhor enquadramento nesse caso seria na categoria de legislação-álibi tratada no próximo subtópico. (NEVES, 1994, p. 36).

3.2 Legislação e Constitucionalização Álibi

A legislação-álibi constitui tipo de legislação simbólica produzida pelo legislador após pressão da sociedade, em busca de fortificar a confiança dos cidadãos no respectivo governo, assim, para atender as expectativas sociais e garantir sua carreira política, o político elabora normas sem a mínima possibilidade de concretude. (NEVES, 1994, p. 37).

Durante os períodos eleitorais, o político-legislador se aproveita da inocência ou ignorância da sociedade para conduzir sua “eterna” manutenção em cargos públicos, não apenas em relação à cargos comissionados ou de confiança, mas também repassando uma falsa imagem à população ao criar leis inefetivas e condizentes com os anseios sociais que lhe possibilite a reeleição.

Destarte, a atuação comissiva serve como álibi ao Estado-legislador que, ao engessar de diplomas legais o ordenamento jurídico abrandando o descontentamento da coletividade e, se torna figura idônea e legítima por buscar “boas intenções”, muito embora realmente se trate de conduta deplorável falaciosa. (NEVES, 1994, p. 37-38).

Todavia, também existem determinados acontecimentos ou problemas emergenciais que exigem uma resposta imediata do Estado perante a insatisfação popular. Nesse caso, do mesmo modo, a atitude legiferante serve como álibi do legislador, embora seja improvável que o diploma criado solucione o problema. (NEVES, 1994, p. 37-38).

Um dos ramos do direito mais propensos a reformas legislativas por reações simbólicas a pressão pública é o direito penal. Cita-se como exemplo, o recente caso da atriz Carolina Dieckman (FANTASTICO, 2019), que teve algumas de suas fotos pessoais vazadas após hackers invadirem seu computador em 2012.

Simultaneamente, há mais de um ano, já tramitava, na Câmara dos Deputados, o projeto de Lei nº 2.793/2011, o qual visava tipificar a conduta de “invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita”.

Porém, apenas com a repercussão do caso ocorrido com Carolina, o projeto de lei entrou em caráter de urgência e foi aprovado na forma do art. 154-A do Código Penal (BRASIL, 2012).

E na prática, criou-se mais uma lei com pouca efetividade já que muitas vezes o Estado não possui delegacias ou meios especializados para solucionar os crimes virtuais; e os danos íntimos são enormes a ponto de algumas vítimas cometerem suicídio em face da inefetividade.

Em relação a constitucionalização álibi, um dos seus efeitos ocorre em maioria quando o STF realiza interpretações distorcidas sobre dispositivos ou princípios constitucionais. Como, por exemplo, o debate sobre cotas raciais nas instituições de ensino superior tendo como referência o princípio da isonomia previsto na CF.

Por meio da ADI 3330 de 2012(STF, 2012), o STF julgou constitucional a delimitação de vagas nas universidades destinadas exclusivamente aos afrodescendentes. O argumento basilar da decisão utilizado se refere a dívida histórica que o Estado obteve com os negros devido a escravidão e não oferta dos direitos fundamentais.

Dessa forma, buscou-se mitigar os erros passados com os negros, contudo o melhor parâmetro à ser adotado na questão das cotas é o econômico, daí o caráter simbólico dessa decisão, quando se consideram os demais indivíduos hipossuficientes com outra cor da pele que não terão acesso ao benefício.

Ora, não obstante a dívida histórica do Estado com os negros, essa decisão não foi adotada de forma igualitária, proporcional e razoável, tendo em vista que existem afrodescendentes em boas condições financeiras e que frequentam as melhores escolas particulares do país, em contrapartida há indivíduos pobres, sejam brancos, negros ou pardos, que possuem frequência apenas em escolas públicas, mas que não usufruem desse direito.

Finalizando, é importante que se destaque o declínio da legislação-álibi, considerando que seu uso abusivo nem sempre irá atingir a função figurada almejada pelos agentes políticos, resultando na descrença e descrédito do sistema jurídico. (NEVES, 1994, p. 40).

3.3 Compromissos Dilatórios

A legislação e a Constituição simbólica também se caracterizam por adiar conflitos sociais por meio de compromissos dilatórios. Um exemplo perfeito desse caso é a amenização do embate entre progressistas e conservadores com a criação de lei ineficaz sobre empregados domésticos na Noruega em 1948. É o que relata Aubert (1967) e Lenk (1976) apud NEVES, 1994, p. 41:

Foi exatamente essa previsível falta de concretização normativa que possibilitou o acordo entre grupos “progressistas” e tendências ‘conservadoras’ em torno da lei. Os primeiros ficaram satisfeitos porque a lei, com os seus dispositivos sancionatórios, documentava a sua posição favorável a reformas sociais. Aqueles que eram contrários a nova ordem legal contentaram-se com a falta de perspectiva de sua efetivação, com a sua ‘evidente impraticabilidade’.

E assim, o legislador norueguês ao criar a lei atendeu o interesse dos empregados domésticos e, ao mesmo tempo, por ser a legislação ineficaz, os empregadores igualmente se deram por satisfeitos.

No que tange ao conflito de classes, assim como na Noruega, guardadas devidas proporções e comparações, é evidente que a reforma trabalhista realizada recentemente no Brasil, também foi sendo postergada para melhor atender os interesses de grupos políticos e sociais (patrões e empregados).

Na perspectiva brasileira, a classificação das normas constitucionais quanto à sua aplicabilidade, mais aceita doutrinariamente e relacionada com o adiamento dos compromissos constitucionais é a proposta pelo professor José Afonso da Silva (2013 apud MARTINS; JÚNIOR, 2017, p. 328): normas de eficácia plena, contida e limitada.

Considerando essa classificação, trata-se como exemplo de regra moratória, as normas constitucionais de eficácia limitada, que são aquelas que dependem de regulamentação futura para produzirem todos os seus efeitos, com destaque ao direito de greve dos servidores públicos, no artigo 37, inciso VII, da Carta Magna. (MARTINS; JÚNIOR, 2017, p. 345-349).

Esse direito nunca foi regulamentado, o que diante da mora legislativa contumaz ensejou atuação do Supremo Tribunal Federal, consolidando nos mandados de injunção 670, 708 e 712, entendimento no sentido de ser aplicável a Lei de Greve (BRASIL,1989) aos servidores.

Outra classificação conexa com as promessas constitucionais dilatórias é a ontológica de Karl Loewenstein, que determina a correspondência da norma com a realidade política e social (1964 apud MARTINS; JÚNIOR, 2017, p. 199-200). Esta se classifica em normativa, nominativa e semântica.

A grande celeuma está em classificar a CF/88 em normativa ou nominalista. Já que a primeira significa que o diploma constitucional corresponde de fato a realidade política e social; enquanto a segunda não consegue alcançar este objetivo devido a alguns fatores, como as postergações normativas, por exemplo, esta em tese estaria mais próxima do simbolismo. (MARTINS; JÚNIOR, 2017, p. 200).

Embora existam controvérsias doutrinárias, prevalece a classificação normativa. Assim, apesar de não refletir integralmente a realidade dos fatos, a CF/88 possui força normativa até mesmo em suas normas de eficácia limitada. Visto que estas, no que pese serem limitadas, possuem eficácia jurídica mínima, na medida que produzem efeitos negativos de revogação e vinculativo de leis regulamentadoras. (MARTINS; JÚNIOR, 2017, p. 201; 346).

Nesse prisma, cabe destacar, que a dificuldade de produzir efeitos para as normas não se restringe a eficácia e a efetividade, já que os efeitos sociais latentes ou indiretos da legislação simbólica apontados por Neves, podem ser mais relevantes que os resultados manifestos que lhe faltam. (NEVES, 1994, p. 47).

Neves exemplifica o caso de uma lei tributária que, embora seja demasiadamente eficaz e efetiva, resulte em desemprego e inflação. Ou, ainda, uma lei que amplie os casos de permissão do aborto repercutindo fortemente nas relações familiares. (NEVES, 1994, p. 47).

Nesse cenário, verifica-se a influência dos agentes políticos na normatização, pois, é nítido a satisfação pessoal e ideológica do elaborador normativo, já que a consagração acadêmica e profissional de um jurista pode vir na participação de um anteprojeto legal. (NEVES, 1994, p. 48-49).

Logo, além do sentido negativo de ineficácia e inefetividade normativa, há em alguns casos, não obstante a incredulidade da população no legislador, uma tendência de efeitos positivos políticos quando elaborada a norma, assim, quanto mais intensos estes, maior a força normativa da Constituição. (NEVES, 1994, p. 49).

4. Constitucionalização político-simbólica

A autonomia do sistema jurídico é inexistente em face do vínculo estrutural entre política e Direito. Desse modo, a Constituição representa fielmente a forma ou mecanismo de interferência entre esses dois sistemas sociais, possibilitando, na verdade, uma autonomia recíproca ou troca de favores e não um sistema coerente com a sociedade. (NEVES, 1994, p. 129-130).

4.1 A retórica do discurso de poder e o Direito

O conceito genérico de Constituição, em tese, representa uma limitação jurídica e social ao governo. Assim, analisando o termo “constitucionalização”, infere-se que anteriormente a ordem jurídica estava em descrédito ou não havia Texto Maior e, com movimentos ou ações de atores jurídicos houve inserção estrutural, isto é, esse fenômeno se caracteriza por ser construído aos poucos. (NEVES, 1994, p. 61).

Por conseguinte, a constitucionalização é o processo no qual há a diferenciação entre os sistemas políticos e jurídicos e a Constituição significa o fator ou o produto da diferenciação funcional desses elementos. (NEVES, 1994, p. 61).

Nessa esteira, na prática, a concretização da Constituição demonstra que não há limitação aos poderes estatais e sim formação de um elo com o setor político. De acordo com essas concepções, Luhmann (1990a apud NEVES, 1994, p.62), definiu a Constituição como “[...] vínculo (‘ligação’, ‘acoplamento’) estrutural (*strukturelle Kopplung*) entre política e direito”.

Segundo Luhmann (1981g apud NEVES, 1994, p. 62), historicamente esse elo entre política e direito, na verdade confirma a subordinação do direito perante o código do poder:

Não se trata de um relacionamento qualquer entre o Direito e o Poder, o que implicaria um conceito ‘histórico-universal’ de Constituição. Nas sociedades pré-modernas e também nos Estados autoritários contemporâneos, a relação entre Poder e Direito é hierárquica, caracterizando-se pela supra-infra-ordenação ‘Poder > Direito’.

De acordo com Luhmann (1988b apud NEVES, 1994, p. 133), para que haja equilíbrio no meio jurídico exige-se a ocorrência da auto-referência (sistema com aplicação do código lícito/ilícito) e da heterorreferência (adequação ao meio ambiente):

Para isso, exige-se tanto a auto-referência consistente do sistema jurídico com base no código de diferença entre lícito e ilícito quanto a heterorreferência adequada ao correspondente meio ambiente, a tal ponto que o problema da justiça interna e externa é reduzido, respectivamente, à questão desses dois modos de referência sistêmica.

A falta de concretização normativa do texto constitucional reflete a incapacidade de suprir as exigências do “meio ambiente” pelo meio jurídico, como por exemplo, os direitos fundamentais constituírem privilégio de minorias (NEVES, 1994, p. 140).

Isso demonstra a incapacidade de heterorreferência adequada do Direito, segundo Neves (1994, p. 140-141):

O desrespeito *ao due process of law* constitucionalmente festejado é a rotina da prática dos órgãos estatais (especialmente da polícia) com relação às classes populares (à maioria). A politização particularista da administração impede a concretização generalizada dos princípios constitucionais da moralidade e impessoalidade. A corrupção e as fraudes eleitorais impossibilitam a legitimação constitucional (generalizada) do sistema político, que passa, então, a subordinar-se instavelmente aos interesses

particularistas de *cima* e às necessidades concretas de *baixo*, sendo constrangido a adotar mecanismos substitutivos de ‘legitimações casuísticas’ inconstitucionais (favores, concessões, ajudas e trocas ilícitas).

A incapacidade de heterorreferência adequada do Direito em situações de constitucionalização simbólica não é um problema de um sistema operacionalmente autônomo diante do seu meio ambiente. A questão está vinculada à própria ausência de distinção nítida entre sistema e meio ambiente, exatamente por falta de ‘Constituição normativa’ como mecanismo de autonomia do Direito (Cap. II. 1. 3. 3.). O texto constitucional atua basicamente como figura de retórica política, não se desenvolvendo como instância de reflexividade que possibilite a autonomia do código ‘lícito/ilícito’ diante de outros códigos-diferença, especialmente o político (‘poder/não poder’) e o econômico (‘ter/não-ter’). Nesse contexto, a questão de heterorreferência é, primariamente, um problema de auto-referência.

A auto referência possui três momentos: legalidade, constitucionalidade e legitimação. Com efeito, a conclusão de Neves acima é de que a adversidade encontrada pela heterorreferência está relacionada ao transtorno do código lícito/ilícito da auto referência.

A constitucionalização simbólica implica problemas de concretização jurídica nos três casos da auto referência. Em verdade, os três elementos afetados pelo simbolismo se transformam em figura retórica de discurso de poder. (NEVES, 1994, p. 134-137).

Destarte, quanto a legalidade, histórica e globalmente o poder se manifesta como forma de domínio do Direito por meio de dois códigos: o econômico (“ter/não ter”) e político (“poder/não poder”); estes hierarquicamente superiores ao código normativo jurídico (“lícito/ ilícito”). E o predomínio desses códigos, bloqueia o processo de concretização constitucional de acordo com o agir manipulador dos agentes políticos e econômicos, (NEVES, 1994, p. 135).

Em relação a legitimação em sentido sistêmico, Neves a define como a capacidade do sistema de orientar e reorientar as expectativas normativas com base nas suas próprias diferenças e critérios, (NEVES, 1994, p. 135).

Nesse ponto, percebe-se a importância doutrinária e do poder judiciário interpretativo, este como um dos agentes transformadores dessa orientação plausível com os interesses sociais, isso se não houver interferência negativa dos códigos de poder.

A constitucionalidade retrata o aspecto reflexivo do sistema jurídico e nesse sentido, destaca-se novamente o poder judiciário, dessa vez como o órgão responsável por realizar o controle sobre esse atributo.

A constitucionalização simbólica também afeta a constitucionalidade ao se levar em conta justamente essa aparente reflexividade por uma Carta produzida simbolicamente. É o que diz Neves (1994, p. 135):

Na medida em que o texto constitucional não se concretiza normativamente de forma generalizada, impossibilita-se o desenvolvimento de Constituição como normatização mais compreensiva de processos de normatização dentro do sistema jurídico. A paradoxia da ‘realidade constitucional inconstitucional’ importa uma práxis política na qual se adotam ou rejeitam os critérios normativos procedimentais previstos no texto constitucional, conforme ele corresponda ou não à constelação de interesses concretos das relações de poder.

Em consonância com o raciocínio de Neves, Luhmann (1986b apud Neves, 1994, p. 119) analisa o meio jurídico como um complexo autopoiético de “[...] controle do código-diferença ‘lícito/ilícito’ por um sistema funcional para isso especializado”.

Esse sistema de autocontrole está intimamente relacionado com a reflexividade, na medida que apresenta o aspecto cognitivo obedecendo a um padrão que se valorize a variedade de ideais da sociedade moderna e a estabilização na construção normatiza, conforme as palavras de Luhmann (1984b apud Neves, 1994, p. 125), o direito como “[...] sistema autopoiético é, ao mesmo tempo, normativamente simétrico e cognitivamente assimétrico”.

Interpretando as ideias de Luhmann, Neves ressalta que, quando a assimetria externa influencia negativamente a

orientação normativa simétrica, surge o problema da alopoiese, impedindo a auto-referência operacional do direito. (NEVES, 1994, p. 125).

Assim, diante da inexistência de autonomia do sistema jurídico, verifica-se o desenvolvimento da constitucionalização simbólica como alopoiese do direito, significa dizer que há ausência de soberania, ou seja, não há independência na produção legislativa enquanto houver sobreposição dos códigos econômicos e políticos, sobre o código “lícito/ilícito”, como resultado têm-se ineficiência e não racionalidade. (NEVES, 1994, p. 128).

Desse modo, além da retórica do discurso de poder encontrar-se no Estado-Legislador, também está imersa no poder judiciário, já que esse órgão é o principal responsável por realizar o controle de constitucionalidade, isto é, o controle reflexivo e cognitivo da Constituição que, por vezes é ilusório, fictício ou dissimulado.

E sendo a constitucionalidade um dos itens da auto referência, faz-se necessário discutir esse aspecto no subtópico abaixo.

4.2 Decisionismo simbólico

Em geral, cada um dos atores no cenário jurídico têm a tendência de “impor” seus conceitos ao tentar alguma medida conforme seu cargo exige.

Difícilmente, algum promotor de justiça requer a absolvição do réu ou concorda com a tese de exclusão da ilicitude do advogado, por exemplo. Nesse prisma, fazem os juízes ao julgar algo sem obediência ao princípio da imparcialidade e fundamentando-se no livre convencimento motivado.

Quando estão diante do caso concreto, grande parte dos julgadores focam em sua individualidade de pensamento e abandonam o aspecto crítico e racional. Ademais, mesmo quando conseguem refletir sobre o direito em abstrato, apresentam como solução única a “naturalização dos seus conceitos” fundamentada em argumentos de autoridade. (RODRIGUEZ, 2013).

Outro problema está no conjunto de precedentes e súmulas sedimentados seguidos pela maioria dos julgadores, isto é, não temos aqui as características de decisões argumentativas, racionais, discutidas ou debatidas. Forma-se um “corpo” de fórmulas para um determinado resultado. (RODRIGUEZ, 2013).

Sem falar nas metas do CNJ que estimulam os juízes que buscam promoção e benefícios, a produzir decisões que se encaixam nas súmulas, quando simplesmente se deparam com uma lide que se enquadra nelas, independentemente da análise e aspecto racional do caso.

Fazendo uma crítica a essas questões do sistema jurídico, Lenio Streck diz que não se pode outorgar tantos poderes ao judiciário, sob pena do Brasil se transformar em uma Juristocracia.

Assim, argumenta STRECK (2016), em sua coluna jurídica “Senso Incomum”, que o direito não cabe no precedente, ressaltando a necessidade da hermenêutica e da singularidade de cada caso como forma de evitar a mecânica de julgamentos baseada em precedentes e pior, estes fundamentados na livre “consciência” judicial.

Nesse âmbito, percebe-se a configuração do sistema de auto referência, não só por meio do controle de constitucionalidade como também quanto ao código de poder, pois, o direito brasileiro não deve ser tratado como mero instrumento de poder das classes e sim, deve ser direcionado para mediar conflitos e favorecer as forças sociais.

Conseqüentemente, diante desse contexto, surgem dois problemas enraizados atualmente no Brasil: a judicialização da política e a insegurança jurídica. (RODRIGUEZ, 2013).

No que concerne a judicialização da política podemos citar como exemplo, o modo de escolha dos Ministros do STF pelo Presidente da República.

A composição do STF é de onze Ministros nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado (CF, art. 101, parágrafo único).

Os requisitos exigidos pela Constituição para escolha de ministros do STF, além de nacionalidade brasileira originária (CF, art. 12, § 3.º, IV), restringem-se ao notável saber jurídico, reputação ilibada e idade superior a trinta e cinco e inferior a sessenta e cinco anos (CF, art. 101), ou seja, o critério é basicamente político e atende interesses do Presidente da República e do senado federal, o que certamente pode ocasionar uma temida politização partidária do tribunal.

Quanto a instabilidade jurídica, basta verificar, dentre outros exemplos, a decisão recente do STF (2018) que relativizou a presunção de inocência permitindo a prisão após julgamento de 2ª instância. Ora, até “ontem” todos eram presumidamente inocentes antes do trânsito em julgado da sentença, hoje já não mais. As decisões mudam de um dia para outro.

Em relação ao raciocínio jurídico, cabe destacar que a “falha” no modo de agir dos juízes é ocasionada ou intensificada devido ao modelo arcaico de oferta do ensino jurídico no Brasil.

Não há um controle eficaz pelo Ministério da Educação do aspecto qualitativo dos cursos de Direito, cuja oferta cresceu absurdamente, sendo o Brasil, só para se ter uma ideia, o país que possuía mais cursos de Direito do que todos os outros países do mundo juntos em 2015 (STF, 2018).

Dessa maneira, assim como há um crescimento dos litígios processuais no Brasil temos o aumento dos cursos de Direito que formam futuros juízes não críticos, adaptados apenas a serem aprovados no concurso de forma mecanicista. Acrescido a isso, o sistema jurídico defasado que exige numerosas decisões de acordo com precedentes intrínsecos a politicagem judiciária levam à falência do ordenamento jurídico.

5 Considerações finais

O presente trabalho buscou demonstrar o paradoxo existente entre a Constitucionalização político-simbólica em face da eficácia e efetividade normativo-jurídica no ordenamento jurídico.

A introdução trouxe uma contextualização do tema e a partir de uma delimitação do termo “simbólico” para o campo jurídico, chegou-se a três variáveis (instrumentais, expressivas e simbólicas) consideradas na conceituação da Constituição e legislação simbólica, malgrado não haver consenso quanto a definição de “simbólico”.

Nesse sentido, com esses fatores de definição para “simbólico”, analisou-se a trilogia proposta pela doutrina de Kindermann, que apresenta os tipos de diplomas simbólicos com base em três características: a) confirmar valores sociais, b) demonstrar a capacidade de ação do Estado e c) adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatatórios. E assim, conquistou-se uma melhor delineação para Constituição/ legislação simbólica.

E finalmente, abordou-se o tema basilar, a influência política na Constitucionalização simbólica com as razões e consequências desse fenômeno. Há, verdade seja dita, um ciclo vicioso no sistema jurídico que caracteriza o simbolismo Constitucional e prejudica a sociedade.

O infortúnio do complexo auto referência ocorre quando os códigos de poder econômico e político se manifestam superiores ao normativo jurídico (lícito/ilícito).

Dessa forma, acontece a concretização das normas de forma figurada, como por exemplo, a postergação da solução de conflitos sociais em favor da classe pobre, decisões autoritárias fundamentadas no livre convencimento motivado, práticas corruptivas, etc.

No jogo de poder político-econômico, a heterorreferência (aspecto legal voltado para o meio social) se relaciona diretamente com a auto referência. Na medida em que a isonomia legal não é aplicada da mesma maneira para todos, ou seja, os poderosos conduzem a Constituição/ legislação metafórica de acordo com seus nefastos interesses.

A Constitucionalização político-simbólica, portanto, existe com base na retórica do discurso de poder. E assim, os interesses

primários sociais sucumbem em detrimento das predileções secundárias particularistas, fazendo com que a Constituição seja cada vez mais reconhecida pela nomenclatura de Carta Política.

Diante desse impasse, em uma sociedade hiperpolitizada, a solução é a inclusão de indivíduos, pertencentes às classes depreciadas pelos donos do poder, nos diversos cargos relativos ao legislativo e judiciário.

Isso porque, conforme conclui Marcelo Neves, a constitucionalização simbólica não pode representar um jogo de “soma zero” entre os interesses políticos divergentes pelo poder e ampliação ou restrição da cidadania.

Enquanto for possível a sociedade se manifestar, surgirá movimentos e organizações sociais críticos ao sistema atual exigindo maior transparência. Assim, com a troca ou diminuição de agentes maléficis detentores do poder, ocorrerá possivelmente uma atenuação na produção de normas alegóricas.

Além disso, faz-se indispensável uma reforma no sistema de ensino escolar com a introdução de disciplinas relacionadas a forma de se fazer política desde o ensino fundamental com o objetivo de prevenir a produção de normas simbólicas futuramente, acrescido obviamente de uma maior oferta de educação qualitativa.

Do mesmo modo, essa reestruturação deve alcançar as universidades e as bancas examinadoras dos concursos, tendo como propósito a superação da inexistência de concepções críticas e argumentativas em grande parte das decisões judiciais automatizadas, e com a implantação dessas exigências no sistema de ensino, diminuiriam os casos de simbolismo constitucional e na legislação.

Consequentemente, não obstante as críticas apresentadas e o caráter negativo do ativismo judicial em face do princípio da separação dos poderes, outra solução viável para a constitucionalização simbólica seria o controle de constitucionalidade realizado pelos magistrados de forma eficaz, logicamente aprimorado pela reforma educacional apresentada.

Pode- se citar, como exemplo de controle triunfal dos juízes, a lei de greve que passou a ser aplicada aos servidores públicos por meio de decisão em sede de mandado de injunção.

Assim sendo, a Constitucionalização político-simbólica será reduzida diante da efetiva e eficaz concretização normativa jurídica, em decorrência dos movimentos sociais criados pelos cidadãos críticos, oriundos das mudanças no ensino institucional e nos poderes legislativo e judiciário, para garantir os direitos primários da sociedade previstos na CF, tendo como consequência a ruptura com o código de poder estabelecido.

Não obstante, apesar dessa metamorfose aparentar utópica há pouco tempo atrás, atualmente é possível vislumbrar o início de uma mutação social com o sentimento de renovação da classe política e indignação dos atos judiciais, que ganhou força com o avanço das redes sociais em conjunto com os princípios da publicidade e transparência.

Referências

AUBERT, Vilhelm (1967) "Einige soziale Funktionen der Gesetzgebung"; e LENK, Klaus (1976). "Zur instrumentalen Funktion des Rechts bei gesellschaftliche Veränderungen"; ambos in NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. 1. ed. São Paulo: Editora Acadêmica. 1994.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm> Acesso em: 20 de ago.2018.

_____. **Lei nº 12737**, de 30 de novembro de 2012. Diário Oficial da União, Atos do Poder Legislativo, Brasília, DF, 03 dez 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12737.htm>. Acesso em: 16 nov. 2018.

_____. **Lei nº 12975**, de 19 de maio de 2014. Diário Oficial da União, Atos do Poder Legislativo, Brasília, DF, 19 mai. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12975.htm>. Acesso em: 16 nov. 2018.

_____. **Lei nº 13.044**, de 19 de novembro de 2014. Diário Oficial da União, Atos do Poder Legislativo, Brasília, DF, 19 nov. 2014. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13044.htm >. Acesso em: 15 nov. 2018.

_____. **Lei nº 13.050**, de 08 de dezembro de 2014. Diário Oficial da União, Atos do Poder Legislativo, Brasília, DF, 08 dez. 2014. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/L13050.htm >. Acesso em: 05 nov. 2018.

_____. **Lei nº 7.783**, de 28 de junho de 1989. Diário Oficial da União, Atos do Poder Legislativo, Brasília, DF, 29 jun 1989. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7783.htm >. Acesso em: 19 nov. 2018.

CASSIRER, Ernst (1972). **Antropologia Filosófica - Ensaio sobre o Homem: introdução a uma Filosofia da Cultura Humana**, trad. bras. de V. F. de Queiroz, São Paulo: Mestre Jou (Original An Essay on Man, New Haven, Connecticut, 1944) *apud* NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica. 1. ed. São Paulo: Editora Acadêmica. 1994.

FANTÁSTICO. **G1, globo.com**, 2012. Suspeitos do roubo das fotos de Carolina Dieckmann são descobertos. Disponível em: <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2012/05/suspeitos-do-roubo-das-fotos-de-carolina-dieckmann-sao-descobertos.html>. Acesso em: 20 jan. 2019.

GUSFIELD, Joseph R. (1986). **Symbolic Crusade: Status Politics and the American Temperance Movement**. 2. ed., Urbana e Chicago: University of Illinois Press (1. ed.; 1963) *apud* NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica. 1. ed. São Paulo: Editora Acadêmica. 1994.

KINDERMANN, Harald (1989). "Albigesetzgebung als symbolische Gesetzgebung", in Rüdiger Voigt (org.) *Symbole der Politik, Politik der Symbole*, Opladen: Lesle + Budrich, pp. 257-273. *apud* NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. 1. ed. São Paulo: Editora Acadêmica. 1994.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Ediciones Ariel, 1964. *apud* MARTINS, Flávio; JÚNIOR, Alves Nunes. Curso de Direito Constitucional. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2017.

LUHMANN, Niklas (1981g). "Machtkreislauf und Recht in Demokratien", in: Zeitschrift für Rechtssoziologie 2 (Opladen: Wesdeutscher Verlag), pp. 158-167. *apud* NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica. 1994.

_____, Niklas (1984b). "The Self-Reproduction of the law and its Limits", in: Felipe Augusto de Miranda Rosa (org.), pp. 107-128. *apud* NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica. 1994.

_____, Niklas (1986b). "Die Codierung des Rechtssystems", in: Rechtstheorie 17 (Berlin: Duncker & Humblot), pp. 171-203. *apud* NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica. 1994.

_____, Niklas (1988b). "Positivität als Selbstbestimmtheit des Rechts", in: Rechtstheorie 19 (Berlin: Duncker & Humblot), pp. 11- 27. *apud* NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica. 1994.

_____, Niklas (1990a) "Verfassung als evolutionäre Errungenschaft", in: Rechtshistorisches Journal 9 (Frankfur an Main: Löwenklau), pp. 176-220. *apud* NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica. 1994, .

MARTINS, Flávio; JÚNIOR, Alves Nunes. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2017.

MELLO, João. **Brasil tem mais faculdades de Direito que todos os outros países**. [S.I.] 2015. Disponível em: <https://jornalggn.com.br/justica/brasil-tem-mais-faculdades-de-direito-que-todos-os-outros-paises/>. Acesso em: 26 de fevereiro de 2019

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica. 1994.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2013. *apud* MARTINS, Flávio; JÚNIOR, Alves Nunes. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2017.

STF, ADI 3330-DF, Rel. Min. Ayres Britto, Plenário, julgado em 03 de maio de 2012.

_____, MI 670-ES, Rel. Min. Maurício Corrêa, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, Pleno, julgamento em 25 de outubro de 2007.

_____, MI 708-DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, julgamento em 25 de outubro de 2007.

_____, MI 712-PA, Rel. Min. Eros Grau, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, Pleno, julgamento em 25 de outubro de 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Coluna Senso Incomum: O que é isto – o sistema (sic) de precedentes no CPC?. 2018.** Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc#_ftn2 >. Acesso em: 20 jan. 2019.

A execução provisória da pena após condenação em segunda instância à luz do princípio da presunção de inocência

*Gabriel Borges de Lima*¹

*Viviane Rios Magalhães*²

1 Introdução

O presente trabalho tem o objetivo de analisar a execução provisória da pena após condenação em segunda instância sob a ótica do Direito Constitucional e do Direito Processual Penal. O tema vem ganhando destaque por parte da imprensa devido à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal e tem sido alvo de diversos debates jurídicos e acadêmicos por parte dos operadores do Direito e das instituições como a OAB, o Ministério Público, o Poder Judiciário e a Defensoria Pública.

A execução provisória da pena será analisada à luz do princípio da presunção de inocência, no qual este será explicitado e quais as suas consequências para o exercício do poder punitivo do Estado. Além disso, ficará demonstrado que não há incompatibilidade da aplicação da pena após condenação em segunda instância com o referido princípio constitucional.

¹ Pós-graduando em Direito Constitucional pela Universidade Estadual do Piauí – UESPI. Bacharel em Direito pelo Instituto de Ciências Jurídicas e Sociais Professor Camillo Filho – ICF.

² Mestre em Saúde da Família, Especialista em Direito Penal e Processo Penal, professora do Centro Universitário Uninovafapi. E-mail: vivianerios2005@gmail.com

As consequências advindas da execução provisória da pena após julgamento em segundo grau de jurisdição serão analisadas de acordo com dados elaborados pelo Poder Judiciário, bem como argumentos jurídicos, especialmente no tocante ao combate à impunidade.

O princípio da vedação ao retrocesso social será analisado em conjunto com a possibilidade da execução provisória da pena após condenação em segunda instância, no qual será demonstrada a ligação entre ambos e as consequências para o sistema jurídico brasileiro.

A metodologia utilizada no presente artigo científico é a pesquisa bibliográfica aplicada. Por sua vez, o estudo requererá um aprofundamento maior da questão a fim de que se chegue a um resultado conclusivo.

O desenvolvimento do presente artigo se desenvolverá em quatro tópicos: o princípio da presunção de inocência; compatibilidade da execução provisória da pena com o ordenamento jurídico; a eficiência no combate à impunidade; o início do cumprimento provisório da pena e a vedação ao retrocesso social.

2 O princípio da presunção de inocência

O princípio da presunção de inocência está previsto expressamente no art. 5º, LVII da Constituição Federal de 1988 (CF/88) e estabelece que *ninguém será culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*.

Além da CF/88, está previsto no art. 8º, 2 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) o referido princípio: *toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa*.

O princípio da presunção de inocência se divide em duas regras fundamentais:

a regra probatória, ou de juízo, segundo a qual a parte acusadora tem o ônus de demonstrar

a culpabilidade do acusado – e não este de provar sua inocência – e a regra de tratamento, segundo a qual ninguém pode ser considerado culpado senão depois de sentença com trânsito em julgado, o que impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de culpabilidade. (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 61)

Trata-se de uma garantia fundamental do indivíduo em face do poder punitivo estatal (*jus puniendi*). Ela visa proteger o cidadão de eventuais abusos cometidos pelo Estado e é uma cláusula pétrea, conforme dispõe o art. 60, §4º, IV da CF/88.

O princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV da CF/88) está diretamente relacionado ao princípio da não culpabilidade. O cidadão só poderá ser privado de sua liberdade através de uma decisão fundamentada da autoridade judiciária competente ou em flagrante delito, nos termos do inciso LXI do mencionado artigo da nossa Lei Maior.

Ao acusado deve ser garantido o exercício ao contraditório e a ampla defesa no processo criminal, com os meios e recursos legais para a preparação de sua defesa. Ele tem o direito de não ser obrigado a depor contra si mesmo e de não se declarar culpado, não podendo o seu silêncio ser interpretado em prejuízo da defesa, conforme dispõe o art. 198, primeira parte, do Código de Processo Penal (CPP).

O princípio da presunção de inocência possui caráter relativo (*juris tantum*) pois uma vez provado que o indivíduo cometeu um delito, infringindo uma norma penal, surge o exercício do *jus puniendi*. Nesse caso, o Estado deve respeitar regras pré-estabelecidas no ordenamento jurídico, sob pena de violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, insculpido no art. 1º, III da CF/88.

3 Compatibilidade da execução provisória da pena com o ordenamento jurídico

A execução penal consiste no procedimento destinado a efetivar a aplicação da pena ou medida de segurança estabelecida na

sentença ou decisão criminal. Ela tem como objetivo proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado, nos termos do art. 1º da Lei nº 7210/1984 (Lei de Execução Penal – LEP).

A execução provisória da pena consiste na possibilidade de executar a pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Ela não se confunde com a prisão em flagrante e nem com a prisão preventiva pois estas são medidas de natureza cautelar e têm previsão nos artigos 301 a 316 do CPP.

O Supremo Tribunal Federal (STF) vinha entendendo que não era compatível a execução provisória da pena com o nosso ordenamento jurídico. Nesse sentido, vale transcrever o seguinte trecho da ementa do HC 84.078/MG:

[...] 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. **A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar.** 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. [...] (grifo nosso)

Nesse sentido, o Legislador editou a Lei nº 12.403/2011, que alterou a redação do art. 283 do CPP, para adequá-lo ao entendimento da Suprema Corte, *verbis*:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, **em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado** ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (grifo nosso)

O STF, em 2016, no julgamento do HC 126.292/SP mudou de posicionamento e passou a permitir a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Nesse sentido:

PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VÍCIOS DO ART. 619 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INEXISTÊNCIA. 1. Segundo o acórdão embargado, **“a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.”** 2. De acordo com o estatuído no artigo 619 do CPP, os embargos de declaração são cabíveis nas hipóteses de ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão. No caso, não se verifica a existência de quaisquer desses vícios. 3. Embargos de declaração rejeitados. (grifo nosso)

A Suprema Corte restringiu o conceito de trânsito em julgado para fins de condenação criminal. Não se trata do esgotamento de todos os recursos cabíveis no processo penal, mas da análise do conjunto fático e probatório presentes nos autos. Os fatos e as provas só podem analisados em primeiro grau de jurisdição e na instância ordinária, mediante o recurso de apelação, previsto nos arts. 593 a 603 do CPP.

Após o exaurimento da segunda instância (Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal) somente é cabível a interposição de recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e de recurso extraordinário para o STF. Esses recursos não possuem efeito

suspensivo (art. 637 do CPP c/c art. 1029, §5 do CPC), ou seja, não impedem a execução da decisão prolatada pela instância ordinária.

Esses recursos não podem analisar o mérito da condenação proferida pelo Tribunal pois eles se destinam a reexaminar questões de direito. Nesse sentido, o STF editou a súmula 279 estabelecendo que “para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário” e no mesmo sentido dispõe a súmula 7 do STJ que “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

A CF/88 não conceitua trânsito em julgado da sentença penal condenatória, cabendo ao legislador ordinário definir o quando ocorre a coisa julgada. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942) define no art. 6º, §3º que se dá a coisa julgada quando da decisão judicial já não cabe recurso. Nesse mesmo sentido, o art. 502 do CPC dispõe que *denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.*

As disposições do CPC podem ser aplicadas de maneira supletiva e subsidiária ao CPP, desde que sejam compatíveis com o diploma processual penal, nos termos do enunciado 3 da I Jornada de Direito Processual Civil. Com isso, o conceito de coisa julgada aplicado ao Processo Civil não se aplica ao Processo Penal. Seguindo esse raciocínio, vejamos:

Além disso, deve-se refletir a respeito do conceito de trânsito em julgado no processo penal, que o Código de Processo Penal não estabelece e que, parece-nos, não pode ser tomado de empréstimo do Código de Processo Civil. O conceito de trânsito em julgado no processo penal não está relacionado ao esgotamento de todos os recursos, mas ao esgotamento da análise fática, como aliás ocorre em outros países igualmente democráticos em que operam cortes constitucionais – cujos recursos têm efeitos rescisórios – e nos quais é inconcebível que um condenado em segunda instância aguarde o pronunciamento de cortes superiores para iniciar o cumprimento da pena. Não fosse isso o bastante, pressupor, no processo penal, o encerramento de todas as formas recursais

tornaria inalcançável o trânsito em julgado porque a revisão criminal está elencada entre os recursos. (CUNHA, 2017, p. 161)

A CF/88 não estabelece nenhuma vedação a execução provisória da pena após a condenação em segunda instância. Além disso, a Lei Complementar nº 64/1990 considera inelegível para qualquer cargo quem for condenado em segunda instância pela prática de algum crime previsto no art. 1º, I, e, sendo tal norma considerada constitucional pelo STF nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 29 e 30.

Nesse caso, se antes mesmo de transitar em julgado a sentença penal condenatória, ela já produz o efeito da suspensão dos direitos políticos e conseqüentemente a inelegibilidade, então não seria razoável falar em incompatibilidade da execução provisória da pena após condenação em segunda instância com a presunção de não culpabilidade.

4 A eficiência no combate à impunidade

A CF/88 estabelece no art. 5º, LXXVIII que *a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*. Trata-se de uma inovação introduzida pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

A razoável duração do processo é um direito fundamental e, portanto, tem aplicação imediata, conforme dispõe o art. 5º, §1º da CF/88. Não é necessária a regulamentação por parte do Legislador Ordinário e deve ser obedecido por todos os juízes e tribunais, vejamos:

O reconhecimento de um direito subjetivo a um processo célere – ou com duração razoável – impõe ao Poder Público em geral e ao Poder Judiciário, em particular, a adoção de medidas destinadas a realizar esse objetivo. Nesse cenário, abre-se um campo institucional destinado ao planejamento, controle e fiscalização de políticas públicas de prestação jurisdicional que dizem respeito à própria legitimidade de intervenções estatais que importem, ao

menos potencialmente, lesão ou ameaça a direitos fundamentais.
(MENDES; BRANCO, 2017, p. 348)

O Poder Judiciário apresenta uma grande demanda de processos para serem julgados, sendo que na Justiça Criminal, em 2017, ingressaram 2,7 milhões de casos novos criminais, sendo 1,7 milhão (61,6%) na fase de conhecimento de 1º grau, 357,5 mil (13,1%) na fase de execução de 1º grau, 19,6 mil (0,7%) nas turmas recursais, 576 mil (21,1%) no 2º grau e 95,6 mil (3,5%) nos Tribunais Superiores, conforme dados do Relatório Justiça em Números de 2018, elaborados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Os processos referentes às execuções de penas privativas de liberdade baixados no ano de 2017 possuem tempo médio de 3 anos e 5 meses na Justiça Estadual e de 1 ano e 5 meses na Justiça Federal. Além disso, havia 1,4 milhão de execuções penais pendentes, com 358 mil execuções iniciadas em 2017, sendo que mais da metade delas (232,5 mil, ou 65%) implicavam pena privativa de liberdade.

A grande quantidade de processos na seara criminal, combinado com o reduzido número de juízes e servidores faz com que a tramitação processual seja morosa na Justiça Criminal. Além disso, a quantidade de meios a disposição da defesa e o manejo de recursos protelatórios faz com que haja um retardamento da execução da pena.

A execução provisória da pena após condenação em segunda instância está em consonância com o a razoável duração do processo. Nesse caso, todos os fatos e provas serão analisados pelas instâncias ordinárias, com todos os meios e recursos cabíveis e o mérito da condenação será proferido pelo órgão julgador. Com isso, o processo não será infundável para que ocorra a prisão do indivíduo, com recursos protelatórios e penas prescritas.

Assim, evita-se que ocorra a impunidade devido ao aguardo do término de todos os recursos cabíveis ao STF e ao STJ, bem como a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva. Vale ressaltar que a execução provisória da pena após condenação em segunda

instância não impede que o réu possa interpor recursos aos Tribunais Superiores, bem como impetrar *habeas corpus*.

Nesse caso, o réu tem assegurado o direito de recorrer às instâncias superiores para corrigir eventuais irregularidades ocorridas durante o processo e por outro lado a justiça garante a efetividade da aplicação da lei penal à sociedade, evitando que ocorra um sentimento de impunidade por parte dos cidadãos.

5 O início do cumprimento provisório da pena e a vedação ao retrocesso social

O princípio da vedação ao retrocesso social está relacionado diretamente ao princípio da segurança jurídica e impede que o Estado restrinja ou inviabilize a concretização, por inércia ou omissão, dos direitos e garantias fundamentais previstos na CF/88 e outros decorrentes do regime e princípios por ela adotados, bem como aqueles previstos nos tratados internacionais que a República Federativa do Brasil faz parte.

Trata-se de um princípio implícito na Constituição Federal, mas decorre diretamente de todo o ordenamento jurídico pátrio. Nesse sentido, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos dispõe que:

Art. 29 - Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:

- a) permitir a qualquer dos Estados-Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;
- b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados-Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados;
- c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e

d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

A jurisprudência do STF aceita a aplicação do princípio a vedação ao retrocesso social em relação aos direitos sociais previstos na CF/88 e com base nisso entende que o Poder Público tem o dever de concretizar tais direitos e também garantir que sejam devidamente preservados. Vejamos o que decidiu a Suprema Corte no ARE 639337 AgR/SP sobre isso:

[...] A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. - **O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive.** - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados. [...] (grifo nosso)

A aplicação do princípio a vedação ao retrocesso social (efeito *cliquet*) não é restrita ao âmbito dos direitos sociais, mas também em relação aos direitos e garantias fundamentais. Nesse caso, o Legislador não pode editar uma lei restringindo de forma arbitrária um direito fundamental sob pena de violação ao referido princípio.

O princípio da presunção de inocência sofreu uma restrição na sua incidência pela jurisprudência do STF. Tal limitação não viola o princípio da vedação ao retrocesso social pois garante que o

indivíduo não seja preso arbitrariamente e permite que o Estado dê uma resposta efetiva aos cidadãos ao exercer o *jus puniendi*.

Nesse sentido, vale trazer à colação parte da ementa do Parecer nº 1053/2018, do Procurador-Geral da República (PGR), no bojo da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 54:

[...]4. A Constituição não assegura um direito a não ser preso. A Constituição assegura um direito a não ser arbitrariamente preso. E prisão após condenação – especialmente quando confirmada por instância revisional – não se confunde nem se equipara a prisão arbitrária. A execução provisória da pena imposta por acórdão condenatório não representa excesso do Estado em face do réu: ela não deflui de um exame estatal precipitado ou arbitrário acerca da responsabilidade do réu, mas sim de um juízo exaustivo e definitivo, feito pelas únicas instâncias judiciais que, no sistema processual brasileiro, possuem atribuição para decidir sobre fatos e provas. [...]

A execução provisória da pena após condenação em segunda instância foi reafirmada pela jurisprudência do STF no ARE 964246/SP, com repercussão geral reconhecida. Assim, os juízes e tribunais deverão seguir a orientação firmada pela Suprema Corte conforme dispõe o art. 927, III do CPC.

Os tribunais têm o dever de uniformizar a sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente, nos termos do art. 926 do CPC. O entendimento firmado pela Suprema Corte deve ser respeitado sob pena de violação ao sistema dos precedentes instituídos pelo novo diploma processual civil. Nesse sentido, vejamos um trecho do Parecer nº 1053/2018, do PGR, no bojo da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 54:

[...] Com efeito, a revogação de precedentes vinculantes, de que é exemplo o oriundo do julgamento do ARE n. 964246/SP, somente pode se dar legitimamente por meio de *overruling*, técnica “através da qual um precedente perde a sua força vinculante e é substituído por outro precedente”. A aplicação dessa técnica, por sua vez, deve observar pressupostos materiais (quanto às hipótese de cabimento – o “quando”) especiais. Tais pressupostos, embora não estejam

positivados em norma expressa, derivam da própria lógica do sistema de precedentes vinculantes recentemente adotado no Brasil, voltado a conferir estabilidade, unidade e previsibilidade ao sistema jurídico pátrio. **De fato, não haverá sistema estável, coeso e previsível se as Cortes Superiores não se submeterem a critérios especiais para revogar os seus precedentes, sendo, aliás, justamente esta submissão a critérios diferenciados para revogação que caracteriza a eficácia vinculante geral de que se revestem determinados julgados; do contrário, estar-se-ia diante de precedente comum, com eficácia meramente persuasiva (ou, o que é pior, de sistema de precedentes vinculantes despidido de credibilidade e, assim, efetividade e utilidade).** [...] (grifo nosso)

A mudança do entendimento da execução provisória após condenação em segunda instância representaria um retrocesso social para todo o sistema jurídico brasileiro. Haveria uma grande instabilidade jurídica na aplicação do entendimento por juízes e tribunais, podendo levar ao cometimento de julgamentos injustos; o Estado perderia a sua credibilidade no exercício do *jus puniendi* e a população se sentiria cada vez mais insegura, devido aos inúmeros casos de violência existentes no Brasil.

Assim, seguindo esse entendimento, trazemos à colação uma parte do Parecer nº 1053/2018, do PGR, no bojo da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 54:

[...] Revogá-lo, mesmo diante de todos os argumentos jurídicos e pragmáticos que o sustentam, representaria retrocesso múltiplo: para o sistema de precedentes incorporado ao sistema jurídico pátrio, que, ao se ver diante de julgado vinculante revogado menos de um ano após a sua edição, perderia em estabilidade e teria sua seriedade posta em xeque; para a persecução penal no país, que voltaria ao cenário do passado e teria sua efetividade ameaçada por por processos penais infundáveis, recursos protelatórios e penas massivamente prescritas; para a própria credibilidade da sociedade na Justiça, como resultado da restauração da sensação de impunidade que vigorava em momento anterior ao julgamento do ARE n. 964.246/SP; para a proteção às vítimas. [...]

Vale destacar que recentemente o STF, no HC 140449/RJ reafirmou sua jurisprudência no sentido de que “nas condenações pelo tribunal do júri não é necessário aguardar julgamento de recurso em segundo grau de jurisdição para a execução da pena”.

As decisões proferidas pelo Conselho de Sentença, no Tribunal do Júri são soberanas, conforme dispõe o art. 5º, XXXVIII, b da CF/88. Nesse caso, o Tribunal de Justiça não pode analisar o mérito da condenação, mas apenas anular a decisão nas hipóteses previstas no art. 593, III c/c §§1º a 3º do CPP.

Logo, se o réu poderá ser preso após a condenação em primeiro grau de jurisdição pelo tribunal do júri, não há qualquer óbice à prisão após condenação em segunda instância, sob pena de violação ao sistema dos precedentes, da razoabilidade e proporcionalidade, bem como a vedação ao retrocesso social.

6 considerações finais

A execução provisória da pena após condenação em segunda instância não viola os direitos e garantias fundamentais do réu, sendo garantido ao mesmo o devido processo legal e demais garantias decorrentes dele.

Trata-se de um grande avanço promovido pelo Poder Judiciário, uma vez que permitiu que condenados por delitos sejam punidos pelo Estado, evitando que novos crimes aconteçam e garantido a segurança e bem-estar a todos os cidadãos. Assim, evita-se o sentimento de impunidade por parte de toda a sociedade.

Nesse caso, como se trata de uma decisão proferida pela Suprema Corte é necessária a atuação do Poder Legislativo e Executivo para que tal entendimento seja inserido na Lei e garanta uma maior segurança jurídica e efetividade.

Para que isso ocorra, é imprescindível que seja realizada uma discussão mais aprofundada do tema com a sociedade, poder

público e demais instituições para que esteja em consonância com a Constituição Federal e as demandas dos cidadãos.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da república federativa do brasil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 18. jan. 2019.

_____. Código de processo penal (1941). **Decreto-lei n. 3689, de 3 de outubro de 1941**. Institui o Código de Processo Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm >. Acesso em: 18. jan. 2019.

_____. Código de processo civil (2015). **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 24. jan. 2019.

_____. Convenção americana sobre direitos humanos (1992). **Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Do678.htm>. Acesso em: 24. jan. 2019.

_____. Lei de execução penal (1984). **Lei n. 7210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 25. jan. 2019.

_____. Lei de introdução às normas do direito brasileiro (1942). **Decreto-lei n. 4657, de 4 de setembro de 1942**. Institui a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm >. Acesso em: 26. jan. 2019.

_____. Lei de inelegibilidade (1990). **Lei complementar n. 64, de 18 de maio de 1990**. Institui a Lei de Inelegibilidade. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp64compilado.htm>. Acesso em: 27. jan. 2019.

- _____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 84.078**. Rel. Min. Eros Grau. Brasília, DF, 05 de fevereiro de 2009. Publicado no DJ de 26 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2884078%2E%2E+OU+84078%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/h03767b>>. Acesso em: 26. jan. 2019.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 126.292**. Rel. Min. Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. Publicado no DJ de 17 de maio de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28126292%2E%2E+OU+126292%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hsrsk6d>>. Acesso em: 25. jan. 2019.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 639.337**. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 23 de agosto de 2011. Publicado no DJ de 15 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28639337%2E%2E+OU+639337%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hefegs3>>. Acesso em: 26. jan. 2019.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo n. 964.246**. Rel. Min. Teori Zavascki. Brasília, DF, 10 de novembro de 2016. Publicado no DJ de 25 de novembro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28964246%2E%2E+OU+964246%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/jrz6ecr>>. Acesso em: 26. jan. 2019.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 140.449**. Rel. Min. Teori Zavascki. Brasília, DF, 06 de novembro de 2018. Publicado no DJ de 01 de fevereiro de 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28140449%2E%2E+OU+140449%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/gucku47>>. Acesso em: 31. jan. 2019.
- _____. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números: 2018**. 14. ed. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>>. Acesso em: 03. fev. 2019.

_____. Ministério Público Federal. **Parecer n. 1053/2018-LJ/PGR**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/ADC54_2018.pdf>. Acesso em: 04. fev. 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. **Código penal para concursos: doutrina, jurisprudência e questões de concursos**. 10. ed. Salvador: JusPodvum, 2017.

GUIMARÃES, Reinaldo Ferreira. Teoria dos precedentes e o processo penal: análise da constitucionalidade da execução penal provisória. **Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2017/pdf/ReinaldoFerreiraGuimaraes.pdf> Acesso em: 05. fev. 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Método, 2010.

PAULINO, Galtiênio da Cruz. A execução provisória da pena e o princípio da presunção de inocência. **Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público da União**. Disponível em: <<http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-50-julho-dezembro-2017/a-execucao-provisoria-da-pena-e-o-principio-da-presuncao-de-inocencia>>. Acesso em: 06. fev. 2019.

PINTO, Emmanuel Roberto Girão de Castro; BARROS, Matheus Sales; VIEIRA, Tiago Sisnando. A execução da pena após condenação de segunda instância: uma abordagem do modelo neoconstitucionalista na decisão do supremo tribunal federal. **Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará**. Disponível em: <<http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2018/10/4-ARTIGO-ED-3.pdf>> Acesso em: 07. Fev. 2019.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 9. ed. Salvador: JusPodvum, 2014.

O Estado de Coisas Inconstitucional: uma análise à luz da teoria dos direitos fundamentais

*Lara Rodrigues dos Santos Maranhão*¹

*Auricélia do Nascimento Melo*²

1 Introdução

O Estado de Coisas Inconstitucional, é um instituto de origem colombiana que serviu de base para paradigmática decisão do Supremo Tribunal Federal. Seu estudo faz-se necessário, primeiramente, em razão da novidade desse tipo de decisão na jurisdição constitucional nacional. Em segundo lugar, pelo impacto e consequências nos demais poderes da República, principalmente no Poder Executivo.

Com isso, trazer à tona discursões sobre o instituto é de extrema importância para averiguar sua legitimidade ou conformidade à ordem constitucional brasileira, principalmente na reflexão sobre o sistema de freios e contrapesos dos três poderes.

A pesquisa partiu das seguintes problemáticas: O que é o Estado de Coisas Inconstitucional - ECI? Quais os limites institucionais das Cortes Constitucionais no uso do Instituto? O ECI aperfeiçoa os mecanismos de efetividades dos direitos

¹Graduada em direito pela Faculdade Estácio-CEUT. Pós-graduada em Direito Constitucional pela UESPI. Advogada. lararsmaranhão@gmail.com.

² Doutora em Direito Constitucional(UNIFOR), Mestre em Direito Constitucional(UNIFOR), Especialista em Direito Previdenciário e Docência do Ensino Superior. Professora Adjunta da Universidade Estadual do Piauí, Centro Universitário UNINOVAFAPI e CESVALE. Advogada inscrita na OAB-PI. Professora de Cursos de Pós Graduação. E-mail: aurimelo@hotmail.com

fundamentais? O que são direitos fundamentais? O que é ativismo judicial? A decisão do STF na ADPF 347-DF foi uma atitude ativista?

O presente estudo tem como objetivos gerais: Compreender o Estado de Coisas Inconstitucional, e quais foram seus impactos no direito brasileiro, demonstrando suas bases, bem como averiguando sua compatibilidade com a Constituição Federal. E objetivos específicos: Explanar a evolução da teoria geral dos direitos fundamentais, além de conceituar o estado de coisas inconstitucionais, descrevendo seus pressupostos ou requisitos, demonstrando que o instituto é um eficiente meio para garantia dos direitos fundamentais, principalmente para aqueles titulares mais vulneráveis.

Por meio de pesquisa bibliográfica, foi analisado os principais posicionamentos da doutrina nacional sobre o ECI, fazendo uma relação com a teoria geral dos direitos fundamentais, no intuito de desvelar se o citado instituto é ou não meio eficaz na efetividade dos direitos essenciais de uma democracia.

A pesquisa foi estruturada em 6 capítulos: Inicialmente conceitua-se direitos fundamentais, apresentando as principais dimensões/gerações destes. Posteriormente, apresenta-se os direitos fundamentais de prestação como gênero, do qual são espécies os direitos de prestação jurídica e os direitos de prestação material (ou material propriamente dito). Traz à tona as dimensões subjetivas e objetivas dos direitos fundamentais, classificando em qual dessas o ECI encaixa-se. Após, conceitua-se o Estado de Coisas Inconstitucionais, descrevendo seus pressupostos/requisitos de existência, fazendo uma relação com a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre tais pressupostos. Por último, faz-se uma análise crítica sobre o instituto do ECI, questionando se o mesmo é uma forma de ativismo judicial e se sua criação no Brasil é legítima.

2 Direitos fundamentais

2.1 Conceito

Tentar conceituar os direitos fundamentais não é tarefa das mais fáceis, por isso, não há consenso doutrinário nem jurisprudencial nas diversas tentativas de unificar o conceito. Até mesmo, as terminologias usadas no meio jurídico não chegam ao consenso, ora falando em direitos individuais, direitos do homem, direitos humanos, etc.

Preliminarmente, é preciso esclarecer que o conceito de direitos fundamentais vêm sofrendo mudanças ao longo da história e ganhando novas dimensões com o passar do tempo. Desse modo, direitos fundamentais são divididos em dois sentidos, formal e material.

No sentido formal, direitos fundamentais não passam de direitos humanos, que compreendem todas as prerrogativas e instituições que conferem a todos, universalmente, o poder de existência digna, livre e igual, positivados nas Constituições estatais, independentemente de seu conteúdo, ganham esse status pelo simples fato de estarem catalogados na Lei Maior.

Já no que se refere ao sentido material, Dirley da Cunha (2017, p. 494) na tentativa de estabelecer um critério a partir do qual se permita construir com relativa precisão um conceito material de direitos fundamentais ou direitos humanos positivados, defende que o critério norteador é o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88).

Advertindo que o critério citado alhures não pode ser utilizado com exclusividade, CUNHA JR (2017, p. 496) conceitua direitos fundamentais nos seus dois sentidos:

Os direitos fundamentais são todas aquelas posições jurídicas favoráveis às pessoas que explicitam direta ou indiretamente, o princípio da dignidade da pessoa humana, que se encontram reconhecidos no texto da Constituição formal (fundamentalidade

formal) ou que, por seu conteúdo e importância, são admitidas e equiparadas, pela própria Constituição, aos direitos que esta formalmente reconhece, embora dela não façam parte (fundamentalidade material).

Nessa perspectiva, os direitos fundamentais são tidos como basilares à legitimidade e justificação do Estado e do sistema jurídico brasileiro, buscando concretizar a dignidade humana, assim, tendo em vista seu caráter vinculativo, impõem aos poderes públicos o dever de concretizá-los.

2.2 As dimensões dos direitos fundamentais

Falar em “gerações” ou “dimensões” de direitos, quer dizer investigar o evoluir dos direitos fundamentais na história, isso, corresponde a uma sucessão temporal de afirmações e acumulações de novos direitos fundamentais.

A primeira das dimensões, veio com a pretensão de fixar uma esfera de autonomia pessoal refratária às expansões do Poder. Tomando por base as Declarações do século XVIII e as primeiras constituições escritas, são direitos fortemente individualistas, na qual o Estado seria o menor possível na interferência da vida social (MENDES; BRANCO, 2018, p. 200)

No entender de Dirley da Cunha (2017, p. 529) os direitos de primeira dimensão correspondem às chamadas liberdades públicas dos franceses, compreendendo os direitos civis, entre os quais se destacam, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade, à segurança, etc, além dos direitos políticos, como os direitos de voto, mas na modalidade ativa e passiva.

No decorrer do tempo, importantes transformações econômicas e sociais vão profundamente alterar o quadro que se inseria essa corrente dominante do Estado liberal, na qual, não respondia mais satisfatoriamente às exigências do momento. Segundo Paulo Gustavo Gonet Branco e Gilmar Mendes (2018, p.201) “uma nova compreensão do relacionamento

Estado/sociedade levou os poderes públicos a assumir o dever de operar para que a sociedade lograsse superar as suas angústias estruturais”.

O resultado dessas angústias, foi que as pessoas passaram a defender, no lugar da liberdade que oprimia, a intervenção que libertaria (BRITO, p. 19). O homem era livre, sem grandes interferências do Estado, mas por outro lado, estava sufocado e oprimido pelos graves problemas sociais, na qual, a solução foi buscar proteção do Estado.

Diante dessa situação, surgem os direitos de segunda dimensão, resultado de um progressivo estabelecimento pelos Estados de seguros sociais variados, importando intervenção intensa na vida econômica por objetivos sociais, surgem direitos que não mais correspondem a uma pretensão de abstenção do Estado, mas que obrigam a prestações positivas, caracterizados por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais, como saúde, educação, trabalho, assistência social, etc.

São também denominados de direitos de igualdade, porque animados pelo propósito de reduzir material e concretamente as desigualdades sociais e econômicas até então existentes, que debilitavam a dignidade humana.

Nesse ponto específico, relacionando o tema ao Estado de Coisas Inconstitucionais, há se ressaltar que no século XX, a Colômbia passou a viver uma ausência quase que total do Estado nas áreas sociais, possibilitando, assim, a influência de narcotraficantes e milícias na política interna do país. Trazendo por consequência dessa situação, degradantes violações aos direitos da pessoa humana. Nessa linha, o modelo de Estado de Coisas Inconstitucional tem por objeto os direitos fundamentais violados, principalmente aqueles que necessitam de prestações positivas do Estado (FISCHER, 2017).

Os direitos fundamentais de terceira dimensão são recentes, e caracterizam-se por se destinarem à proteção, não do homem em sua individualidade, mas do homem em coletividade social, ou seja,

não têm pôr fim a liberdade ou a igualdade, mas sim, preservar a própria existência do grupo. Desse modo, consagram o princípio da solidariedade ou fraternidade e correspondem a um momento de extrema relevância no processo do desenvolvimento e afirmação dos direitos fundamentais.

3 Direito de prestação

Sarlet (2012, p. 113) elabora uma proposta de classificação para os direitos fundamentais, na qual, entende ser a constitucionalmente adequada, buscando suas bases teóricas nas doutrinas de Jellinek e R. Alexy, e tendo como critério norteador as funções exercidas pelos direitos fundamentais. Assim, os direitos fundamentais classificam-se em dois grandes grupos: a) os direitos fundamentais como direitos de defesa; b) os direitos fundamentais como direito de prestação (prestação jurídica e material).

Os direitos de prestação são opostos aos direitos de abstenção, ou seja, os direitos de primeira dimensão, conforme dito alhures, exigem uma postura negativa do Estado, garantindo ao indivíduo que estabeleça suas escolhas da maneira mais livre possível. Já os direitos à prestação exigem uma postura mais ativa por parte do Estado, com o intuito de atenuar desigualdades e projetar o futuro progressivo da sociedade.

Conforme Gilmar Mendes e Paulo Branco (2018, p. 235) “O traço característico dos direitos a prestação está em que se referem a uma exigência de prestação positiva, e não de uma omissão”. Com isso, chegaram à conclusão de que os direitos de prestação correspondem a uma obrigação de fazer ou de dar.

Com o objetivo de melhor compreender essa realidade, deve-se usar como ponto de partida, que a ação do Estado, imposta pelo direito de prestação, pode ser dividido em prestação jurídica e prestação material.

3.1 Direito de prestação jurídica

Baseando-se pela doutrina de Gilmar Mendes e Paulo Branco (2018, p. 236) chega-se a conclusão de que há direitos fundamentais cujo objeto se esgota na prestação pelo Estado de natureza apenas jurídica, ou seja, o objeto do direito será a própria edição da norma pelo Estado, protegendo aquele bem jurídico tido como fundamental.

É importante trazer como exemplo os chamados mandados de criminalização, no qual, a própria Constituição impõe ao legislador infraconstitucional o dever de legislar sobre determinados temas, com o intuito de proteger determinados bens jurídicos tidos como fundamentais (MASSON, 2017, p.26).

Os mandos de criminalização expressos na Constituição são encontrados no artigo 5º, inciso XLII (racismo), XLIII (tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e crimes hediondos), etc.

Salienta-se que há direitos fundamentais que dependem de normas infraconstitucionais para ganhar pleno sentido, além de alguns exigirem normas que estabeleçam o modo de exercício e até seu significado.

Assim, conclui-se que alguns direitos fundamentais necessitam de uma atitude ativa do Estado, no sentido de concretizar tais direitos por meio de normas, trazendo assim uma solução por meio de uma prestação essencialmente jurídica.

3.2 Direito de prestação material

Os direitos de prestação material, são também chamados de direitos de prestação propriamente ditos, pois resultam da concepção social do Estado. São os direitos sociais por excelência.

Na afirmação de Paulo Branco e Gilmar Mendes (2018, p. 237):

Estão concebidos com o propósito de atenuar desigualdades de fato na sociedade, visando ensejar que a libertação das necessidades

aproveite ao gozo da liberdade efetiva por um maior número de indivíduos. O seu objeto consiste numa utilidade concreta (bem ou serviço).

Os principais exemplos de direitos de prestação material estão enumerados no artigo 6º da Constituição Federal, no qual dispõe que, são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, dentre outros.

Entretanto, conforme foi explicitado, a maioria dos direitos de prestação material, em razão da peculiaridade de seu objeto, que procura reduzir desigualdades fáticas de oportunidade, dependem da atuação do legislador infraconstitucional para produzir efeitos plenos.

Deste modo, a não concretização desses direitos, na maioria das vezes, ocorre em decorrência da omissão do Legislador, até porque tais medidas, dependem de recursos econômicos dos Estados, gerando assim, uma omissão inconstitucional. Assim, parte da doutrina, defende que o Estado deve garantir o grau mínimo de efetividade dos direitos de prestação material.

O Supremo Tribunal Federal vêm reconhecendo esse grau mínimo de efetividade de tais direitos, chamado à se manifestar sobre esmagadora violação de direitos básicos da população carcerária do país, o Tribunal reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional, já que se flagrava violações generalizadas de direitos fundamentais, determinando assim, providências concretas às autoridades que permaneciam inertes frente a tais situações.

4. As dimensões objetivas e subjetivas dos direitos fundamentais

Modernamente a teoria dos direitos fundamentais vem reconhecendo uma dupla dimensão ou perspectiva (como preferem alguns) dos direitos fundamentais, essa dupla dimensão teve sua

origem em 1958 no Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, no caso Lüth, no qual entendeu que os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra o poder público, mas também, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição (CUNHA JR, 2017, p. 549 e 550).

No concepção de Sarlet (2017):

[...] a perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais engloba a possibilidade de o titular do direito fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades ou mesmo o direito à ação ou às ações negativas ou positivas que lhe foram outorgadas pela norma consagradora do direito fundamental em questão, ainda que tal exigibilidade seja muito variável e careça de uma apreciação à luz de cada direito fundamental em causa, dos seus limites, entre outros aspectos a serem considerados.

Nesse sentido, os direitos fundamentais são na verdade, direitos individuais, constatando-se que, já que se encontram constitucionalmente protegidos como direitos individuais, podem ser assegurados aos cidadãos na forma de direitos subjetivos.

Na dimensão objetiva, os direitos fundamentais devem ser concebidos não só como garantias de defesa do indivíduo contra o abuso estatal, mas também como um conjunto de valores básicos e diretrizes da atuação positiva do Estado. O reconhecimento dessa dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais implicam consequências importantes, que são enumeradas por Bonavides (2004, p.565), mas que neste trabalho, limita-se a investigar apenas algumas delas, tais como: a) a irradiação e a propagação dos direitos fundamentais a toda a esfera do Direito Privado; e b) a aplicabilidade direta e a eficácia imediata dos direitos fundamentais, com a perda do caráter de normas programáticas.

Contudo, é justamente essa perspectiva objetiva que existe a possibilidade da Corte Constitucional, buscar medidas concretas, na efetivação dos direitos fundamentais prometidos pela Magna Carta,

foi daí que veio a possibilidade da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, sendo esta, uma reação ativa por parte de quem recebeu o atributo de garantir os direitos fundamentais contra as omissões do poder público, ou seja, do Supremo Tribunal Federal.

5. O estado de coisas inconstitucional

O Estado de Coisas Inconstitucional – ECI, tem origem em decisões da Corte Constitucional Colombiana – CCC. Segundo Carlos Alexandre de A. Campos (2015), foi exatamente em 1997 a primeira vez que a CCC declarou o ECI. O caso envolvia professores municipais das cidades María La Baja e Zambrano, que tiveram os direitos previdenciários negados pelas autoridades locais. Nesse caso, a CCC voltou-se a investigar os reais motivos da violação desses direitos, e concluiu que a violação era generalizada e a que a falha não poderia ser atribuída a um único órgão público, ou seja, seria uma falha estrutural.

Devido à complexidade que o caso merecia, a Corte Colombiana voltou-se a garantir tais direitos fundamentais não apenas na dimensão subjetiva, mas maximizou sua decisão dirigindo-se a proteger os direitos fundamentais em jogo, na dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Um dos casos de mais importância que foi julgado pela Corte colombiana foi sobre o Sistema Carcerário daquele país, estava em jogo o problema da superlotação e as condições desumanas das Penitenciárias de Bogotá e Bellavista de Medellín.

A Corte constatou a violação massiva dos direitos dos presos, à dignidade humana, dentre outros direitos fundamentais dos presos. Na decisão, a CCC declarou o Estado de Coisas Inconstitucional e elaborou um plano de construção e reparação das unidades carcerárias; determinou que o Governo providenciasse os recursos necessários; exigiu aos Governadores que criassem e mantivessem presídios próprios; determinou uma série de medidas à serem executadas pelo chefe do Poder Executivo do país.

Em estudo realizado por Campos (2015) das decisões colombianas, destinado a desvelar os requisitos necessários para a existência do Estado de Coisas Inconstitucionais, constatou-se haver três pressupostos principais para sua configuração/existência.

O primeiro é a constatação de violação massiva, generalizada e contínua de direitos fundamentais, que afetam um número indeterminado de pessoas, e levando em consideração isso, a Corte não poderia se omitir, atuando para remediar somente aqueles que se socorreram ao judiciário, mas atuou para a garantia dos direitos fundamentais em sua dimensão objetiva.

O segundo pressuposto seria uma omissão reiterada e persistente das autoridades públicas na defesa e promoção dos direitos fundamentais, ou seja, uma “falha estrutural” que engloba os três poderes do Estado, resultando em uma violação sistemática e massiva dos direitos fundamentais.

O terceiro pressuposto leva em consideração as medidas necessárias para a superação da inconstitucionalidade, havendo necessidade de uma atuação conjunta de vários órgãos públicos, repensando as políticas públicas sobre o assunto, realocação de recurso voltados para superar as deficiências estatais, enfim, “mudanças estruturais”.

Esses foram os três pressupostos para a configuração do Estado de Coisas Inconstitucional constatados por Alexandre Campos nas decisões da Corte Constitucional Colombiana, e que serviram de base para a decisão que declarou o ECI no Supremo Tribunal Federal, na ADPF 347-DF de autoria do Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, e relatoria do Min. Marco Aurélio de Mello.

O Partido Socialismo e Liberdade – PSOL buscou, por meio de arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de medida liminar, que seja reconhecida a figura do “estado de coisas inconstitucional” relativamente ao sistema penitenciário brasileiro e a adoção de providências estruturais em face de lesões a preceitos fundamentais dos presos, que alega decorrerem de ações e omissões dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal.

Os Ministros do Supremo Tribunal Federal, apreciando os pedidos em medida cautelar formulados na inicial, deferiram alguns pontos importantes do referido processo. O primeiro ponto foi reconhecer como meio adequado a via da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADTF, para considerar degradante a situação das penitenciárias no Brasil.

O segundo ponto foi constatar estar presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, devendo o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”.

Por último, por maioria, deferiu-se a cautelar para determinar que a União liberasse o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional (Funpen), para utilização com a finalidade para o qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos.

Foi também deliberado sobre a obrigatoriedade para juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.

Em vista disso, fica claro que o Supremo Tribunal Federal constatou a presença dos três pressupostos ou requisitos para declarar o Estado de Coisas Inconstitucional, tendo em vista a violação massiva, generalizada e contínua dentro dos presídios brasileiros, além disso, haver uma omissão estrutural dos três poderes com relação às violações a direitos fundamentais, na qual resultou em uma decisão que demanda uma atuação conjunta de todos os poderes para amenizar às graves violações à dignidade humana do preso.

Em trecho do voto do Ministro Relator da ADTF 347-DF, argumentou-se o seguinte: “assiste-se ao mau funcionamento estrutural e histórico do Estado – União, estados e Distrito Federal, considerados os três Poderes – como fator da violação de direitos fundamentais dos presos e da própria insegurança da sociedade”.

Ante esse quadro de omissão do Poder Público, o voto do Min. Marco Aurélio ressalta que, a solução também deve ser buscada com a mesma extensão, ou seja, deve envolver uma atuação coordenada e mutuamente complementar do Legislativo, Executivo e Judiciário, dos diferentes níveis federativos e não apenas de um único órgão ou entidade.

6. Crítica ao ECI por ser uma forma de ativismo judicial

Apesar do aspecto positivo da decisão, por ser marco paradigmático de grandes avanços, não foi bem vista por alguns juristas brasileiros, que viram na decisão uma espécie de ativismo judicial perigoso para a democracia ou uma judicialização indevida de políticas públicas no plano federal em face aos Estados.

Analisando os termos citados acima (judicialização e ativismo judicial), baseando-se em Luís Roberto Barroso (2008), que conceitua judicialização da seguinte maneira:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral (BARROSO, 2008).

Já em relação ao ativismo judicial, Barroso (2008), vê o ativismo com uma escolha, um modo proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance, fazendo a seguinte afirmação:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (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 (BARROSO, 2008).

Portanto, na visão do citado autor, o ativismo judicial deve ser visto em um aspecto positivo, pois o judiciário está atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelos outros poderes e no aspecto negativo, ele exhibe as dificuldades enfrentadas pelos demais poderes públicos.

De modo contrário ao raciocínio explanado, na concepção de Abboud (2018, p. 1176) “o ativismo deve ser compreendido como atuação dos juizes a partir de um desapego da legalidade vigente (CF+leis) para fazer prevalecer, por meio da decisão, sua própria subjetividade (viés ideológico, político, religioso etc.)”.

Na tentativa de facilitar a compreensão do fenômeno do ativismo judicial, Abboud (2018, p. 1177) de forma didática, afirma que ele se manifesta em duas dimensões: (macro) estrutural e (micro) estrutural:

Na dimensão decisória (micro) o ativismo consiste na suspensão da legalidade (CF+leis) como critério decisório por um critério voluntarista que pode ser puramente ideológico, econômico, moral, religioso, etc. Ou seja, por meio dele, no Brasil, os pré-compromissos democráticos (CF+leis) são suspensos pelo julgador e substituídos por sua subjetividade/discricionariedade.

Já na dimensão (macro) estrutural, aduz o autor:

Na dimensão (macro) estrutural ou estrutural do ativismo, o que ocorre é a caracterização do fenômeno da juristocracia ou da própria Supremacia do Judicial. Em linhas gerais, na dimensão macro, o ativismo se caracteriza por um agigantamento do Judiciário em face dos demais poderes, sem respaldo constitucional (ABBOUD, 2018, p. 1177).

Em comentários sobre o ECI especificamente, Abboud (2018, p. 1216), preocupa-se com o ativismo em sua dimensão (macro) estrutural na decisão cautelar da ADPF 347-DF, no qual, abriu-se precedentes, para um agigantamento do poder judiciário, que agora, proporciona uma carta em branco para o STF, ditar os rumos das políticas públicas dos outros poderes, enfraquecendo os limites da separação dos poderes.

Nesse mesmo sentido, é pensamento de Streck (2015), que determina o Estado de Coisas Inconstitucional como algo vago, genérico, sem liquidez, na qual, o STF poderá adaptar qualquer coisa ou coisas que não tenham tanta importância, no conceito de ECI.

Porém, em posicionalmente contrário aos citados autores, e favoráveis ao instituto do Estado de Coisas Inconstitucional, Campos (2015) rechaça tais argumentos, lembrando os três pressupostos do instituto:

[...] no plano dos fatos, viger uma realidade manifesta de violação massiva e sistemática de diferentes direitos fundamentais; no plano dos fatores, a situação inconstitucional decorrer de ações e omissões estatais sistêmicas (falhas estruturais, máxime de políticas públicas), e se perpetuar ou mesmo agravar-se em razão de bloqueios políticos e institucionais persistentes e, aparentemente, insuperáveis; no plano dos remédios, ante as causas estruturais, a superação do quadro exigir medidas não apenas de um órgão, e sim de uma pluralidade desses (remédios ou sentenças estruturais).(CAMPOS, 2015).

Desse modo, a conjugação dos dois primeiros, são suficientes para excluir a vagueza e fluidez do instituto, eliminando riscos de ubiquidades, pois não será qualquer violação de direitos que

justificará a utilização do ECI, mas apenas aquelas que, de forma objetiva, se manifestarem generalizadas, sistemáticas, e forem relacionadas a um estado permanente de inércia estatal e flagrante incapacidade institucional.

O que pode estar acontecendo também, pode ser uma interpretação equivocada do ECI, na qual os críticos esqueceram das graves violações aos direitos fundamentais, e que é papel da jurisdição constitucional protegê-las, o próprio Abboud que num determinado momento preocupa-se com o estado de coisas inconstitucional, tratando-o como uma forma de agigantamento do judiciário, em outro momento, em artigo escrito em coautoria com Mendes, publicado pelo site Correio Braziliense em dezembro de 2018, fizeram a seguinte afirmação:

Para despoluirmos o conceito de ativismo, enumeraremos algumas posturas judicias que, no século 21, não deveriam ser com ele confundidas: i) o controle dos atos do Legislativo e do Judiciário quando se demonstrarem contrários à Constituição e às leis; e ii) a atuação contramajoritária do Judiciário para proteção de direitos fundamentais contra agressões do Estado ou de maioria da sociedade civil (ABBOUD; MENDES, 2018).

Destarte, conforme os ensinamentos dos próprios críticos, a atuação contramajoritária do judiciário para a proteção de direitos fundamentais, não pode ser confundida ou entendida como uma forma de ativismo judicial, sendo assim, uma atitude legítima das cortes constitucionais.

Na visão de Cunha Jr. (2017, p. 593), apesar das críticas ao ativismo judicial, o ECI reforçou o sistema de garantias dos Direitos Fundamentais, servindo de paradigma para criação de instrumentos mais eficazes na proteção de tais direitos, segue o autor:

Não vejo, entretanto, o ECI como um remédio milagroso a estimular ilusões. Mas pode servir pedagogicamente para (a) estimular a adoção de medidas reais e efetivas; (b) provocar um sério e sincero debate a respeito da falta ou insuficiência de

políticas públicas em determinados setores sensíveis; e (c) proporcionar a construção de soluções estruturais dialogadas e concertadas entre os poderes públicos, a sociedade e as comunidades atingidas.

Portanto, deve-se pensar que o instituto, apesar das críticas, veio em momento necessário, amenizando problemas graves de violações de direitos fundamentais da população carcerária. Desse modo, deve prevalecer o entendimento que o ECI é um potencializa a garantia dos direitos dos vulneráveis, principalmente em países subdesenvolvidos, no caso o Brasil.

7. Considerações finais

O presente trabalho fez uma minuciosa análise sobre o Estado de Coisas Inconstitucional com um olhar voltado para a teoria geral dos direitos fundamentais nos seus variados aspectos e contextos, chegando às conclusões que serão expostas a seguir.

Primeiro, para a declaração do ECI deve-se utilizar o conceito de direitos fundamentais não apenas em seu sentido formal, ou seja, os listados na Constituição de cada Estado, mas deve-se levar em conta os direitos fundamentais em seu sentido material, na busca de concretizar seu princípio norte que é a dignidade da pessoa humana.

No que se refere as três principais dimensões/gerações dos direitos fundamentais, o estado de coisas inconstitucional foi utilizado para a proteção dos direitos de segunda dimensão, exigindo-se uma atuação não de abstenção do Estado na vida do cidadão, mas sim, de interferência na busca de fazer valer a igualdade material dos indivíduos.

Contudo, foi na perspectiva objetiva dos direitos fundamentais que existe a possibilidade da Corte Constitucional, buscar medidas concretas, na efetivação dos direitos fundamentais prometidos pela Magna Carta, sendo esta, uma reação ativa por parte de quem recebeu o atributo de garantir os direitos

fundamentais contra as omissões do poder público, ou seja, do Supremo Tribunal Federal.

Constatou-se que o Estado de Coisas Inconstitucionais estava presente no contexto fático brasileiro que deu ensejo à decisão cautelar na ADTF 347-DF, tendo em vista estarem presentes os três requisitos/pressupostos de existência do instituto.

Por fim, não se deve ver o instituto em questão como uma forma de ativismo do poder judiciário, pois ao contrário do que os críticos argumentam, não há um agigantamento ilegítimo do poder judiciário em relação aos demais poderes, mas sim uma atuação concreta para efetivar direitos fundamentais garantidos no próprio texto constitucional.

Referências

ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 2. ed. ampl. atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao-ativismo-legitimidade-democratica>. Acessado em: 15 de janeiro de 2019.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. ed. 15. Malheiro: São Paulo, 2004.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisa inconstitucional**: uma alternativa para a atuação do STF ante situações de violação massiva e contínua de direitos. Disponível em: www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional-04052015. Acessado em: 29 de novembro de 2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Devemos temer o "estado de coisas inconstitucional"?**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-15/carlos-campos-devemos-temer-estado-coisas-inconstitucional>. Acessado em: 15 de janeiro de 2019.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. rev. ampl. atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

FISCHER, Tatiana Fagundes. **A (in) aplicabilidade do modelo do estado de coisas inconstitucional no ordenamento jurídico brasileiro.** Disponível em: http://conteudo.pucrs.br/wp-content/uploads/sites/11/2017/09/tatiana_fischer_20171.pdf. Acesso em: 28 novembro de 2018.

GUIMARÃES, Mariana Rezende. **O estado de coisas inconstitucional:** a perspectiva da atuação do supremo tribunal federal a partir a experiência da corte constitucional colombiana. Disponível em: http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-49-janeiro-junho-2017/o-estado-de-coisas-inconstitucional-a-perspectiva-de-atuacao-do-supremo-tribunal-federal-a-partir-da-experiencia-da-corte-constitucional-colombiana/at_download/file. Acessado em: 14 de novembro de 2018.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado:** parte geral – vol. 1. 11. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 13. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MENDES, Gilmar; ABOUD, Georges. **Entre ativismo e humildade.** Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2018/12/13/interna_politica.725177/entre-ativismo-e-humildade-artigo-de-gilmar-mendes-e-georges-abboud.shtml?fbclid=IwARoD316TRzvlOQhuHq-FiaUWU6BgqLg7jX6KYm4T9dKnHdEvdIjUXIG_74. Acessado em: 15 de dezembro de 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Estado de coisas inconstitucional é uma nova forma de ativismo.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>. Acessado em: 18 de novembro de 2018.

Advocacia Pública no Estado de Direito: a necessidade de uma Advocacia de Estado e não de Governo

*Levi Martins de Melo Terceiro*¹

*Gillian Santana de Carvalho Mendes*²

1 Introdução

É da história mais recente de federação brasileira, a instituição de procuradorias nos mais diversos âmbitos do estado, inclusive na administração indireta, como em autarquias e fundações públicas, o que demonstra ainda uma imaturidade por parte dos representados em identificar o real papel destes postulantes e reconhecer os avanços que uma Advocacia Pública bem estruturada poderia trazer ao ente.

Durante todo este longo caminho que já percorreu e que ainda há de percorrer, a Advocacia Pública – representada por todos os procuradores do país – ainda busca elementos que possam auxiliar a distanciar a falsa percepção de que o gestor público é um cliente, e os advogados públicos meros causídicos sem personalidade ou autonomia para atuação.

É salutar que se tenha em mente, e não haja confusão com as mais variadas espécies de representação existentes no nosso país.

¹ Pós-Graduando em Direito Constitucional pela Universidade Estadual do Piauí-UESPI

² Doutoranda em Direito e Políticas Públicas pela UNICEUB; Mestre em Direito Constitucional pela UFC; Professora da UESPI e do Centro Universitário UNINOVAFAPI; E-mail: gillian.santana@hotmail.com.

Portanto, a Advocacia Pública poderá ser encarada tanto em sentido amplo como em sentido mais estrito.

No primeiro sentido, mais extensivo, teremos o Ministério Público, como sendo aquele que advoga para a sociedade relacionada com a defesa de interesses sociais com várias dimensões subjetivas, da ordem jurídica e do regime democrático.

Ainda compondo àquele primeiro núcleo também se fará presente a Defensoria Pública, que advoga para os necessitados, voltada para a defesa dos interesses daqueles caracterizados pela insuficiência de recursos.

Por fim, adentrando ao âmbito do presente trabalho, teremos a advocacia em sentido estrito, instrumentalizada pela Advocacia-Geral da União e pelas Procuradorias dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, vocacionadas para a defesa dos interesses públicos primários e secundários (com a clara prevalência dos primeiros em relação aos últimos, em caso de conflito, em homenagem à construção responsável do Estado Democrático de Direito).

Portanto, todas as atenções serão postas, doravante, à advocacia pública em sentido estrito, pois é esta quem representa os entes da federação e respectivas autarquias e fundações, e justamente por isso, o interesse de toda uma coletividade de pessoas, devendo, portanto, jamais servir de álibi para condutas espúrias praticadas por governos que agem como se fossem os clientes do mais alto grau do escalão nacional e com “super” advogados que estariam permanentemente vinculados e obedientes a qualquer arbitrariedade que os seus gestores viessem a praticar.

A efetiva separação entre Estado e Governo constituir-se-á na única solução para que os preceitos constitucionais possam ser efetivamente cumpridos em sua integralidade, sem que haja nenhuma interferência por parte da gestão pública que possa vir a desvirtuar esse entendimento.

Por essa razão, o presente artigo terá como escopo apresentar através dos tópicos que se seguem, os resultados da pesquisa

elaborada, na busca de identificar se sem o reconhecimento da independência política das Procuradorias Públicas o Estado de Direito sucumbirá aos desmandos dos agentes políticos, esta se trata de uma revisão bibliográfica, do tipo qualitativo, descritivo. Iniciando com uma breve introdução sobre a história da Advocacia Pública quando ainda tinha as funções divididas com o Ministério Público, traçando, ademais, um paralelo da necessidade de aplicação de princípios constitucionais essenciais para o desempenho imparcial dos procuradores públicos.

2 O surgimento da Advocacia Pública

As primeiras constituições do Brasil não possuem registros de que tenha havido alguma espécie de estruturação da Advocacia Pública, pois a bem da verdade, era mais interessante ao governo manter em um mesmo órgão as funções de Ministério Público e de Procuraturas Constitucionais.

Foi necessária a promulgação da Constituição de 1988 – quase um século após a proclamação da república – para que a Advocacia Pública e bem assim a Defensoria Pública e o Ministério Público ganhassem algum destaque no novo cenário que se apresentava. Destarte a Carta Magna que vigora até os dias de hoje, foi a principal responsável por separar de forma clara e expressa as funções dessas três carreiras, atribuindo o escopo de defender a sociedade das mais variadas formas, constituindo-se em funções essenciais a justiça.

Com efeito, a competência dos advogados públicos se concentra em, efetivamente, defender o ente público a que está juridicamente subordinado, devendo, entre tantas normas, assegurar sempre o cumprimento dos ditames da Constituição Federal e o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB (Lei 8.906/94).

Ademais, os procuradores públicos possuem um mandato que advém diretamente da lei, não necessitando, portanto, de apresentação de procuração nos autos para que possa atuar com

legitimidade. Inclusive, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que: “a representação processual de município independe de instrumento de mandato, desde que seus procuradores estejam investidos na condição de servidores municipais, por se presumir conhecido o mandato pelo seu título de nomeação ao cargo” (STJ, 2009).

A função da Advocacia Pública, segundo diretrizes constitucionais, é basicamente o exercício da consultoria (preventivo) e da representação judicial do Poder Público (repressivo).

A consultoria preventiva basicamente se constitui na elaboração de pareceres nos mais diversos ramos do direito e poderá versar sobre todos os assuntos que de alguma forma sejam de interesse da administração pública como um todo.

Com efeito, é uma das mais relevantes atividades desenvolvida pela Advocacia Pública, pois constitui-se essencialmente a situação ideal de realização do direito que é o cumprimento espontâneo das normas. (GUEDES e SOUZA, 2009).

As entidades públicas necessitam de cotidiana assistência jurídica, que as oriente na prática dos atos administrativos, em atitude preventiva que evite o surgimento de conflitos desnecessários.

Quanto ao efeito repressivo da atividade das Procuradorias Públicas, temos que a lide já está formada, muitas vezes por conta de alguma atividade ou até mesmo omissão por parte da Administração Pública no trato de suas atividades diárias ou nos casos em que o Poder Público age para impedir ofensa a bens públicos.

Portanto, o ente federativo é citado na pessoa de seu representante para aduzir a tese defensiva que mais se adegue ao caso concreto, que pode ser informações em mandado de segurança, contestação, reconvenção, impugnação, embargos ou os recursos legalmente previstos na legislação nacional, ou, outrossim, poderá ingressar com ações a título coletivo para a defesa de toda a

sociedade – papel, em regra exercido pelo Ministério Público – mediante o manejo de ação civil pública com a previsão da lei 7.347/85 ou até mesmo pleiteando condenações por improbidade administrativa conforme a lei 8.429/92.

Os responsáveis por gerir as instituições públicas, como regra não possuem o conhecimento necessário para enfrentar determinados problemas jurídicos que o mandato pode vir a lhes apresentar (FERREIRA, 2012). Neste momento deve assumir o papel principal, o advogado público, sendo aquele que terá o dever primordial de zelar pelo bom funcionamento da máquina pública, seja por meio de consultoria, ou atuação judicial, sendo que também é papel do procurador o controle interno dos atos administrativos sempre com o escopo de evitar danos à sociedade.

3 Advocacia de Estado e Estado de Direito

O Estado de Direito é a base para a Advocacia Pública e bem assim o é a Advocacia Pública para com o Estado de Direito. Institutos que muito além de se completar, são essenciais para que se possa aferir o quão democrático um estado soberano é para com seu povo.

O Estado de Direito é exatamente o oposto do Estado Absolutista, pois neste o monopólio de poder e a visão estreita do monarca ou ditador afoga qualquer tentativa de participação ou reação do povo; por outro lado o Estado de Direito é a submissão do Estado à vontade da maioria, do seu povo, havendo espaço para que o indivíduo possa ser reconhecido e ouvido perante os demais, e que suas ideias possam somar ao coletivo.

É deveras importante, que se tenha em mente que as Procuraturas Públicas devem sua existência a submissão do Estado à suas próprias leis. A bem da verdade uma teoria do Direito Administrativo que de forma evidente contribuiu e contribui até os dias atuais para a consagração da carreira sob análise, é aquela que trata sobre a responsabilidade do Estado perante a sociedade, por

atos que lhe fazem muitas vezes réu perante o particular em virtude dos muitos percalços pelos quais a complexa máquina administrativa se sujeita diariamente.

Teoria do risco administrativo. Este é o nome da tese que prevalece até os dias atuais como forma de responsabilizar os entes públicos de uma forma geral. Conceitua Carvalho que:

“o Estado é realmente um sujeito político, jurídico e economicamente mais poderoso que o administrado, gozando de determinadas prerrogativas não entendidas aos demais sujeitos de direito. Em razão disso, passou-se a considerar que, por ser mais poderoso, o Estado teria que arcar com um risco maior, decorrente de suas inúmeras atividades e, ter que responder por esse risco, lhe traria uma consequência. Surgiu, assim, a teoria do Risco Administrativo. Esta teoria responsabiliza o ente público, objetivamente, pelos danos que seus agentes causarem a terceiros, contudo, admite a exclusão da responsabilidade em determinadas situações em que haja a exclusão de algum dos elementos desta responsabilidade. O Brasil adota esta teoria.” (CARVALHO, 2016).

Portanto, na medida em que o Estado se coloca na posição de parte perante um processo seja administrativo ou judicial é evidente que deverá estar devidamente representado, por alguém que possua capacidade postulatória para exercer tal *múnus*; e é justamente neste momento que surge a função de advogado público.

Deveras, cada ente federativo deve dispor de seu próprio corpo de servidores procuradores que irão, efetivamente, desempenhar um dos papéis de maior relevância do cenário constitucional pós 1988, a representação legal da sociedade, nesta seara representada pelo interesse de toda a coletividade embutida na pessoa ficta de um ente federativo.

De forma brilhante Guedes, citando Grande Júnior, expõe um dos mais completos conceitos de advocacia pública, informando que:

“advocacia pública é o conjunto de funções permanentes constitucionalmente essenciais a justiça e ao estado democrático de direito atinentes à representação judicial e extrajudicial das

peças jurídicas de direito público e judicial dos órgãos, conselhos e fundos administrativos excepcionalmente dotados de personalidade judiciária, bem como à prestação de consultoria, assessoramento e controle jurídico interno a todas as desconcentrações e descentralizações verificáveis nos diferentes poderes que juntos constituem a entidade federada.” (GUEDES e SOUZA, 2009).

Destarte, o projeto de Advocacia Pública que o constituinte de 88 e bem assim a doutrina continuamente vem conceituando ainda não foi apercebido por quem gere a carreira.

A realidade da prática jurídica mostra que muitos destes conceitos não têm nenhuma relevância quando a política, ou, melhor dizendo, os políticos possuem algum interesse que deva ser processado ou que passe por um advogado público.

Nos tópicos que se seguem será demonstrado o quanto as procuraturas de todos os entes necessitam do reconhecimento efetivo da aplicação de princípios constitucionais às suas funções, como forma de permitir o completo e eficaz subsídio para os advogados de estado.

4 Advocacia de Estado x Advocacia de Governo

A Advocacia de Estado é um instituto a ser diariamente conquistado pelos operadores do direito que atuam em suas carreiras, pois é a principal demonstração de que política e conhecimento técnico devem ser mantidos sempre separados, de forma que o procurador parecerista ou causídico seja livre para tomar a atitude mais adequada no caso concreto que esteja sob sua análise.

Agindo assim, irá garantir que o interesse público seja resguardado de forma plena e com a devida aplicação da lei. Caso isto não ocorra, ou seja, quando a política com seus respectivos interesses se põe a frente do conhecimento técnico de alguém

devidamente habilitado para tratar sobre a matéria, presente estará a Advocacia de Governo.

Devendo ser evitada diariamente até a sua completa extinção, a Advocacia de Governo não acrescenta em, rigorosamente, nada à carreira. Ao contrário, a sua existência é ofensiva ao Estado de Direito, corrompe as instituições, impedindo que os rumos sejam tomados de forma imparcial e no interesse social, para que sejam investidos em desventuras propiciadas por algozes da república, pessoas que põem interesses privados e espúrios a frente dos interesses da nação.

Uma das diferenças mais latentes e indesejadas que a prática demonstra quando se quer diferenciar as outras carreiras públicas de advocacia a exemplo do Ministério Público e da Defensoria, é a infeliz existência de certa submissão que os governantes entendem que os procuradores públicos devem ter para com eles.

O advogado público é bem mais regulado através de normas e estatutos do que os demais servidores de carreiras análogas. A submissão daqueles profissionais é pelo menos tripla, pois são advogados, portanto devendo observar as normas do estatuto da OAB, são servidores públicos, devendo observância ao estatuto jurídico dos servidores em geral, e por fim, são procuradores regidos por um estatuto específico da carreira a qual são membros, devendo uma vez mais observar este regulamento.

Todavia, em que pese o grande número de diplomas que os procuradores públicos devem obediência e possuem suas prerrogativas expostas, ainda assim, é insuficiente para que os governantes possam entender o real papel destes profissionais quando do trato da coisa pública.

Em artigo sobre o tema Castro, citando Moreira Neto, conceitua que:

“a advocacia do Estado (ou Advocacia Pública em sentido estrito), instrumentalizada pela Advocacia-Geral da União e pelas Procuradorias dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, vocacionada para a defesa dos interesses públicos primários e

secundários (com a clara prevalência dos primeiros em relação aos últimos, em caso de conflito, em homenagem à construção responsável do Estado Democrático de Direito)”. (MOREIRA NETO apud CASTRO, 2010)

Sem inovar muito nos conceitos já demonstrados neste artigo, o nobre doutrinador acima apenas reafirma que a Advocacia de Estado é justamente aquela idealizada pela constituição e necessária para a efetivação do Estado de Direito.

Por outro lado, a antítese deste conceito é exatamente a figura mais repudiada pelos profissionais que atuam nas carreiras da Advocacia Pública, a famigerada Advocacia de Governo. Utilizando-nos do conceito de Aldemario temos que:

“na advocacia de Governo (ou dos governantes), o advogado público federal é chamado para, diante de uma decisão pronta e acabada (não há participação na construção da solução, frise-se), necessariamente atestar a constitucionalidade e a legalidade da pretensão. Invariavelmente, não existe um chamamento direto nesse sentido. Não é dada uma ordem para a elaboração de uma manifestação interessada. Os caminhos são mais sutis, incluindo uma cuidadosa seleção de advogados, inclusive públicos, sensíveis aos reclamos mais mesquinhos do poder.” (ALDEMARIO apud CASTRO, 2010).

Esse tipo de atitude que um governante possa tomar perante um advogado público é criminosa, demonstrando o quão carente de independência os procuradores públicos são no corrupto sistema nacional.

Ocorre que, diferente do Ministério Público que exerce um controle externo dos atos do governo, caberia aos procuradores efetuar este mesmo controle, todavia, no seu nascedouro, internamente, de forma a impedir que chegasse a causar danos à coletividade. Todavia, esta não é uma tarefa fácil, haja vista a amplitude do poder que os chefes do executivo têm perante os servidores das procuradorias.

5 Dos instrumentos necessários para existência da Advocacia de Estado

Alicerçado por princípios constitucionais que garantem o ótimo desempenho de suas funções, Ministério Público e Defensoria Pública estão embutidos de uma gerência por membro de carreira e de plena autonomia para o exercício de suas funções, sem olvidar, por conseguinte, a sua autonomia financeira que é garantido pela Constituição Federal.

Destarte, não haveria razões para haver discriminação para as Procuradorias Públicas, todavia, a prática demonstra essa efetiva diferença que ainda hoje insiste em persistir nesta importante carreira essencial à justiça.

Portanto, destacam-se à frente instrumentos essenciais para que, ao menos como início, tenha-se alguma consideração com a coisa pública, pois sem um chefe de pasta que seja oriundo da carreira e bem assim, sem autonomia, não teremos uma Advocacia de Estado, mas a desgastante Advocacia de Governo que atrasa os procuradores públicos perante os membros do Ministério Público e Defensoria Pública.

5.1 Da nomeação do chefe da carreira

Antes de adentrarmos aos princípios que devem ser necessariamente aplicados à Advocacia Pública como forma de reduzir o impacto que a influência negativa do executivo muitas vezes causa na atuação desses profissionais, é necessário verificar quem é o gestor da carreira atualmente e como, de fato, deveria ser o gestor.

De acordo com a sistemática atual quem gere a Advocacia Pública nas mais diferentes esferas é um Procurador Geral, Advogado Geral no caso da Advocacia Geral da União, e justamente neste ponto encontramos o primeiro obstáculo para não termos consolidado a Advocacia Pública como uma efetiva Advocacia de Estado.

Ocorre que, no nosso modo de pensar é manifestamente errônea a forma de escolha daqueles personagens pelo ordenamento jurídico nacional. É cediço que estas carreiras, a bem da verdade, são como ministérios no âmbito federal e como secretarias nos âmbitos estadual e municipal. Portanto, são geridas por pessoas de confiança do chefe do executivo, que possui a triste liberalidade de indicar um afeto no seu bem entender. Assim, por mais que se possa constatar que, eventualmente, é imposta uma condição ou outra para escolha desses profissionais, a prática demonstra que esses mínimos obstáculos ao chefe do executivo em quase nada modifica a situação de submissão.

Dispõe o desafortunado §1 do artigo 131 da CF 88 que a Advocacia-Geral da União - AGU tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada. (BRASIL, 1988).

Diante da importância da Advocacia Pública quando da busca pela justiça e para a concretização do Estado de Direito a redação do artigo é de uma afronta tamanha a qualquer tentativa de independência da carreira. Como afirmar que as Procuradorias Públicas possuem independência do governo se o chefe destas carreiras é de livre – reforçamos – livre nomeação do presidente. Detalhe salutar no que tange a AGU é o fato de que o Advogado Geral sequer precisa ser da carreira, ou seja, temos três requisitos, ser maior de trinta e cinco anos, ter conhecimentos na área e uma reputação proba; pouca ou nenhuma relevância para carreira terá um agente que reúna as condições do artigo e não seja dos quadros da pasta política, sem vivência com os seus membros, sem ter um conhecimento aprofundado da interinidade da instituição, sendo meramente um títere dos desmandos do governo central.

A praxe de escolha do AGU era a de que o presidente escolheria um dentre os indicados na lista tríplex pelo órgão, todavia, a discricionariedade é tamanha que o último governo – Dilma Rousseff e Michel Temer - ignorou por completo os anseios

da classe, conforme nota de repúdio esposado pela Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais – ANAFE que disse que:

“A ANAFE, maior entidade representativa das carreiras, manifesta profunda indignação com a forma como se deu a escolha dos últimos dirigentes da AGU, que ignorou as listas tríplices apresentadas à ex-presidente da República Dilma Rousseff e posteriormente ao presidente, Michel Temer.” (BARRETO, 2016).

Como se vê é temerário a forma atual de escolha do representante desta estimada carreira.

Entendemos que bem mais razão assiste a redação da Constituição do Estado do Piauí quando do trato da sua Advocacia Pública que estipula em seu artigo 150, §1 que:

“a Procuradoria Geral do Estado tem por chefe o Procurador-Geral do Estado, nomeado em comissão pelo Governador do Estado, com prerrogativas de Secretário de Estado, dentre os membros estáveis da carreira, maiores de trinta anos, de notório saber jurídico e reputação ilibada.” (PIAUI, 1989).

Como se observa, grande avanço possui o Estado do Piauí com relação à União, haja vista que é imposto ao chefe do executivo que escolha um membro da carreira. Destarte, ainda que não seja o texto ideal, muito se aproxima de uma tentativa de dar autonomia à carreira de forma a ser o mais isenta de influência política possível.

Todavia, para que tenhamos uma Advocacia Pública em igualdade com as demais carreiras que são essenciais à justiça é imperioso que seja observado, neste particular, as normas para nomeação do chefe do Ministério Público.

Dispõe o artigo 128, §1 da CF 88 que:

“o Ministério Público da União tem por chefe o Procurador-Geral da República, nomeado pelo Presidente da República dentre integrantes da carreira, maiores de trinta e cinco anos, após a aprovação de seu nome pela maioria absoluta dos membros do

Senado Federal, para mandato de dois anos, permitida a recondução.” (BRASIL, 1988).

A redação do referido artigo garante uma autonomia de causar inveja nas carreiras da Advocacia Pública, haja vista que o chefe daquela instituição não será demissível a qualquer momento pelo chefe do executivo, pois possui mandato de dois anos, e sua retirada somente se dará mediante aprovação do senado.

E este quesito é exatamente o que seria essencial para as Procuraturas Constitucionais, seria o ponto inicial para uma mudança sistemática na carreira, uma proposta de emenda à constituição que garantisse que o AGU – bem assim, a mesma iniciativa nas outras esferas da nação – além de ser nomeado entre integrantes da carreira, não poderia ser demissível *ad nutum*, possuindo um mandato a ser cumprido independente da vontade do executivo, garantindo, portanto, uma maior margem de desprendimento das vontades do poder executivo, em que pese daquele ser parte integrante.

5.2 Dos princípios a serem aplicados para efetivação da Advocacia de Estado

Outro ponto que a Constituição de 88 deixou passar em detrimento da Advocacia Pública, se refere aos princípios constitucionais e essenciais para o desempenho de suas funções da forma mais desvinculada possível.

A seção que trata sobre a Advocacia Pública em nenhum de seus dispositivos traz qualquer menção a princípios de carreira, demonstrando o quanto a Advocacia Pública é renegada – em certo aspecto – se comparada com a Defensoria Pública e com o Ministério Público. Cumpre destacar que essas três carreiras estão em um capítulo que trata das funções essenciais a justiça, e que – sem considerar suas peculiaridades – possuem o mesmo escopo que é o de defender a sociedade, de fazer cumprir a constituição e as leis, de

bem e fielmente zelar pelo erário público, de obediência às normas do artigo 37 da CF 88 e dentre tantos outros.

Em atenção ao texto normativo constitucional, podemos identificar a preocupação com a previsão de determinados princípios para a Defensoria e Ministério Público, o que lhes garante extrema vantagem em detrimento dos procuradores públicos.

Dispõe o artigo 127 da CF 88 em seu §1 que “são princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.” (BRASIL, 1988).

Quase que uma cópia fiel do dispositivo acima disposto temos a previsão para a Defensoria Pública, através de norma editada pela emenda constitucional 80 de 2014 que informa no artigo 134, §4 da CF 88 que “são princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, aplicando-se também, no que couber, o disposto no art. 93 e no inciso II do art. 96 desta Constituição Federal.” (BRASIL, 1988).

Por qual razão haveria de existir tamanha distinção entre carreiras análogas? A resposta pode ser das mais complexas possíveis, pois para o poder executivo, na pessoa de seu gestor, a Advocacia Pública é o seu “cliente” e lhe deve obediência, como se quem os remunerasse fosse o mesmo, olvidando que os advogados públicos, são por via transversa, advogados de toda a coletividade, pois defendem o erário público e a moralidade das instituições.

Dos princípios mencionados, um requer especial atenção, por talvez ser o de maior importância, qual seja, a autonomia funcional.

Barroso, em texto publicado no site CONJUR, citando artigo de Moreira Neto aduz que:

“a insujeição das procuradorias constitucionais a qualquer outro Poder do Estado em tudo no que tange ao exercício de suas funções essenciais à justiça. Por sua vez, a autonomia consiste na outorga, às procuraturas, da gestão dos meios administrativos necessários a garantir-lhes a independência para atuar, mesmo contra interesse de quaisquer Poderes, inclusive o Executivo, de cuja estrutura se vale.” (MOREIRA NETO apud BARROSO, 2014).

Portanto, o princípio da autonomia funcional é a Advocacia de Estado em sua essência, pois depende em tudo. É certo dizer que um advogado público que possua autonomia, é livre para se insurgir contra o chefe do executivo sem ter receio de sofrer represálias, de ser perseguido dentro da instituição, dentre tantas outras manobras que podem ser apresentadas por um chefe desobedecido.

Com efeito, tramita no Congresso Nacional uma relevante proposta de emenda à constituição sob o número 82, desde o ano de 2007. (CÂMARA, 2007).

A proposta, cuja iniciativa partiu do então deputado Flávio Dino – hoje governador do estado do Maranhão – visa acrescentar artigos à Constituição Federal como forma de garantir o Estado de Direito em sua plenitude.

O artigo 132-A da CF 88 teria a seguinte redação:

“o controle interno da licitude dos atos da administração pública, sem prejuízo da atuação dos demais órgãos competentes, será exercido, na administração direta, pela Advocacia-Geral da União, na administração indireta, pela Procuradoria-Geral Federal e procuradorias das autarquias, e pelas Procuradorias dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, as quais são asseguradas autonomias funcional, administrativa e financeira, bem como o poder de iniciativa de suas políticas remuneratórias e das propostas orçamentárias anuais, dentro dos limites estabelecidos na Lei de Diretrizes Orçamentárias.” (CÂMARA, 2007).

Como se observa, o texto busca completar uma lacuna que até então insiste em dificultar a plenitude dos trabalhos da Advocacia Pública, pois além de garantir e autonomia funcional, ainda garante a autonomia financeira para esses órgãos.

Referida emenda ainda acrescenta o artigo 135-A à Constituição de 88 que informa que:

“aos integrantes das carreiras da Defensoria Pública, bem como da Advocacia da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Procuradoria-Geral Federal, dos procuradores autárquicos e das

procuradorias dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios serão garantidas: a) inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, assegurada ampla defesa; c) independência funcional. (CÂMARA, 2007).

Conforme se apresentou, é evidente que a aprovação desta emenda é de fundamental importância para toda a carreira analisada, e a demora que já perdura por mais de 10 anos é injustificável, haja vista que, longe de acarretar despesas para o erário público constituirá a bem da verdade uma crescente economia de verbas públicas que constantemente são malversadas por agentes políticos corruptos e que diariamente, mandato após mandato fazem dos seus governos verdadeira extensão de suas vidas privadas.

Garantir a autonomia funcional será o um dos passos mais relevantes para os advogados públicos, pois com a sistemática atual o gestor tem o poder de escolher quem lhe parece mais apto a acatar suas ordens. Nas palavras de Sousa:

“ora, se cabe aos advogados públicos o controle da juridicidade dos atos do Poder Público, se nesse mister lhe cumpre proferir pareceres avaliando ou não juridicamente as ações e omissões estatais, se, como vimos, o Poder Executivo controla hoje a nomeação dos dirigentes dos órgãos da advocacia pública, se, por outra parte, os membros da advocacia pública têm sua avaliação funcional e sua conduta disciplinar aferidas por órgãos que não guardam a necessária independência é evidente que tais dirigentes podem direcionar os feitos (sejam pareceres, sejam contenciosos) para os advogados públicos que lhes pareçam mais dispostos a ceder às suas pressões e/ou às do Poder Executivo... Daí a imprescindibilidade de não se admitir a avocação imotivada de processos administrativos ou judiciais já distribuídos, bem como de se preverem critérios prévios de distribuição, a fim de evitar direcionamentos discricionários.” (GUEDES e SOUZA, 2009).

Destarte, o benefício que a aprovação desta emenda pode vir a causar para a sociedade como um todo não pode ser mensurada

diante da tamanha grandiosidade que seria a equiparação de princípios já aplicados para outras carreiras essenciais a justiça para a Advocacia Pública.

6. Considerações finais

Diante das inúmeras nuances que foram expostas neste artigo é evidente que não será uma tarefa fácil inserir os advogados públicos no mesmo patamar que as demais carreiras que formam as funções essenciais a justiça.

Tanto o Ministério Público quando a Defensoria Pública são entidades que muitas das vezes atuam no polo oposto ao Executivo, sempre buscando o benefício para toda a sociedade. Por outro lado, os procuradores públicos serão os responsáveis pela defesa destes atos impugnados, o que lhes deixa, de certa forma, atrelados a buscar a qualquer custo defender de forma apropriada o ente que representam.

Todavia, esta defesa deve ser sempre buscando a plenitude do Estado de Direito, ainda quando contrário ao interesse do gestor; a necessidade de se demonstrar a desvinculação entre governo e estado é das mais elementares quando da análise da atividade praticada pelos advogados públicos.

A imperiosa necessidade de extirpar o mais breve possível a Advocacia de Governo é uma das principais necessidades da carreira objeto de análise, principalmente no âmbito municipal, onde a existência de inúmeros municípios, muitos deles que passam despercebidos pelas grandes massas, acabam vivenciando a parte mais obscura da Advocacia de Governo, pois a influência do chefe do executivo tem muito mais peso sobre a atuação daqueles profissionais.

Justamente por essa razão o Estado de Direito só será pleno quando garantido princípios básicos para que os advogados públicos possam atuar com precisão, sem temer represálias do gestor máximo do órgão, fundados no princípio da autonomia funcional,

atrelado a uma escolha racional – e não meramente política – dos Procuradores Gerais, de forma que estes possam ser necessariamente servidores da carreira, com mandato pré fixado, e que não possam ser destituídos *ad nutum* na primeira desavença ou entendimento contrário com o chefe do executivo.

Assim, com autonomia – aqui compreendida tanto a funcional quanto a financeira, ambos objeto do projeto de emenda à constituição – quanto com uma direção livre de qualquer conchavo político – deixando claro a crítica de não existir nenhum projeto que veicule a matéria no âmbito federal – estaremos caminhando para uma advocacia pública independente, onde o interesse a ser buscado não será o do político corrupto que entende que as procuradorias são seus escritórios particulares de advocacia, mas sim aquele em que fazendo jus ao papel de função essencial à justiça, atuando ao lado dos demais órgãos de proteção a sociedade, as procuradorias em todas as esferas do país efetivam um verdadeiro controle de legalidade dos atos públicos, defendendo sim o ente político, mas, outrossim, buscando atender ao Estado de Direito na acepção do interesse público e da defesa de toda a sociedade como primado basilar de toda a sua atuação.

Referências

BARRETO, Eduardo. **O GLOBO**. Crítica ao método de indicação do AGU.

Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/associacao-de-advogados-publicos-critica-metodo-de-indicacao-para-agu-20078393>>.

Acesso em 15 de janeiro de 2019

BARROSO, Ricardo. **CONJUR**. Autonomia e Independência da Advocacia Pública.

Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-jun-15/ricardo-barroso-autonomia-independencia-inerente-advocacia-publica>>. Acesso em 10 de Janeiro de 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**.

Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 25 de janeiro de 2019.

_____. **STJ**. AgRg no Ag 1099741/SP. Rel. Min. Castro Meira. Segunda Turma. julgado 5.3.2009.

CÂMARA. **Emenda 87 DE 2007**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/sileg/integras/466900.pdf>>. Acesso em 15 de janeiro de 2019.

CÂMARA. **Projetos de Emenda**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=600604>>. Acesso em 20 de janeiro de 2019.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. Salvador. JUSPODIVM 2016.

CASTRO, Aldemario Araújo. JUSBRASIL, **Advocacia de Estado versus Advocacia de Governo**. Disponível em: <<https://unafe.jusbrasil.com.br/noticias/2142280/artigo-advocacia-de-estado-versus-advocacia-de-governo>>. Acesso em 16 de janeiro de 2019.

FERREIRA, Carina Estephany. A gestão pública e a responsabilidade do advogado público na elaboração de pareceres jurídicos. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3224, 29 abr. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21600>>. Acesso em: 5 fev. 2019.

GUEDES, Jefferson e SOUZA, Luciane. **Advocacia de Estado**. Belo Horizonte. Editora Fórum 2009.

PIAÚÍ. SENADO. **Constituição do Estado do Piauí**. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70447/CE_PI_EC_32.pdf?sequence=8>. Acesso em 14 de Janeiro de 2019.

Os incentivos fiscais como forma de fomento a preservação ambiental

*Niliz Cavalcante Teixeira*¹

*Cléia Cristina Januário Pereira Fernandes*²

1 Introdução

Diante de um crescimento econômico acelerado nos últimos tempos, houve um impacto forte sobre o meio ambiente, vista que a exploração ambiental cresce na mesma ou maior proporção, não havendo o respeito e a preocupação com gerações futuras. Há uma mobilização de uma pequena parte preocupada com esses prejuízos que tem utilizado o Direito para formas de diminuir essa escassez ambiental, tão importante para a sobrevivência da nossa espécie. Concluindo à atuação e o poder do Estado de modo preventivo para o benefício e estimulação do uso desses incentivos para a melhoria do meio ambiente e a qualidade de vida.

Assim, é de conhecimento de todos que tanto a coletividade, como municípios, quanto os estados e a União devem procurar meios para solucionar problemas ambientais.

A preocupação com a temática ambiental a partir do Século XX, motivou a convocação pela Organização das Nações Unidas/ONU, no ano de 1972, da Conferência das Nações Unidas

¹ Bacharel em direito, pela Faculdade Mauricio de Nassau, Especialista em Direito Constitucional, UESPI.

² Mestre em Desenvolvimento e Meio Ambiente pela UFPI(Universidade Federal do Piauí). Promotora de Justiça no Estado do Piauí, Professora de Cursos de Especialização.

sobre o Meio Ambiente, popularizada como Conferência de Estocolmo.

Em 1992, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, conhecida como ECO-92, realizada no Rio de Janeiro, aprofundou os debates sobre a preocupação ambiental, os quais trouxeram, dentre outras contribuições, inovações principiológicas, a exemplo do princípio do poluidor pagador, princípio da precaução, princípio da prevenção, entre outros. Além do reconhecimento do meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito humano fundamental.

A priori, o Direito Tributário não possui íntima relação com o meio ambiente, devido ao caráter da tributação ser eminentemente arrecadatório. No entanto, os tributos têm também sua determinação de fins extras fiscais, de acordo com o meio social do Estado Democrático de Direito, respeitando sempre a Constituição Federal. O Estado pode diretamente intervir, agindo de forma repressora por meio da criação de novos tributos, aplicando multas e indenizações.

Vista que a utilização de incentivos fiscais, já é usada nos países estrangeiros e também no Brasil como instrumento de uso imediato para a preservação do meio ambiente.

Diante de tal cenário surgiu o ICMS ecológico com a finalidade de fazer com que os municípios sejam fomentados na busca da preservação, conservação ambiental, pois quanto maior a área de preservação, conservação ou saneamento, maior o percentual de ICMS ecológico que o Estado deve transmitir a eles. Assim sendo restam alguns questionamentos sobre a temática: qual a importância do ICMS ecológico? Ele tem papel de incentivo a preservação ambiental?

O trabalho foi desenvolvido por meio de pesquisa bibliográfica qualitativa, que abrange bibliografia já tornada pública em relação ao tema de estudo, desde publicações avulsas, boletins, jornais, revistas (periódicos), livros (impressos ou online), pesquisas, monografia, dentre outras.

Para a realização do presente estudo foi utilizado o método bibliográfico dedutivo. Além de se tratar de um tipo de pesquisa que é central em qualquer natureza de investigação científica, a pesquisa bibliográfica tem o intuito de conhecer as diversas contribuições científicas disponíveis sobre determinado tema, dando suporte a todas as fases de qualquer outra modalidade de pesquisa, visto que auxilia na definição do problema, na determinação dos objetivos, na construção de hipóteses, na fundamentação da justificativa da escolha do tema e na elaboração do relatório final.

2 Meio ambiente

A importância de um meio ambiente saudável, das várias discussões sobre o assunto, o Brasil utilizou-se do Direito para conscientizar a população sobre as penalidades causadas com o mau uso do meio em que vivemos, o país tem domínio territorial das maiores bases biodiversidade da Terra. Sendo aqui o tema meio ambiente se tornou mais relevante a partir da Constituição Federal do Brasil de 1988, em decorrência do reconhecimento do meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito humano fundamental.

Para José Afonso da Silva no âmbito do Direito, o meio ambiente deve ser definido de forma ampla, sendo a natureza original, artificial, cultural, mais precisamente, a relação entre seus elementos que permite a evolução equilibrada da vida em todas as suas formas.

O meio ambiente, mesmo com total importância para uma boa saúde, foi esquecido em algumas discussões Brasil a fora, sendo retomado no século XX assim criando uma legislação.

A Lei 9.605/1998 (Lei dos Crimes Ambientais) inovou no ordenamento jurídico brasileiro, com a preocupação com o desenvolvimento sustentável, tipificando como crimes ambientais ações predatórias em relação à flora, fauna, assim como a poluição (BRASIL, 1998, p. 1).

O conceito de meio ambiente, no âmbito do Direito brasileiro, foi concedido pela Lei nº 6.938/1981, o Art. 3º. Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

I - 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;
(...)

Gevaerd Filho anota que, nesse conceito, nenhuma referência é feita à variável econômica e a variável social, presentes, de forma decisiva, nas interações do meio ambiente) (BRASIL, 1981, p. 1).

Expressamente na Constituição Federal de 1988, em seu disposto art. 225, *caput*, também apresenta um conceito, na afirmação que:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (BRASIL, 1988, p. 1).

O dispositivo acentua o caráter patrimonial do meio ambiente e, supostamente, parte de um conceito fisiográfico sobre o equilíbrio ambiental e a sábia qualidade de vida.

Expressamente, Marcelo Abelha (2002, p. 58):

[...] bem se vê que o legislador teve preocupação específica com o homem quando disse, ao definir a atividade poluente (sic) numa visão antropocêntrica, como sendo aquela que afete o bem-estar, a segurança, as atividades sociais e econômicas da população. Enfim, essa definição de poluição levou em consideração o aspecto finalístico do meio ambiente (proteção da vida) e, mais especificamente ainda, reservou-o para a proteção da vida humana (meio ambiental artificial), numa visão inegavelmente antropocêntrica.

A Constituição Federal de 1988 foi pioneira nas Constituições Brasileiras nessa temática.

Além das disposições trazidas no art. 225, a CF de 1988 trata direta ou indiretamente da matéria ambiental em vários outros dispositivos:

Art. 5º, incisos XXIII, LXXI, LXXIII; art. 7º, incisos I, II, III, IV, VI, VII, IX, X, XI e §§1º e 2º; art. 21, incisos XIX, XX, XXIII, XXV, alíneas a, b e c; art. 22, incisos IV, XII, XXVI; art. 23, incisos I, III, IV, VI, VII, IX, XI; art. 24, incisos VI, VII, VIII; art. 26, inciso I; art. 43, inciso IV, §§2º e 3º; art. 49, incisos XIV, XVI; art. 91, §1º, inciso III; art. 129, inciso III; art. 170, inciso VI; art. 174, §§3º e 4º; art. 176 e §§; art. 216, inciso V e §§ 1º, 3º e 4º; art. 225; art. 231; art. 232; e, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, os artigos 43, 44 e parágrafos (BRASIL, 1988, p. 1).

2.1 Princípio do ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental da pessoa humana

Esse princípio é reconhecido pela Conferência das Nações sobre o Ambiente Humano de 1972, ratificado pela Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992 e pela Carta da Terra de 1997, posteriormente conquistou seu espaço na Constituição Federal 1988, no seu art. 225, *caput*.

Princípio da Natureza pública da proteção ambiental (art. 225, *caput*, da CF/88): esse princípio é tratado como o princípio geral, de direito público, da primazia do interesse público sobre o particular, e também, com o princípio do direito administrativo da indisponibilidade do interesse público (BRASIL, 1988).

Decorre da previsão constitucional que consagra o meio ambiente ecologicamente equilibrado como bem de uso comum do povo incumbindo ao Poder Público e à sociedade sua preservação e sua proteção.

2.2 Princípio do usuário-pagador

Resulta do poder público necessárias à manutenção, preservação e restauração dos recursos ambientais. A ação dos

órgãos e entidades públicas se concretiza através do exercício do seu poder de polícia administrativa. No Brasil, a primeira legislação a trazer este princípio foi a Política Nacional do Meio Ambiente, Lei 6938/81, quando em seu art. 4º, VII, instituiu: “à imposição, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos” (BRASIL, 1981).

Isso significa que o usuário dos recursos ambientais deve suportar o conjunto dos custos destinados a tornar possível a sua utilização; tem por objetivo fazer com que os custos não sejam suportados nem pelos Poderes Públicos, nem por terceiros. O uso indevido dos recursos naturais serão levamos ao agente que degradou, pois trata de uma ação punitiva. A razão desse princípio é pegar aqueles que se beneficiaram da deterioração e contribuíram para o resultado. Porém, é importante lembrar, que esse princípio não é uma punição e nem confere ao pagador o direito de poluir.

2.3 Princípio do poluidor-pagador ou princípio da responsabilidade

Para Édis Milaré (2004, p. 144) este princípio “se inspira na teoria econômica de que os custos sociais externos que acompanham o processo produtivo (o custo resultante dos danos ambientais) precisam ser internalizados”. Resumindo, o poluidor é obrigado a restituir o dano ambiental causado, na maioria das vezes não se consegue recuperar de forma integral.

A Lei nº 6938/81, no art. 4º, VII, instituiu o princípio do poluidor-pagador em nosso ordenamento jurídico, instituindo a responsabilidade objetiva pelos danos ambientais, ao impor “ao poluidor e ao predador” a obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados, independentemente de culpa (BRASIL, 1981, p. 1).

A Constituição Federal foi além ao disposto, no § 3º do art. 225, que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação

de reparar os danos causados” (BRASIL, 1988, p. 1). Podendo a pessoa, jurídica ou física, responder ainda penal e administrativamente pelos danos causados.

2.4 Princípio da precaução e prevenção

Os princípios da precaução e da prevenção têm em comum o fato de sustentarem ações de proteção ao meio ambiente destinadas a evitar danos ambientais. No entanto, na aplicação das normas de direito ambiental, a doutrina costuma distinguir os princípios da precaução e da prevenção.

A função preventiva do Poder Público por meio do licenciamento ambiental não é uma faculdade, mas sim um dever-poder, eis que a nossa Constituição adotou o princípio da prevenção no *caput*, do art. 225 ao preceituar o dever do Poder Público de proteger e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações (BRASIL, 1988).

Essa função preventiva atribuída aos Estados foi expressamente enunciada no princípio 15, da Declaração de Princípios da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro em 1992. Veja-se o que diz o mencionado princípio:

Para proteger o meio ambiente, medidas de precaução devem ser largamente aplicadas pelos Estados, segundo as suas capacidades. Em caso de risco de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não deve servir de pretexto para procrastinar a adoção de medidas visando a prevenir a degradação do meio ambiente (VARELLA; PLATIAU, 2004, p. 23).

O princípio da precaução foi formulado pelos gregos e significa ter cuidado e estar ciente. Precaução relaciona-se com a associação respeitosa e funcional do homem com a natureza. Trata das ações antecipatórias para proteger a saúde das pessoas e dos ecossistemas.

Winter (apud MACHADO, 2016, p. 42):

Se os perigos são geralmente proibidos, o mesmo não acontece com os riscos. Os riscos não podem ser excluídos, porque sempre permanece a probabilidade de um dano menor. Os riscos podem ser minimizados. Se a legislação proíbe ações perigosas, mas possibilita a mitigação dos riscos, aplicando o princípio da precaução, o qual requer a redução da extensão, da frequência ou da incerteza do dano.

Prevenir tem o significado de agir antecipadamente, para que haja essa ação antecipada, é preciso informação, o conhecimento do que se quer prevenir. Sem informação organizada e sem pesquisa não há prevenção.

O meio ambiente que vivemos é um patrimônio social, onde podemos ter garantia de uma vida saudável.

Hoje o homem vem percebendo que os recursos naturais são esgotáveis, pois antes disso não havia essa vertente. Tem que haver um equilíbrio com o meio, caso contrário a humanidade estará ameaçada com os níveis de degradação que atinge em nível global.

Tendo em vista, uma superação da ideia capitalista individualista: a ideia do lucro a qualquer preço.

Essa evolução social resulta em uma preservação onde nos leva a pensar: somos todos responsáveis em nossa sociedade:

Nesta responsabilidade social está sendo tratada dessa nossa obrigação em relação ao meio em que vivemos nos remete a proteger, para garantir um futuro com mais qualidade para as próximas gerações.

O meio ambiente, sendo intitulado como patrimônio social, é de todos a responsabilidade do direito de usar de modo responsável, sendo proibido a degradação, visando a saúde para a presente e também futuras gerações. Nem mesmo o Poder Público pode dispor dos bens ambientais, muito menos destruí-los, sem qualquer fundamentação.

Está superado os conceitos capitalistas e socialistas predadores, onde o homem agia de modo irresponsável, visando interesse individual intitulado de capitalismo selvagem e do poder Estatal a qualquer preço chamado de socialismo totalitário, não sendo levado em consideração a importância de uma relação equilibrada de homem e natureza.

Este descontrole predador resultou numa irresponsável degradação da qualidade de vida, em todas as esferas populacionais, com maior enfoque na população menos favorecidas, de baixa renda, não tirando os ricos desse prejuízo, longe disso, mas os pobres vivem em áreas mais poluídas, onde há enchentes.

O homem chegou a um pensamento comum: se preservar o meio ambiente poderá utilizar de forma satisfatória os recursos nele dispostos, sem acabar e ganhando qualidade de vida (MARTINS, 2016, p. 1).

Temos o dever de preservar o meio ambiente também para as futuras gerações, nossos filhos e netos ter o prazer que usufruir de um meio mais saudável e prazeroso.

Para Nogueira (2006, p. 1):

Além da garantia da sobrevivência dos seres vivos, a preservação do meio ambiente é rentável sob o ponto de vista econômico, preservado, ele nós proporcionara frutos para o homem e a coletividade, ou seja, precisamos do desenvolvimento sustentável, ao invés do “progresso predador”.

Em face às questões ambientais, é possível afirmar que, a gestão ambiental se conceitua pelo processo de gerir ou administrar o meio ambiente e os recursos naturais.

De fato, segundo Sabbagh (2011, p. 58), ao reforçar este conceito afirma que, a visão e o estudo do meio ambiente não podem ser feitos separadamente ou isoladamente dos recursos naturais, visto que se entende por meio ambiente “o conjunto de condições, leis, influências e intervenções de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”. Isso

porque existem conceitos da gestão ambiental como sendo a gestão dos recursos ambientais, que por sua vez se refere apenas a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, aos estuários, ao mar territorial, ao solo ao subsolo e aos elementos da biosfera, à fauna e à flora.

De acordo com Quintas (2006, p. 33), a gestão ambiental corresponde ao ordenamento dos recursos ambientais, através de ações físicas, econômicas, investimentos, providências institucionais e jurídicas com o objetivo de manter ou recuperar a qualidade de vida do meio ambiente e promover o desenvolvimento sustentável.

A questão ambiental resumidamente apresenta-se como o resultado das ações humanas sobre o meio ambiente, constituindo a relação do homem com a natureza, ou ainda, pelas formas que a sociedade ao longo dos tempos se relaciona com o meio físico-natural. Esta relação se torna indissociável devido ao ser humano ser parte integrante da natureza e do meio social, por consequência, necessitando do meio natural para se sustentar. O fato é que a maneira de utilização dos recursos naturais pelo homem é que causou ou ainda causa as alterações do meio ambiente.

Para Quintas (2006, p. 35):

A compreensão da questão ambiental vai além do que diz respeito à relação homem-natureza, apesar de ser um fator de grande relevância, mas para uma análise completa e compreensão de sua complexidade deve ser levado em consideração a construção do conhecimento sobre esta relação efetivada sob a compreensão dos procedimentos que ocorrem na sociedade, representando a chave do entendimento da problemática ambiental situada na cultura.

Historicamente, a problemática ambiental que hoje, mais que nunca, afeta o Planeta Terra, segundo vários estudiosos, historiadores e ambientalistas teve origem logo após a II Guerra Mundial, acontecimento que deixou grandes prejuízos à civilização, sobretudo pela emissão das bombas atômicas em Hiroshima e

Nagasaki, em 1945, sendo uma das maiores tragédias que abalou todo o universo.

Além disso, verifica-se que, ao longo das décadas de 50 e 60 houve o crescimento desenfreado da produção industrial, a chamada “Revolução Industrial” que causou grandes desastres ambientais em todo o mundo, principalmente, pela emissão em grande quantidade de gases poluentes pelas máquinas a vapor e pelo crescimento populacional exagerado, sobretudo, nos grandes centros urbanos.

Nesta época, a poluição atmosférica e das águas doces e salgadas devido aos resíduos químicos, sólidos e líquidos despejados nos rios e mares afetou várias cidades como foi o caso da poluição atmosférica na Inglaterra que matou milhares de pessoas em 1952 e a poluição de mercúrio em Minamata, no Japão, a partir 1956, que causou danos fisiológicos e morte de muitas pessoas por anos depois.

Em conformidade com entendimento defendido por Dias (2002, p. 54):

Verifica-se que, “nos anos 60, a poluição atmosférica no Japão, causada pelo mercúrio despejado por indústrias químicas na Baía de Minamata, chegou ao ponto de obrigar às pessoas a utilizar distribuidores automáticos de ar puro e as crianças nasceram cegas, mudas e deformadas”.

O fato é que nos anos 60, os métodos de produção industriais criados com a intenção de facilitar a vida do homem acabaram por prejudicar a natureza de forma brutal usando-a sem nenhum respeito. Assim, em decorrência da atuação exagerada do homem sobre a natureza e sem preocupação com o meio ambiente, foram surgindo grandes problemas entre os quais se destacam a poluição atmosférica devido à queima de produtos químicos resultando na emissão dos gases tóxicos que contribuem para o aquecimento global e a poluição hídrica devido aos resíduos químicos industriais jogados nas águas, por exemplo.

Cabe enfatizar que uma das grandes causas da desordem ambiental em todo o mundo foi o aumento da população com concentração nos polos industriais nas grandes cidades, que por sua vez, por não deterem de estruturas que comportasse o contingente populacional com todas as suas demandas sociais, econômicas e culturais, sobretudo, desencadeou uma série de problemas ambientais como o aumento do lixo doméstico e industrial, escassez de água, principalmente, água potável, perda da biodiversidade devido às queimadas e o desmatamento, dentre outros.

Confirmando este cenário, a Coordenação de Educação Ambiental (BRASIL, 1998, p.24), coloca que:

[...] de fato, o crescimento populacional das cidades provocado, principalmente, pelo êxodo rural contribuiu significativamente para o aumento dos problemas ambientais e conseqüentemente a perda da qualidade de vida, tanto do meio rural quanto da cidade.

Dando ênfase a esta questão, ainda Gonçalves e Sader (2004, p. 84) diz que o crescimento das populações em aglomerados urbano-periféricos, não só aumenta exponencialmente a demanda por matéria e energia, mas, sobretudo, são alteradas completamente a relação espaço-temporal dos ciclos biogeoquímicos. Porém, ligado a isso, existe uma série de componentes de injustiça ambiental subjacente ao atual padrão de poder mundial, como revela a análise da Pegada Ecológica. Por exemplo, a Pegada Ecológica, do período de 1970 e 1996, analisou o crescimento mundial com um aumento de 11 bilhões de hectares, correspondente a um aumento de 45%. Mas a média de hectares do mundo permaneceu em torno de 2,85 hectares per capita, acompanhando, assim, o crescimento geográfico do planeta.

Segundo a Coordenação de Educação Ambiental (BRASIL, 1998), também nos anos 80, o mundo viveu momentos angustiantes dado a desastres causados por indústrias, como por exemplo, em 1984, com o grave vazamento de gás venenoso na indústria química de Bhopal, na Índia, que matou mais de duas mil pessoas e o

acidente nuclear de 1986, em Chernobyl, Ucrânia, onde morreram milhares de pessoas e outras afetadas pela radioatividade, até nos países vizinhos. Esses fatos contribuíram para a elaboração do Relatório de Rundtland intitulado “Nosso Futuro Comum” contendo uma avaliação da situação ambiental do mundo e propondo estratégias para superar tais problemas. Este relatório apresentado à ONU, em 1987, provava que a crise ambiental, a de desenvolvimento e a energética tinham interligação, e assim se formavam uma única crise que afetava todo o planeta.

Os problemas mais graves apontados foram: o esgotamento dos lençóis subterrâneos, o aumento da população, da pobreza, da poluição do ar, da água, da proliferação de produtos químicos tóxicos e de rejeitos perigosos como aqueles resultantes das práticas agrícolas e das indústrias, além da erosão.

Diante da dramática situação, este documento propôs como forma de resolução a promoção do desenvolvimento sustentável, a reorganização social e com redirecionamento do desenvolvimento tecnológico, sendo que para isso, toda a humanidade teria que mudar radicalmente seu estilo de vida, sobretudo com relação ao consumo. “As mudanças que desejamos nas atitudes humanas dependem de uma campanha educação, debates e participação pública – afirma o relatório” (CZAPSKI, 1998, p. 41).

O referido relatório enfatiza a emergência de se buscar a efetivação de uma educação e conscientização ambiental envolvendo toda a sociedade juntamente as organizações públicas e de Estado.

Dentro de uma visão global do problema ambiental, segundo Czapski (1998, p. 51):

O escritor e ecologista Genebaldo Freire Dias, em um dos seus trabalhos, fez uma esquematização dos problemas ambientais mais importantes da atualidade, dando, porém, destaque àqueles “sócioecossistemas urbanos”, considerados os mais “estressantes”.

Nesta análise, vem enfatizado o cenário – cidade – meio rural, e o cenário por traz do desenvolvimento caracterizado por ele, como

desenvolvimento “insustentável”, onde tudo está baseado no binômio “produção–consumo”, no qual a natureza é vista como um supermercado gratuito, com reposição infinita de estoque. Vejamos.

Devido ao modelo de desenvolvimento econômico ‘insustentável’, aumentam as dificuldades no meio rural. Aí, as famílias migram do campo para as cidades, que concentram cada vez mais habitantes. Só que as cidades não comportam tanta gente e ocorre uma sobrecarga em serviços públicos nas áreas de segurança, lazer, transporte, educação e proteção ambiental. O resultado final é a poluição, o desemprego, a violência, a inadaptação, o aumento do índice de doenças, o estresse. Em outras palavras, a perda da qualidade de vida e a redução da qualidade da experiência humana. Neste modelo de desenvolvimento ‘insustentável’, ‘os recursos naturais são utilizados sem nenhum critério’ e ‘a produção crescente precisa ser consumida’. A mídia é usada para estimular este consumo, tornando-se ‘especialista em criar necessidades desnecessárias’, o que faz com que muitas pessoas fiquem ‘amarguradas ao desejarem ardentemente algo que faz com que não podem comprar, e que viviam muito bem sem aquilo’. Portanto, de um lado o consumo do ‘supermercado da natureza’ (matérias primas, água, energia elétrica, etc.) gera a destruição de habitats naturais, afetando mecanismos que sustentam a vida na Terra. De outro, ocorre a perda da qualidade de vida, por causa da poluição e de condições inadequadas de moradia (DIAS *apud* CZAPSKI 1998, p. 22-23).

O último relatório do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente – PNUMA (GEO-5) sobre *O Futuro do Meio Ambiente* publicado em 2012, afirma que:

A situação ambiental no Planeta ainda é muito grave, e, requer medidas urgentes, sobretudo, por parte dos governos, visto que as metas estabelecidas internacionalmente para preservação do meio ambiente poucas tiveram avanços significativos nos últimos cinco anos (ONU, 2012, p. 1).

Enquanto no Brasil, os problemas mais graves da atualidade são aqueles relacionados às práticas agropecuárias predatórias, como o extrativismo vegetal e a má gestão dos resíduos.

Conseqüentemente, ocorre a perda da biodiversidade por decorrência do desmatamento e das queimadas; degradação e esgotamento dos solos devido às técnicas de produção; escassez da água pelo mau uso e gerenciamento das bacias hidrográficas; contaminação dos corpos hídricos por esgoto sanitário; e poluição do ar nos grandes centros urbanos, principalmente devido a queima de combustíveis fósseis (carvão mineral e derivados do petróleo), além do lixo, outro fator preocupante tanto na zona urbana quanto na rural devido aos resíduos sólidos de várias natureza abrangendo os de origem doméstica, industrial, de serviços de saúde, bem como aqueles decorrentes das atividades agropecuárias e agroindustriais como fertilizantes e corretivos, laticínios, curtumes e frigoríficos.

Após a explanação da questão ambiental de forma global e nacional demonstra que de fato, na medida em que passam os anos esta situação se agrava ainda mais e compromete a vida do planeta. O modelo de desenvolvimento alienador e consumista permanece na atualidade, e de maneira exagerada e irracional, deixando, conseqüentemente sempre mais distante o almejado desenvolvimento sustentável, caso não haja intervenções necessárias e mudanças de forma ética e consciente nos padrões de vida da atual sociedade.

Afirmando esse pensamento o Instituto Ethos (2006, p. 22) diz que:

A humanidade se encaminha para um beco sem saída. Daqui a cem anos não haverá no planeta recursos para alimentar e aquecer todos os seres humanos. A continuar no atual ritmo de exploração do planeta, em um século não haverá fontes de água, nem reservas de ar puro, nem terras para agricultura em quantidade suficiente para a preservação da vida. Mesmo na situação atual em que metade da humanidade está abaixo da linha da pobreza, já se consome de 20% a 30% além do que a Terra consegue renovar.

Diante disso, e em face às questões ambientais apresentadas, torna-se possível afirmar que, a gestão ambiental se relaciona ao processo de gerir ou administrar o meio ambiente e os recursos naturais, sendo a humanidade a principal responsável pela própria preservação e sobrevivência da espécie através de práticas de cuidado com o meio ambiente.

3. Incentivos fiscais e meio ambiente

A tributação ambiental tem por objetivo, orientar as ações dos contribuintes a fim de estimular a preservação do meio natural e a economia, garantindo que estes estejam em conformidade com os fundamentos constitucionais no que se refere à proteção dos recursos naturais de modo sustentável, ao invés de apenas punir os agentes por seus deslizes e irregularidades (NIEHUES, Evandria 2014)

A Lei nº 5.106/66 permitiu que fosse abatido dos rendimentos do Imposto de Renda(IR), imposto previsto constitucionalmente, aqueles investimentos que fossem realizados em áreas para reflorestamento. Além disso, também permitiu que pessoas jurídicas abatessem até metade do valor a ser recolhido na mesma atividade de florestamento.

No tocante aos impostos de importação e exportação, que tem clara característica extrafiscal, controlando a entrada e saída de produtos no mercado brasileiro, aumentando a alíquota para aqueles produtos com maior capacidade poluidora.

Outro importante incentivo fiscal ocorre com o Imposto de produtos industrializados (IPI) tem previsão para a variação de alíquota para aqueles produtos que obtiverem políticas ambientais eficazes, sendo recomendado ecologicamente.

O imposto sobre veículo automotor, prevê em alguns Estados a possibilidade de desconto para aqueles veículos que possuam mecanismos que diminuam seus impactos na poluição atmosférica.

O imposto sobre operações relativas à Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação, é um imposto estadual sob Administração Estadual Brasileiro, ou seja, somente os governos dos Estados e do Distrito Federal têm competência para instituí-lo (conforme o art. 155, II, da Constituição Federal de 1988).

O artigo 158, inciso IV da Constituição, ao tratar da “Repartição das Receitas Tributárias”, rege que pertence aos municípios: “vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação”.

A possibilidade do estado criar o ICMS Ecológico dá-se mediante consideração do critério ambiental no momento de calcular a participação de cada um dos municípios na repartição dos valores arrecadados. Ou seja, o nome “ICMS Ecológico” advém da possibilidade de estipular critérios ambientais para uma parcela desse $\frac{1}{4}$ dos 25% a que fazem jus os municípios, conforme previsto na Constituição Federal.

Para o cálculo do ICMS, deve-se considerar diversos fatores, como estado origem-destino, produto, empresa, cliente, etc. O controle da arrecadação do ICMS se caracteriza conforme o enquadramento das empresas em Simples Nacional, Lucro Presumido e Lucro Real.

O ICMS Ecológico é um importante instrumento de conservação do meio ambiente, adotado em alguns estados brasileiros, que privilegia a manutenção de biomas. Esse imposto foi reconhecido por diversas entidades e organismos como um instrumento de incentivo à conservação, chegando, inclusive, a receber premiação internacional. Em 1995, foi considerado pela União Internacional para a Conservação da Natureza e dos Recursos Naturais – IUCN, uma das sete experiências exitosas, para a conservação da biodiversidade, na América Latina e no Caribe, pós Rio-92. Em 1996, foi considerado pela Fundação Getúlio Vargas, uma das cem experiências mais importantes

em administração pública no Brasil. Ainda no mesmo ano, foi considerada pelo Ministério do Meio Ambiente, uma das cem experiências exitosas em gestão ambiental para o desenvolvimento sustentável, na Rio + 5.

ICMS Ecológico é uma de suas fundamentais ferramentas no Brasil. É importante ressaltar que ICMS Ecológico, não é um novo imposto, mas sim uma inovação em relação ao método empregado na repartição das receitas obtidas com a arrecadação do ICMS, ou seja, a sua adoção não gera qualquer despesa para o contribuinte, ocorre apenas uma nova divisão de despesas.

Os seguintes estados brasileiros instituíram o ICMS Ecológico: Paraná (1989), São Paulo (1993), Minas Gerais (1995), Amapá (1996), Rio Grande do Sul (1997), Rondônia (1997), Mato Grosso do Sul (2000), Pernambuco (2000), Mato Grosso (2000), Tocantins (2002), Acre (2004), Rio de Janeiro (2007), Ceará (2007) e Pará (2012).

Uma importante relação é a não criação de novo tributo. Estamos diante apenas de novos critérios que levam em conta questões ambientais para a repartição da receita que seria arrecadada normalmente.

Assim, alguns estados criaram leis específicas que regulam a repartição de uma fração do percentual disponível, definindo critérios ambientais, como a existência de áreas de preservação, manejo adequado do lixo ou a preservação de mananciais hídricos como indicadores socioambientais determinantes no cálculo das parcelas do ICMS a serem repassadas aos municípios, dando origem ao chamado ICMS Ecológico.

Considerações finais

Analisando a ótica de consumo e vivência do ser humano, poucos abririam mão do conforto pessoal. Se pararmos um pouco para pensar, concluiremos que o estilo de vida compromete a preservação dos recursos naturais. Observando os diversos objetos,

pode-se refletir ao longo caminho percorrido pela natureza e o impacto com a retirada para a confecção dos produtos e manutenção do perfil atual de vida e de consumo.

O desenvolvimento sustentável é de suma importância para manutenção dos recursos naturais em benefício da sociedade, contrariando à ideia irresponsável do desenvolvimento do predador e outras formas de vida.

Sendo assim, é necessária uma contrapartida governamental para fomentar a preservação ambiental que consubstancia em incentivos fiscais. Os incentivos são constituídos de isenções, imunidades, alíquotas zero ou reduzidas, redução na base de cálculo, bonificações, reduções, subsídios, subvenções etc, que não somente se dão pela abstenção da exigência de tributos, com a diminuição dos encargos tributários, como também com as melhorias despesa e da receita.

No Brasil a tributação ambiental e os incentivos fiscais já estão sendo utilizados para proteger o meio ambiente em todas as suas formas, em âmbito federal estadual e municipal, por meio de todos os tipos de tributo. Contudo, nota-se ainda a preponderância do caráter arrecadatório e a incompatibilidade do sistema atual com os novos parâmetros de incentivo e precaução, sendo necessária a realização de reformas constitucionais e tributárias para o alcance de tal propósito.

Dentre os diversos incentivos fiscais o ICMS ecológico é considerado o mais eficaz e o mais específico para a conservação ambiental. O ICMS Ecológico, também conhecido como ICMS verde ou socioambiental, cria condições ao estímulo do pró-ativismo dos municípios em defesa das causas ambientais.

O ICMS Ecológico pode servir como um instrumento de estímulo à conservação da biodiversidade, quando ele compensa o município pelas Áreas Protegidas já existentes e também quando incentiva a criação de novas Áreas Protegidas, já que considera o percentual que os municípios possuem de áreas de conservação em seus territórios. Entretanto, é importante destacar que, de forma

geral, o critério ambiental refletido no ICMS Ecológico é mais amplo, e abarca, além das Áreas Protegidas outros fatores, como a gestão de resíduos sólidos, o tratamento de esgoto e outros determinados de acordo com cada lei estadual.

Com a conscientização, a atividade industrial e comercial tem que diminuindo o impacto ambiental e recursos naturais. Desta forma, há preocupação e necessidade do setor industrial e produtivo adequar-se a uma postura responsável para evitar ou minimizar os danos ambientais, inclusive com o fim da cultura do desperdício: os três “erres”: Reduzir, Reutilizar e Reciclar.

Referências

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 nov. 2018.

_____. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm. Acesso em: 19 dez. 2018.

_____. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm. Acesso em: 19 dez. 2018.

_____. Ministério da Educação. **Consumo sustentável: manual de educação**. Brasília: Consumers International/ MMA/ MEC/IDEC, 2005. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/dmdocuments/publicacao8.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2018.

_____. **Procedimentos para a elaboração do Plano de Gestão Ambiental Rural – PGAR, no âmbito GESTAR**. Brasília: MMA, 2006.

_____. IPHAN. Declaração de Estocolmo. 1972. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/portal/baixaFcdAnexo.do?id=243>>. Acesso em: 23 jan. 2019.

BROWN, Laster R. **Precalculus**. New York: W. W. Norton and Co., 1985.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO (CMMAD). **Nosso futuro comum**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991.

CZAPSKI, Silvia. **A implantação da educação ambiental no Brasil**. Brasília: Ministro da Educação e do Desporto, 1998.

DIAS, G. F. **Educação ambiental: princípios e práticas**. São Paulo: Gaia, 2002.

ETHOS. **Indicadores Ethos de responsabilidade social empresarial 2006**. São Paulo: Instituto Ethos, 2006.

GONÇALVES, Carlos Porto; SADER, E. **O desafio ambiental**. Rio de Janeiro: Record, 2004.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MARTINS, Adriano de Oliveira. **A educação sustentável do consumidor e os efeitos do consumo exacerbado no mundo capitalista**. 2016. Disponível em: <http://www.univem.edu.br/jornal/materia.php?id=340>. Acesso em: 22 fev. 2019.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

NIEHUES, Evandria Mondardo, SORATO, Kátia Aurora Dalla Líbera, YAMAGUCHI, Cristina Keiko. Incentivos Fiscais Concedidos Empresas que Visam a Proteção do Meio Ambiente. In: IV Seminário de Ciências Sociais Aplicadas, Criciúma, 2014. p.9 Disponível em: <
<http://periodicos.unesc.net/seminariocsa/article/viewFile/1522/1447>>
Acesso em: 09 jan. 2018

NOGUEIRA, Carmen Patrícia Coelho. **Importância do meio ambiente para uma sadia qualidade de vida**. 2006. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2006-jan-04/importancia_meio_ambiente_qualidade_vida. Acesso em: 02 fev. 2019.

ONU. **Declaração do Rio/92**. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2019.

_____. **Geo 5: panorama ambiental global**.2012. Disponível em: www.portalodm.com.br/dnfile/.../pdf/.../1/geo-5---panorama-ambiental-global.pdf. Acesso em: 24 jan. 2019.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Instituições de direito ambiental**. São Paulo: Max Limonad, 2002. (v.1).

SABBAGH, R. B. **Gestão ambiental**. São Paulo: Secretaria do Meio Ambiente, 2011.

SOUZA, Roosevelt Fideles. **Uma experiência em educação ambiental: formação de valores socioambientais**. 2003. 125 f. Dissertação (Mestrado) - PUC-Rio.

TRENNEPOHL, Terence Dornelles. **Incentivos fiscais no direito ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2018.

TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. **Tributação ambiental: a utilização de instrumentos econômicos e fiscais na implementação do direito ao meio ambiente saudável**. Rio de Janeiro: Renovar, 2016.

VARELLA, M.D.; PLATIAU, A.F.B. **Princípio da precaução**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

Implementação dos direitos sociais pelo Estado

*Rida-Silda Cruz e Silva*¹

*Gíllian Santana de Carvalho Mendes*²

1 Introdução

Neste artigo serão demonstradas as implementações dos direitos sociais pelo Estado, numa visão crítica, tendo como referencial o neoconstitucionalismo fenômeno este, paradigma das diversas mutações no direito brasileiro, para Campuzano é como se neoconstitucionalismo fosse, o mesmo que o ponto frágil e como se fosse o final da história, dá a impressão de que o neoconstitucionalismo é o final do pensamento jurídico e o pensamento jurídico não está terminando, em seu caminho que há a quem recorrer porque é um caminho que não terminará nunca entre a humanidade, porque o constitucionalismo hoje está liderando uma batalha que é verdadeiramente colossal, e constitui um autêntico desafio para a nacionalidade jurídica, através do direitos humanos, direitos fundamentais e controles das políticas públicas, direitos fundamentais no estado constitucional democrático.

A busca por essas inquietações se fará através de pesquisas bibliográficas em livros e em endereços eletrônicos, tendo como

¹Graduada pela FATEPI (2014) Pós- graduada em direito civil e processo civil pela FAR (2017) Pós-graduanda em Direito Constitucional pela Universidade Estadual do Piauí -UESPI.

² Doutoranda em Direito e Políticas Públicas pela UNICEUB; Mestre em Direito Constitucional pela UFC; Professora da UESPI e do Centro Universitário UNINOVAFAP; E-mail: gillian.santana@hotmail.com.

embasamento os principais teóricos: Barcellos (2011), Moraes (2002), Olsen (2008), Sarlet (2012), Silva (2016).

A temática deste artigo será tratada da seguinte maneira; primeiramente visará desenvolver os direitos sociais; em segundo plano a reserva do possível e o princípio da proporcionalidade; em terceiro momento serão tratados os atos do estado com relação aos direitos sociais desenvolvidos.

Com isso espera-se demonstrar a deficiência do Estado junto as suas funções sociais, logo o estado deve assumir a responsabilidade diante de seus indivíduos, além da obrigação para a formação de uma sociedade que tenha condições de se manter por um longo tempo.

Exemplificando faz-se aludir que assistência médica e farmacêutica são garantidos pelo estado a todos os brasileiros, mesmo não sendo contribuinte, com fundamentação legal no art. 194 caput e parágrafo único da CF/88, forças policiais que se subdivide em cinco, juntas visam garantir a segurança e proteger em manutenção da ordem, fundamentado no art.144 da CF/88, e as escolas públicas que desenvolve e prepara o cidadão para o exercício da cidadania, logo é o primeiro espaço de convívio em sociedade, disposto art. 205 da CF/88, o Estado veio para tutelar e proteger o ser humano, destacando como centro do ordenamento constitucional a Constituição Federal de 1988 permitindo assim que o Estado atinja com eficiência uma ampla proteção.

As fundamentações em jurisprudências do Brasil, a cláusula da reserva do possível, considerada como uma restrição aos direitos sociais e fundamentais, apresentando a compreensão de que estes direitos necessitam de recursos públicos para serem efetivados, dessa forma, supõem-se que não pode o Estado garantir e/ou efetivar todas as demandas que surgirem.

A teoria da reserva do possível mostra-se no direito com uma condição de determinar a prática do Estado no contexto da execução de direitos sociais e fundamentais, distanciando o direito constitucional de interesse privado e acatando pelo direito da

maioria. O fato do conceito da reserva do possível não ter sido aceita na doutrina, se deu devido as mais diversificadas interpretações exigidas pela temática sendo corroborado por Barcellos (2002 *apud* GOMES, 2011,p.210) que aponta a dificuldade de se conceituar reserva do possível, não existindo unanimidade acerca de sua natureza.

A teoria da reserva do possível no direito alemão originou-se com base na análise do artigo 12, §1º, da Lei Fundamental, em 18 de julho de 1972. Tendo sua origem e desenvolvendo-se na Alemanha a reserva do possível e o Tribunal Constitucional Alemão, com o passar do tempo, reconheceu a obrigação de precauções e situações mínimas a serem oferecidas pelo Estado Alemão, no sentido de assegurar e resguardar a dignidade da pessoa humana, atingindo como refere Figueiredo e Sarlet (2010, p. 21), “no reconhecimento definitivo do *status* constitucional da garantia estatal do mínimo existencial”.

Diante do exposto, o trabalho de pesquisa aborda o tema: “Implementação dos direitos sociais pelo Estado”, busca-se responder ao seguinte problema: De que forma a cláusula da reserva do possível pode prejudicar a garantia dos direitos sociais e fundamentais da pessoa humana?

Levantando a hipótese de que existe restrição aos direitos sociais e fundamentais e que, a cláusula da reserva do possível afeta a dignidade da pessoa humana. Por conseguinte, elegeu-se objetivo geral, analisar a prejudicialidade das garantias dos direitos sociais e fundamentais a partir da cláusula da reserva do possível. E como objetivos específicos, analisar a reserva do possível e o princípio da proporcionalidade como uma prerrogativa para a falta de recursos financeiros do Estado na implementação dos direitos sociais; Entender como a reserva do possível pode representar a violação dos direitos sociais e fundamentais e a demolição do sistema jurídico pátrio.

Justifica-se a escolha do tema no fato de sentir a necessidade de um estudo mais aprofundado sobre o tema, tendo em vista a

questão ser muito comentada no meio jurídico brasileiro sendo merecedora de debates, discussão a respeito, também porque na concepção, a reserva do possível acaba por dificultar a vida dos cidadãos, prejudicando os direitos sociais conquistados ao longo dos anos, sendo garantidos pela Constituição Federal, ferindo assim a dignidade da pessoa humana.

No desenvolvimento deste estudo sob o método indutivo, será realizada uma pesquisa bibliográfica com abordagem qualitativa, onde será feita a leitura de livros, revistas, artigos e publicações que corroboram para a sua elaboração.

2 Dos direitos sociais

A primeira Constituição do Brasil a regularizar os direitos sociais associando-os num título sobre a ordem econômica social foi a de 1934, apesar de vigorar por tão pouco tempo, prevalecendo num agitado contexto histórico retratou com bastante empenho as pretensões por um sistema jurídico enraizado nos direitos sociais e econômico, principalmente o direito do trabalho. No entanto, em 1988 aparece o centro do ordenamento jurídico a CF/88 com descendente da exposição histórica que fora colecionada estipulando com certa eficiência uma extensa relação de direitos fundamentais de segunda dimensão especialmente o art. 6º mencionando a educação, saúde, moradia, lazer, trabalho, segurança, proteção a maternidade, proteção social etc.

Os Direitos Sociais objetivam garantir um equilíbrio das desigualdades parciais entre as pessoas, que embora pertençam as mesmas sociedades complexas apresentam privilégios fazendo-os serem reconhecidos como pertencentes iguais de uma mesma composição política.

Os Direitos Sociais tem como finalidade garantir aos indivíduos as condições materiais julgadas como fundamentais para o bem estar dos seus direitos. E assim passam a requisitar do Estado uma intervenção na ordem social objetivando garantir que os

critérios de justiça sejam iguais, apresentando uma despesa mais ou menos alta, e conseguindo sua realização a um extenso prazo.

Para Moraes (2002, p.202):

Os Direitos Sociais são fundamentais do homem, caracterizam--se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito. Conforme Moraes, os Direitos Sociais tem por finalidade a melhoria das condições de vida dos hipossuficientes, objetivando à concretização da igualdade social, sendo consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.

Bonavides (2012, p.596), esclarece que a Constituição Federal (1988) impôs os direitos e garantias individuais, cujos recebem uma suprema proteção, proibindo ao poder constituinte derivado a introdução de emenda que venha a suprimi-los. Essa proteção se consolida igualmente com dispositivo idêntico tocante à separação de poderes, sem a qual não há liberdade e menos direitos humanos debaixo da proteção constitucional.

Silva (2010, p. 467) afirma ser direitos fundamentais os direitos sociais e que os mesmos só tem a sua finalidade cumprida a partir da plena eficiência ou seja, se as normas que os exprimem apresentarem efetividade.

Constata-se pela história que a responsabilidade de acatar aos direitos sociais proferiu ao Estado brasileiro a ampliação dos serviços públicos, principalmente a partir dos anos vinte para cá. Atualmente, embora permaneça a notável expansão, continua valendo a discussão sobre até que ponto o Estado tem o direito de atender os direitos sociais ou apenas sustentar sua busca.

Na percepção de Sarlet (2008, p. 28), os direitos sociais relacionam-se com as noções de mínimo existencial na medida em que este serve como parâmetro de verificação dos padrões mínimos de direitos que devem ser oferecidos pelo Estado. Acrescenta ainda, que os direitos sociais se encontram amparados pelo princípio da dignidade humana.

Silva (2016) afirma, como extensão dos direitos fundamentais do homem, os direitos sociais pendem a realizar a firmeza de acontecimentos sociais desiguais. Sendo então prestações positivas estatais, apresentadas em normas constitucionais, que promovem melhores condições de vida aos menos favorecidos. São, portanto, direitos que apresentam conexão com o direito de igualdade.

O direito de igualdade consagrado como fundamental individual da Constituição Federal (caput do art.5º) na sua idéia tradicional constitucionalmente, indica que todos devem ser tratados igualmente sem, distinção de qualquer natureza perante a lei, tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente. Todavia, o princípio da igualdade real ou igualdade material enfatiza que deve ser destinado um tratamento de forma desigual aos indivíduos que se apresentam em condições desiguais, na medida e proporção de suas desigualdades.

Os direitos sociais atuam como estimativa da satisfação dos direitos individuais na proporção em que possibilita condições materiais mais favoráveis a conquista da igualdade real, o que por sua vez, garante situação mais adaptável com o funcionamento concreto da liberdade.

Pessoa (2011) assevera que os direitos sociais objetivam a qualidade de vida das pessoas, contudo, mesmo estando interligados considera-se indispensável distinguir e evidenciar as diferenças entre direitos individuais e sociais. O autor ainda destaca o artigo 6º da Constituição Federal de 1988 cujo faz referência de forma geral aos direitos sociais por primazia, tais como ao trabalho, ao lazer, a saúde entre outros, CF/1988.

Contudo os direitos sociais, como extensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, emitidas em normas constitucionais, que proporcionam melhores condições de vida aos menos favorecidos, direitos que parecem possibilitar a igualdade de situações sociais heterogêneas, são, portanto, direitos que se juntam ao direito de igualdade. Enquanto os direitos individuais, como o

direito das liberdades individuais com o direito de expressão, conforme inciso IV – (é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato), conforme o artigo 5º da Constituição Federal 1988

O artigo 5º da CF/88, trata de características fundamentais à pessoa humana. Apresenta valor maior de abrangência no que diz respeito à proteção à pessoa humana, surge portanto a impressão de ser considerado o valor máximo a ser tutelado, sem apresentar inclinação do âmbito público ou privado. Antecipa condições de vida, sem discriminação relacionada a sexo, raça, cor, idade. Defende a integridade moral e o direito à indenização caso o indivíduo venha a sofrer algum tipo de humilhação que possa agredir a sua moral.

Pessoa (2011) reforça que os direitos sociais são considerados como estimativas do gozo dos direitos individuais na proporção em que apresentam condições materiais mais benéficas ao aferimento da igualdade real, o que, por sua vez, possibilita condição mais conciliável com o exercício satisfatório da liberdade. Para o autor, os direitos sociais na sua grande maioria apresentam dependência da atuação do Estado, motivo pelo qual grande parte dessas normas tem sua eficiência restrita.

3 A reserva do possível

Na literatura clássica era comum a sociedade se conformar com a desculpa de que o Estado não possui dinheiro para prover todos os direitos, ele teria que fazer escolhas entre o que era primordial. E este, também, era o entendimento dos Tribunais Superiores. Portanto, o Estado, fazia a seu bel prazer políticas públicas, conforme seu momento histórico e as pessoas tinham que se conformarem com as políticas exercidas, sem que pudessem interpor seus direitos subjetivos (FONTE, 2015,p.136).

Para Costa e Oliveira, a doutrina clássica ainda continua vigente, e o Estado continua sem planejamento e não observando os seus deveres quanto ao cumprimento dos seus deveres quanto aos

direitos fundamentais e sociais do cidadão brasileiro: “A teoria da reserva do possível tem sido compreendida como restrição ao cumprimento de Direitos Fundamentais Sociais em face da falta de capacidade jurídica do Estado em apresentar os recursos para a concretização do Direito” (COSTA; OLIVEIRA, 2011, p. 7).

Mas, o que é reserva do possível? O conceito pode ser interpretado como a possibilidade ou não de limitar a garantia de direitos, que em regra são direitos sociais, os quais o Estado tem a obrigação de oferecer, tais como o direito à educação, a saúde etc. O termo conduz ao questionamento a respeito da possibilidade do Estado se desobrigar desta responsabilidade com a desculpa de não possuir recursos financeiros suficientes para cumprir a referida assistência.

[...] a frase reserva do possível busca reconhecer o fenômeno econômico da demarcação dos recursos disponíveis na frente das necessidades quase sempre determinadas a serem por eles abastecidas. Dessa forma, a reserva do possível quer dizer, além das discussões jurídicas sobre o que se pode solicitar judicialmente do Estado - e em último caso da sociedade, tendo em vista ser a mesma que o sustenta -, faz-se importante lembrar a existência de um limite de possibilidades materiais para esses direitos (BARCELLOS, 2008, p. 261).

Para Sarlet (2009) a reserva do possível contempla em verdade, condição de limite fático e jurídico dos direitos fundamentais, sendo capaz de atuar, em algumas situações como acolhimento dos direitos fundamentais, merecendo ser destacado como exemplo, na suposição de desentendimento de direitos, referindo-se a invocação - constatado sempre os critérios da proporcionalidade e da preservação do mínimo básico em relação a todos os direitos- do desimpedimento de recursos visando o interesse, adotando medidas de proteção ao núcleo indispensável de outro direito fundamental.

Os direitos sociais não apenas estão amparados pelo princípio da dignidade humana como também fazem referências com as

noções de mínimo existencial na medida em que este serve como parâmetro de verificação dos padrões mínimos de direitos que devem ser oferecidos pelo Estado (SARLET, 2008, p.28).

Os direitos fundamentais estão assentados por um regime jurídico qualificado, tendo forte proteção da Constituição Federal/1988. Nesse sentido, não há um amplo poder de interferência e arbitrariedade do poder público estando os direitos fundamentais em evidência. Percebe-se limites constitucionalmente impostos, cuja finalidade de garantir a sua máxima cobertura e concretização, como também existem meios que possibilite essa efetivação, como os denominados remédios constitucionais, tais como o *habeas corpus*, o *habeas data* e o *mandado de segurança* (SARLET, 2013).

Contudo, embora existindo dinheiro orçamentário para a parcial concretização de direitos fundamentais ainda não é suficiente para pôr em prática a que se destina. É notório, a dependência econômica de todos os direitos fundamentais, além da disponibilidade de verbas. Nesse caso, torna-se evidente que a falta desses recursos é responsável pela limitação da efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os de caráter prestacionais. Por outro lado, o Estado assume um compromisso para sua concretização diante da sociedade.

Sobre o princípio da proporcionalidade, Mendes (2017,p.216), afirma que se encontra em construção moderna desde o período Pós-Segunda Guerra Mundial, não possui sua justificação teórico-normativa uniforme até o momento. Parte da doutrina atribui sua razão de ser à consolidação dos ditos direitos fundamentais; outra parcela, na construção do Estado de Direito, com a consolidação do Poder de Polícia; ou até mesmo, defende-se o seu fundamento no direito não positivado.

O mesmo autor acrescenta que a experiência prática sucinta o entendimento que a proporcionalidade é utilizada como sustentáculo lógico da ordem jurídica posta. A Jurisprudência da Corte Constitucional Alemã, referência na construção do instituto,

cunhou o entendimento que o referido instituto é nascente tanto da construção do Estado de Direito, quanto da consolidação dos direitos fundamentais (MENDES, 2017).

Segundo Silva (2009, p.30) a concepção de proporcionalidade, construída em especial para ponderar os direitos fundamentais na seara constitucional, é atribuída às construções jurisprudenciais do Tribunal constitucional Alemão, formatadas a partir do período após a Segunda Guerra Mundial.

4 A reserva do possível como prerrogativa da implementação dos direitos sociais

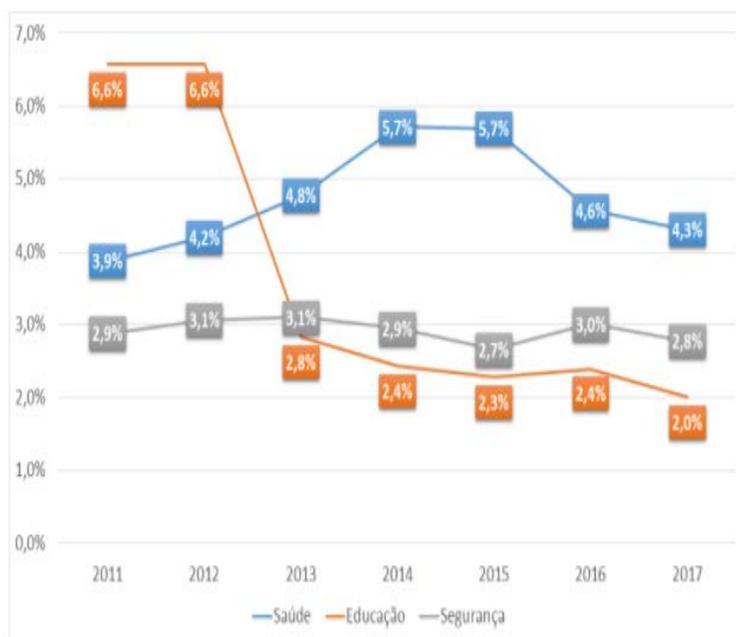
Os direitos sociais de cunho prestacional (direitos a prestações fáticas e jurídicas) estão, por sua vez, a disposição da liberdade e igualdade material, apresentando como finalidade em último exame, a proteção da pessoa contra as necessidades de ordem material, tendo a garantia de uma vivência com dignidade, constatação esta que, em linhas gerais, tem contribuído para fundamentar um direito fundamental (...) a um mínimo existencial, entendido aqui – não como um conjunto de prestações suficientes somente para garantir a existência (a garantia da vida) humana (aqui seria o caso de um mínimo vital) mas, mais que isso, uma vida com dignidade (...). (SARLET, 2010, p. 105-106).

Já quanto aos direitos sociais prestacionais, o autor aduz que a maior parte da doutrina defende a não existência da norma constitucional desprovida de eficiência, mesmo que sejam normas das programáticas. Compreende que as normas de direitos sociais, até mesmo as de caráter prestacional, necessitam em princípio, ser julgadas como favorecidas de total eficiência e, assim de direta aplicabilidade. Todavia isso não significa que sua eficiência e concretização serão as mesmas ou iguais (SARLET, 2012 p. 281). Para SARLET (ESA-PI, 2018), o termo da reserva do possível é a escassez fática onde o núcleo essencial se dá através do controle existencial, podendo analisar de forma que, o critério do mínimo

existencial ajuda a categoria dos Direitos Sociais. Reconhece também que o mínimo existencial não é só direito social como um todo. O argumento do mínimo vital está se relacionado com o direito à vida. Assim ele afirma que o Direito se confunde com seu núcleo essencial.

Acusada de ser utilizada pelo Estado como forma de não implementar os direitos sociais, não cumprindo as obrigações impostas pela Constituição, a reserva do possível só deverá ser aceita diante da comprovação da não existência de recursos financeiros para a concretização de deliberado fim.

A exemplo disto podemos observar o gráfico abaixo o descaso nas implementações do Estado do RJ.



Fonte: Portal da Transparência Estado RJ. Elaboração: FGV/DAPP

A Educação não se manteve e despencou a segurança não melhorou em nada, e a saúde teve uma melhora significativa, mas

não se manteve, pela falta de estrutura do Estado devido as corrupções. A Educação não se manteve e despencou a segurança não melhorou em nada, e a saúde teve uma melhora significativa, mas não se manteve.

A reserva do possível deve ser recusada pela sociedade, mediante sua apelação considerando a importância da realização dos direitos fundamentais sociais, cuja intenção seja a de retirar a obrigação de cumprimento dos referidos direitos pelo Estado, tendo em vista que a simples alegação da falta de recursos satisfatório para a efetivação dos direitos, não é o bastante para ser aceito, tendo que ser comprovado a veracidade da mesma.

A falta de credibilidade dos órgãos públicos por parte da sociedade civil, mediante o não cumprimento dos direitos fundamentais ocorre devido a atual situação em que se encontra as políticas públicas do país, onde se observa sua insuficiência no atendimento as necessidades básicas da população. O planejamento ineficiente do uso das verbas estatais, seus constantes desvios (LIMA, 2017) demonstra o verdadeiro descaso para com a efetivação dos direitos sociais.

Tem sido alvo de muitas críticas a cláusula da reserva do possível. Tendo em vista a existência de pessoas que entendem que a justificativa apresentada pelo Estado referente à ausência do compromisso financeiro não é aceitável, uma vez que cabe àquele efetivar os direitos sociais, principalmente os impostos na própria Constituição. Contudo, existem aqueles que concordam que a justificativa apresentada pelo Estado possa ser aceita em algumas situações (OLSEM, 2008), devido a possibilidade de recursos estatais serem limitados, no entanto, as solicitações dos indivíduos não têm limites, devendo ser compatíveis com os recursos existentes (LIMA, 2017).

Olsen (2008 ,p.59) na sua visão, aduz que “a reserva do possível estaria ligada diretamente com a questão financeira e disponibilidade de recursos. Voltando-se muito mais para a problemática orçamentária”

Dessa forma, observa-se um impasse quanto à aceitação da reserva do possível pelos doutrinadores embora seja mais criticada do que aceita, deve ressaltar-se novamente que alguns doutrinadores, como Torres (2009) e Olsen (2008) consideram a hipótese de que sendo os recursos do Estado limitados, serão sempre escassos se comparados com as exigências e necessidades da população.

Torres (2009, p.110) faz severas críticas quanto a nomenclatura resistente em usar a expressão “desimpedimento financeira” “para complementar assim a carência de verba orçamentária como a de dinheiro”. O direito a mínimo fundamental.

Barcellos (2011, p.210) divide a reserva do possível em fática e jurídica. Segundo ela, a reserva do possível fática estaria relacionada à existência de recursos, enquanto a reserva do possível jurídica faz referência à previsão orçamentária para a despesa. Para a autora, “a expressão reserva do possível procura reconhecer o acontecimento econômico da demarcação dos recursos a disposição conforme as necessidades quase sempre incalculáveis a serem por eles supridas”.

Lembrando a existência de direitos e situações específicas às quais não se admite que o Estado se recuse em favorecer, mediante alegação da falta de recursos públicos ou mesmo de outros interesses públicos (MATTA, 2006), já que, acumulados os recursos orçamentários aguardados em cada caso concreto e avançada a necessária atenção entre os princípios e interesses compreendidos não se deverá deixar de assistir a uma parcela dos direitos fundamentais básicos do cidadão, o que se acertou denominar de “mínimo existencial”.

A reserva do possível somente poderia ter mais valor em relação ao mínimo existencial no caso de comprovada total impossibilidade fática, em outras palavras, a total ausência de recursos, mas cederia mediante a falta de previsão orçamentária. Sobre este assunto, Kelbert (2011,p.103) se manifestou afirmando ao colocar que “a fundamentação do mínimo existencial no direito

brasileiro abraçou à tradição Alemã respaldando essa ideia do direito à vida e principalmente na dignidade da pessoa humana”.

A exemplo disto temos o descumprimento de políticas públicas definidas em sede constitucional, disposto no Supremo Tribunal Federal-STF, em sede de Recurso Extraordinário, cuja decisão do STF foi a determinação do atendimento em creche e em pré-escola, de criança até cinco anos de idade matriculadas no Município de São Paulo próximas às suas residências ou trabalho de seus responsáveis. O acórdão traz em seu texto que o processo de educação básica em creche e acesso à pré-escola deve ser concretizado, não é ação discricionária pela Administração Pública, é dever Constitucional outorgado pelo art. 208, IV da CF. E mesmo que os demais poderes Legislativo e Executivo não formulem políticas públicas neste sentido, às partes ainda podem se socorrer do Poder Judiciário, mesmo que excepcionalmente, a questão é pertinente à reserva do possível, diz o acórdão (STF, ARE 639337. Rel. Min. Celso de Mello).

Observa-se, portanto, que o agravo apresentado supra, o Rel. Min, Celso de Melo, dispõe que a Constituição Federal assegura as crianças para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola, cabendo portanto ao Estado a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das crianças até 5 (cinco) anos de idade.

5 Considerações finais

Após o estudo, concluiu-se que a implementação dos direitos sociais pelo Estado não tem sido efetivado da forma como determinou a Constituição Federal do Brasil de 1988, em razão do pouco investimento na educação, na saúde, no lazer e em outros setores.

Não se nega o fato de que para fazer o direito acontecer existem custos que são implementados pelo Estado. Entretanto, é no texto constitucional, norteado por diversos princípios e normas de ordem pública, quem traz os direitos fundamentais e as garantias individuais de cada cidadão, garantias estas, protegidas como "cláusulas pétreas", e que são prioridades. A Constituição Federal, em uma República Federativa, diante da sua supremacia, por estar acima de qualquer lei ou ato normativo, é o local adequado para positivar normas assecuratórias dessas pretensões, com máxima efetividade e força vinculativa perante as demais normas infraconstitucionais.

A pesquisa constatou que a reserva do possível pode até limitar o cumprimento dos direitos sociais garantidos Constitucionalmente, tendo em vista a dependência de fatores econômicos do Estado, fazendo com que o mesmo possa limitar a efetivação dos direitos de cunho prestacionais. Todavia, há necessidade de ser comprovado a veracidade da escassez de recursos, não sendo suficiente apenas a afirmação da mesma.

Diante das dificuldades que o Brasil tem enfrentado nos últimos tempos, principalmente relacionado a corrupção, onde os administradores públicos são culpados pela péssima gestão, desviando o dinheiro para seu próprio benefício provocando um verdadeiro caos na saúde, educação e outros setores, fica difícil acreditar na implementação efetiva dos direitos sociais. Entretanto, diferentemente, do passado, este é o entendimento, na atualidade, dos Tribunais Brasileiros. Podendo, portanto, aqueles que se sentirem lesados recorrem ao judiciário para exercerem seus direitos subjetivos.

Portanto, pode-se afirmar que a reserva do possível representa uma desculpa do Estado para limitar as garantias aos direitos sociais e fundamentais garantidos pela Constituição Federal de 1988, no entanto, resta ao cidadão brasileiro buscar judicialmente para que suas necessidades básicas sejam atendidas e o Estado possa adequar seus custos aos mesmos.

Referências

ARE 639337 AGR/ SÃO PAULO/AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO,
Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 20 de ago.2018.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais:** o princípio da dignidade da pessoa humana. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

_____. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais:** o princípio da dignidade da pessoa humana. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 27 ed. atualizada – São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

_____. **Do Estado Liberal ao Estado Social.** São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucao_compilado.htm> Acesso em: 20 de ago.2018.

CAMPUZANO, Alfonso Júlio. **Congresso internacional,30 anos de constituição e direitos sociais. Desafios e Perspectivas,** TRT 22^o, Teresina –PI,29 de novembro 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** Coimbra: Edições Almedina,2011.

COSTA, Jamille Coutinho; OLIVEIRA, Kátia Cristine Costa de. **Direito à saúde:** da (in)efetividade das políticas públicas à sua judicialização como forma de garantir o mínimo existencial. Revista de Direito Brasileira, vol, 1,n. 201, Jul - Dez / 2011.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais,** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

LIMA, Sabrina Santos. **A aplicabilidade da reserva do possível no direito brasileiro frente à jurisprudência do supremo tribunal federal**. XIII Seminário Nacional. Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea. (2017). Disponível em: <<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index>> Acesso em: 21 de mai. 2018.

MATTA, Marco Antonio Sevidanes. Interpretação constitucional dos Direitos Sociais. Revista **Consultor Jurídico**. São Paulo (SP), 16 agosto 2006, p.6. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2006-ago-16/interpretacao_constitucional_direitos_sociais?pagina=6>. Acesso em 20 de mar de 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MINAYO, Maria Cecília de Souza (org.). **Pesquisa Social. Teoria, método e criatividade**. 18 ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008.

PESSOA, Eudes Andre. A Constituição Federal e os Direitos Sociais Básicos ao Cidadão Brasileiro. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 89, jun 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?nlink=revista_artigos_leitura&artigo_id=9623> Acesso em: 22 de mar de 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional- Temas atuais e polêmicos de Teoria, Eficácia e Efetividade dos Direitos Sociais**. ESA-TERESINA -PI 19 e 20 DE Abril ,2018

_____. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11. ed. Livraria do Advogado editora. 2012.

_____; TIMM, Luciano B. (Org.). **Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do Possível e direito à saúde**: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos Fundamentais, Orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*.v.91,n.798,p.23-50,abr.2002. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/indx.php/rdu/article/viewFile/1495/1179>> Acesso em 19 ago.2018.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

Violação dos direitos da mulher face à supremacia masculina: problemática antiga e contexto atual

*Maria do Perpétuo Socorro Carvalho Alves e Silva*¹
*Auricelia do Nascimento Melo*²

1 Introdução

A violação ao direito da mulher, seja ele nato ou positivado, não se trata de uma novel realidade, é contumaz as mulheres se vêm diante de conflitos e desrespeito à sua dignidade, integridade psíquica e física.

A história da humanidade tem sido marcada por uma grande disparidade de valores entre homens e mulheres, questões como o patriarcado, a exclusão social, a desigualdade econômica, racial e cultural, onde as mulheres são inferiorizadas, estereotipadas, discriminadas violentadas e mortas, integram o rol de toda uma gama de violações por elas sofridas por décadas e que apesar de leis e políticas públicas, apenas crescem de forma alarmante.

São fatos recorrentes e com raízes na origem das civilizações. Foram diversos os fatores importantes para a criação da identidade subalterna feminina, passando por Aristóteles, reforçado pelos

¹ Especialista em Direito Constitucional(UESPI), Bacharel em Direito pela UNINOVAFAPI.

² Doutora em Direito Constitucional(UNIFOR), Mestre em Direito Constitucional(UNIFOR), Especialista em Direito Previdenciário e Docência do Ensino Superior. Professora Adjunta da Universidade Estadual do Piauí, Centro Universitário UNINOVAFAPI e CESVALE. Advogada inscrita na OAB-PI. Professora de Cursos de Pós Graduação.

teólogos da Idade Média, pelo colonialismo, se estendendo a cada cultura, a cada geração em um multiculturalismo onde a posição da mulher é sempre de um ser inferior ao homem e que a ele deve-se subjugar.

A mulher foi estereotipada, caracterizada pela fragilidade, passividade, incapacidade, atribuído a ela a maternidade, a obrigação de servir e a subjugação diante da figura masculina. Submetida a todos os tipos de violações e humilhações ao longo do tempo. Portanto, a escolha desse tema deu-se pela crescente onda de violações, discriminações, violência doméstica e principalmente assassinatos ocorridos contra as mulheres, especialmente no Brasil, diante de um quadro tão grave de abusos, preconceitos, intolerância, insegurança e sofrimentos suportados pelas mulheres vítimas de discriminação de gênero, crimes sexuais, violência doméstica e assassinatos motivados pelo único fato de serem mulheres, seja por pessoas alheias ao seu convívio diário, ou e principalmente cônjuges ou companheiros.

O presente artigo pretende analisar, compreender e esclarecer o tema que de longe é algo novo, no entanto um dos mais atuais nas esferas de segurança e saúde pública do País relativo às mulheres, que hoje apresenta um grande avanço na questão legislativa, entretanto, ineficaz no tocante à garantia dos direitos conquistados por elas ao longo da sua jornada em busca de valorização e reconhecimento, na hipótese de por fim às lacunas existentes nos planos almejados pela legislação, das ações do Estado e de órgãos de proteção ao direito da mulher, para que se obtenham no plano material e fático iniciativas que auxiliem e contribuam efetivamente para coibir as violações sofridas durante séculos pelas mulheres, com esclarecimentos fundados na Constituição Federal, Tratados internacionais e todos os diplomas que cuidam dos direitos da mulher.

A pesquisa foi realizada por método dedutivo, com abordagem qualitativa e descritiva. Para realização desse trabalho, utilizou-se de uma pesquisa exploratório-bibliográfica, baseando-se em contribuições teóricas, ou seja, estudos secundários, de

renomados autores publicados em livros, pesquisas, revistas, artigos, jornais específicos, dentre outros, com abordagem feita através do método dedutivo, analisando a princípio o alcance do tema de uma forma geral e, posteriormente, as questões específicas.

Tendo em vista que os direitos à vida e à dignidade humana são protegidos e resguardados na Constituição Federal, ao apresentar posicionamentos e abordagens relativos às violências, buscou-se um enfoque na violação desses direitos concernentes às mulheres, que sofrem abusos e agressões de forma contumaz por parte de seus maridos ou companheiros e se deparam com acontecimentos traumáticos e chocantes que as levam muitas vezes à morte.

Portanto, o trabalho abordará a violência doméstica, enfatizando os números de mulheres que sofrem esse tipo de agressão no Brasil, trará enfoque sobre a violência sexual igualmente sofrida por elas, apresentará considerações acerca do feminicídio e a alarmante contumácia de casos no Brasil, bem como analisará as políticas e ações do Estado para coibir as violações decorrentes das relações interpessoais e supremacia masculina e discorrerá sobre possíveis ações que tragam eficácia aos direitos garantidos na legislação pátria e tratados internacionais sobre a proteção dos direitos da mulher.

2 Violência doméstica

Ainda que não seja um evento novo, a violência doméstica é um problema ainda enfrentado por inúmeras mulheres. Na maioria das vezes as agressões são praticadas pelo próprio parceiro íntimo. Segundo estudo da Organização Mundial da Saúde (Novembro/2018) é um problema generalizado de saúde pública nas Américas, variando entre países da região a prevalência da violência física ou sexual. De acordo com o estudo, esse tipo de violência afeta 14% das mulheres com idade entre 15 e 49 anos em algum momento de suas vidas, enquanto em outros pode afetar mais de 60% da população feminina, no Brasil estima-se que cinco mulheres são espancadas a cada dois

minutos, sendo o parceiro (marido, namorado ou ex) o responsável por mais de 80% dos casos, segundo a pesquisa Mulheres Brasileiras nos Espaços Públicos e Privados (FPA/SESC, 2010).

Os dados são extremamente impactantes, todavia, devido a valores culturais machistas e sexistas tal gravidade não é reconhecida, ou a desigualdade atribuída a homens contribuem para que suportem em silêncio tais violações por medo de represálias de seus agressores.

De acordo com 12º Anuário da Violência (201), grande parte dos homens que agredem suas parceiras justifica atribuindo a elas a culpa e ainda sentem-se injustiçados, acham-se no direito de controlar a mulher: o que fazem, como se vestem, aonde vão. São agressores que culturalmente sentem-se superiores e autorizados a dominar, a seus próprios critérios, a vida de suas esposas, filhas e companheiras.

Vários são os fatores que podem desencadear uma crise de agressão e violência, na pesquisa Multipaíses da OMS (2002) sobre violência a respeito de parceiro íntimo, são elencados fatores de diversas esferas que contribuem para maior risco de ocorrência de eventos de violência, quais sejam: ordenação de gênero, fatores culturais, fatores econômicos, violência na infância, falta de sanções, disparadores situacionais e patriarcais, dentre outros. Todavia, a violência doméstica não escolhe idade, raça, escolaridade ou classe social. Todas as mulheres sejam ricas ou pobres, brancas ou negras, da cidade ou do campo, culta ou inculta, estão sujeitas à violência perpetrada por homens diante de um histórico cultural e social onde os homens consideram-se possuidores de direitos sobre a vida e escolhas destas mulheres.

Não obstante tratem-se na maioria das vezes de ocorrências dentro das relações de foro íntimo e ainda segundo a pesquisa Tolerância Social à Violência Contra as Mulheres (IPEA, 2014), 63% dos entrevistados coadunarem em parte ou totalmente, que casos de violência doméstica devem ser discutidos apenas pelos membros da família e entre o casal, esses casos são problemas de toda a sociedade, portanto, uma responsabilidade de todos, deste modo,

omitir-se diante de uma agressão aos direitos das mulheres, também é uma maneira de praticar violência.

3 Violência sexual

A mulher é submetida a várias formas de violação aos seus direitos em decorrência da supremacia masculina culturalmente cultivada, uma recorrente é a violência sexual, que trazem consequências graves e devastadoras, efeitos físicos como: doenças sexualmente transmissíveis, infecções e psíquicos: como depressão, síndrome do pânico, tentativa de suicídio, danos que afetam mulheres de todas as idades no Brasil e no mundo. De acordo com pesquisas realizadas pelo Instituto de Pesquisa Patrícia Galvão (2013), relatórios da OMS - Organização Mundial de Saúde, a violência sexual é um problema de saúde pública e de âmbito global.

No Brasil a violência sexual tem atingido proporções gigantescas, só no Estado do Rio de Janeiro, segundo o Dossiê Mulher 2018, dos 4.926 casos de estupro 84,7% são de mulheres, tentativa de estupro 90,1%, assédio sexual 97,7%, importunação ofensiva ao pudor 92,1% e ato obsceno 78,2%.

Cada mulher vitimada tem maculada sua dignidade por um ato violento, onde a mulher é submetida ao regime da dominação e tem suas entranhas marcadas para o resto de suas vidas.

Esse tipo de violência não ocorre apenas fora do âmbito familiar, ao contrário, o agressor segundo registros do SINAN/2011 (Instituto Patrícia Galvão, 2013), em 89% dos casos são parceiros, amigos ou conhecidos da vítima.

Sobre o estupro cometido pelo parceiro íntimo, muitas vítimas não reconhecem como tal, pois na cultura brasileira há o entendimento de que a mulher deve servir ao marido.

No contexto das relações afetivas, inclusive em relações como namoro ou casamento, dificulta o levantamento dos dados da violência por falta de denúncia das vítimas, que sentem medo e não confiam na efetiva proteção do Estado.

4 Femicídio

De todas as violações contra os direitos da mulher, a etapa final, o último desfecho da dominação masculina como expressão máxima de posse, controle, subjugação, tolhimento de sua dignidade, instância final, onde pela estrutura patriarcal o homem detém o poder de vida e de morte sobre os corpos femininos e o ápice da violência do homem sobre a mulher que a leva à morte: o feminicídio, que segundo Vasquez (2009), é a morte violenta de mulheres pela condição de ser mulher. Conforme estudo realizado Brasil pela Secretaria de Reforma do Judiciário (2015), na análise de 34 processos judiciais oriundos de estados como Bahia, Mato Grosso, Minas Gerais, Pará, Paraná, município de Santo André e região metropolitana de São Paulo, estudo motivado pela morte de 34 mulheres e a conclusão da pesquisa foi que os assassinatos se deram por causas diversas, quais sejam: inconformidade do companheiro com o término do relacionamento, reação violenta ao fato da companheira ter utilizado gás de cozinha adquirido com recurso financeiro do assassino, menosprezo da vítima com relação à virilidade do assassino, infidelidade por parte da mulher, discussões e ofensas, a vítima ter permitido que um homem entrasse em casa na ausência do marido.

No Piauí, segundo Vila (2014), no período de 2003 a 2013 mais da metade dos assassinatos de mulheres foram tipificados como feminicídio (59,52%), com prevalência no interior do estado (80%), porém, Teresina ocupa o primeiro o lugar no *ranking* dos 224 municípios piauienses com 10 casos.

Em sua maioria os assassinatos são motivados por ciúmes, inconformismo com o término do relacionamento (Machado, 2016) e sentimento de posse em relação à vítima, que temem seus parceiros íntimos, sentem-se inseguras para denunciar, têm medo de represálias e de serem mortas, muitas também suportam a violência pelos filhos ou por dependência financeira, outras por dependência emocional, o fato é que se torna extremamente difícil a autoridade

policial constatar em tempo hábil o risco que essas mulheres correm, pelo fato de se tratar de relacionamento de cunho pessoal.

De acordo com Marques apud Caputi e Russel (2015), elencam três tipos de feminicídio, quais sejam: íntimo, aquele em que a morte é causada por homens com que a vítima tinha ou teve relações de intimidade ou convivência, familiares ou de amizade; o não íntimo, quando o autor do assassinato não tem nenhuma relação com a vítima; por conexão, diz respeito ao assassinato de mulheres que saíram em defesa de outras mulheres e acabaram assassinadas.

Conquanto o enfoque seja os acontecimentos ocorridos no Brasil, é imperioso mencionar um marco para discussões sobre as questões do feminicídio na América Latina: o caso da Ciudad de Juárez no México, onde desde o início dos anos 1990 do século XX, passaram a ocorrer várias denúncias de assassinatos de mulheres na localidade, e onde haviam relatos de ocorrência de violência sexual, tortura, desaparecimentos e assassinatos, que se repetiam e os casos não eram solucionados, resultando em impunidade e omissão do Estado. (Passinato, 2011).

Segundo Marques, apud Lagarde (2012), a ONU (Organizações de Direitos Humanos Internacionais) direcionaram mais de cinquenta recomendações internacionais durante dez anos ao México, para exigir que o governo esclarecesse os casos de feminicídio em Ciudad de Juárez e garantisse justiça para os familiares das vítimas.

O Sistema de proteção de Direitos Humanos da América Latina teve uma repercussão bastante significativa dos casos da Ciudad de Juárez, e conta com um Sistema Regional de Proteção de Direitos Humanos, a OEA (Organização dos Estados Americanos) e um sistema universal implantado pela ONU, tais sistemas produziam tratados, acordos e convenções internacionais compreendendo os direitos humanos das mulheres (Machado, 2015). Inclusive com relação aos tratados da OEA, voltados para os direitos humanos das mulheres o Brasil está vinculado às suas convenções.

No Brasil é preocupante a quantidade de feminicídio cometido pelo parceiro íntimo no âmbito doméstico e familiar, nesse contexto é extrema a dificuldade de o Estado produzir ações efetivas para coibir o avanço das estatísticas, considerando que os fatos ocorrem dentro da seara dos relacionamentos pessoais. O que piora ainda mais o quadro é a forma cruel que os algozes utilizam-se para dar cabo à vida de suas vítimas. As estupram, fazem sexo de todas as formas, martelam seus crânios, atiram à queima roupa, desferem inúmeras facadas com requintes de ódio, desfiguram seus rostos, culminando numa verdadeira barbárie.

Conforme o Mapa da Violência 2015 (Cebela/Flacso), o Brasil está entre os países com maiores índices de homicídios femininos, ocupando a quinta posição em um ranking de 83 países. Somente em 2013 o número de assassinatos de mulheres registrados no Brasil foi de 4.762 assassinatos. O Mapa mostra ainda que a taxa de assassinatos de mulheres negras aumentou 54% em 10 anos. Porém, a violência contra a mulher é sistêmica e não se limita à classe social, financeira, racial ou cultural. Tem raiz misógina, patriarcal, machista, racista e atinge as mulheres de todas as classes sociais e raciais.

5 Ações de proteção ao direito da mulher

Grandes foram os avanços obtidos com relação à proteção da mulher nas últimas décadas: a ratificação da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, considerada um marco no enfrentamento à violência contra as mulheres, a promulgação da Lei 11.340 (lei Maria da Penha), Lei que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Convém destacar alguns artigos desta lei, quais sejam:

Art. 2^º Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

Art. 3^º Serão asseguradas às mulheres as condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

§ 1^º O poder público desenvolverá políticas que visem garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares no sentido de resguardá-las de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A Lei nº 13.104/2015 – Lei do Femicídio altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1^º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos.

Uma alteração decorrente do fato de ser um crime de discriminação, cometido contra mulher pelo fato de ser mulher. Oriunda de uma cultura machista, patriarcal, de inferioridade, submissão, subserviência, onde o homem exerce autoridade máxima sobre estas mulheres.

De acordo com o Dossiê Violência Contra as Mulheres do Instituto Patricia Galvão (2013), por medo ou constrangimento a maioria das mulheres que sofrem agressões não registra queixa, em decorrência disso, a Norma Técnica: Atenção Humanizada ao Abortamento, lançada em 2005 pelo Ministério da Saúde, desobriga a mulher vítima de estupro apresentar um Boletim de Ocorrência (BO) para dispor do direito de atendimento na rede de saúde, com o objetivo de que essa mulher vítima de violência sexual, é trazê-la

em primeiro lugar para o ambiente e saúde sem encaminhá-la prioritariamente a um órgão policial.

Sobre o dever de informar, a Lei nº 10.778 de 24 de Novembro de 2003 estabelece a notificação compulsória no território nacional, no caso de violência contra a mulher que for atendida em serviços de saúde públicos ou privados. Prelecionado por seu art. 3º, essa lei determina que “a notificação compulsória dos casos de violência, tem caráter sigiloso, obrigando nesse sentido as autoridades sanitárias que a tenham recebido”. Preconiza ainda que “a identificação da vítima de violência somente poderá efetivar-se, em caráter excepcional, em caso de risco à comunidade ou à vítima, a juízo da autoridade sanitária e com conhecimento prévio da vítima ou do seu responsável”.

A lei 12.845/2013, segundo o Dossiê Violência Contra as Mulheres (2013), garante o atendimento obrigatório e imediato no Sistema Único de Saúde (SUS), por esta lei todos os hospitais da rede pública são obrigados a oferecer, de forma imediata, a chamada pílula do dia seguinte, medicação que evita a fecundação do óvulo em até 72 horas após a relação sexual. A lei também garante para as vítimas de estupro o direito a diagnóstico e tratamento de lesões no aparelho genital; amparo médico, psicológico e social; profilaxia de doenças sexualmente transmissíveis, realização de exames de HIV e acesso a informações sobre seus direitos legais e sobre serviços disponíveis na rede pública.

6 Considerações finais

Diante das informações obtidas nos materiais pesquisados, nos dados sobre a violência contra a mulher, especialmente no Brasil, infere-se que embora não se trate de práticas atuais, constitui um problema de grande proporção com reflexo não apenas na seara da Segurança Pública, mas com igual relevância no Sistema de Saúde do País.

Através da análise dos casos de violação aos direitos da mulher em decorrência da supremacia masculina, por meio da violência física e psicológica, constata-se sua origem em uma questão cultural, patriarcal, machista, misógina, onde desde cedo a mulher é estigmatizada, diminuída, submetida a um posição inferior ao homem e que a ele deve servir e se submeter aos mais diversos casos de abusos, discriminações, agressões, culminando no ápice de todas as violações que é a perda não apenas de sua dignidade, mas da própria vida.

Observa-se que há um avanço significativo em relação à legislação e ações para proteção dos direitos femininos, entretanto, não se mostram eficazes, tendo em vista a crescente onda de feminicídios ocorrida no País.

Não apenas a legislação, mas a estrutura policial, com agentes muitas vezes inaptos ou descomprometidos a lidar com tais casos. Outro ponto importante é a dificuldade que os agentes responsáveis têm de tomar conhecimento dos casos por se tratarem na grande maioria de relações íntimas e as agressões e assassinatos ocorrerem no domicílio das vítimas. Deste modo, entende-se de extrema dificuldade o Estado atuar de forma efetiva para evitar que mais mulheres sejam vítimas de seus parceiros íntimos, tanto por não ser fácil adentrar no âmbito domiciliar, quanto pela falta de denúncia das vítimas.

De fato, mesmo quando estas denunciam sentem-se inseguras, diante do fato da ocorrência de diversos casos que mesmo com medidas restritivas concedidas pelo judiciário, muitas mulheres terem sido assassinadas.

Aduz-se necessário maior empenho das autoridades responsáveis, na implementação não apenas de leis, mas principalmente de políticas públicas que sejam efetivas na prevenção e no combate à violência contra as mulheres, com melhoramentos nas estruturas dos órgãos de segurança pública, treinamento de policiais para o acolhimento das vítimas ao denunciarem seus agressores e principalmente se faz necessário a desconstrução dessa cultura

paternalista, misógina, discriminatória, subjugadora e cruel a que as mulheres têm sido submetidas durante décadas.

É necessário desconstruir a cultura do ódio, as leis são importantes, a atuação do Estado é importante, as políticas públicas também são, mas a responsabilidade é de toda sociedade, portanto, a efetiva proteção aos direitos femininos é dever não apenas do Estado, mas também dos homens enquanto cidadãos.

Referências

2018 Atlas **da Violência**. Disponível em <http://www.forumseguranca.org.br/wpcontent/uploads/2018/06/FBSP_Atlas_da_Violencia_2018_Relatorio.pdf. Acesso em 28.11.2018.

2018. **Dossiê Mulher**. Disponível em < http://arquivos.proderj.rj.gov.br/isp_imagens/uploads/DossieMulher2018.pdf. Acesso em 27.11.2018.

BRASIL, **Lei 10.778, de 24 de Novembro de 2003**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.778.htm. Acesso em 09.01.2019.

_____, **Lei 11.340, de 07 de Agosto de 2006**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acesso em 07.01.2019.

_____, **Lei 12.845 de 01 de Agosto de 2013**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12845.htm. Acesso em 17.02.2019.

_____, **Lei 13.104 de 09 de Março de 2015**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm. Acesso em 27.12.2018.

CAPUTI, Jane. RUSSEL, Diane. **Femicide: Speaking the Unspeakable**. In.: RUSSEL, Diana F.H. RADFORD, Jill. **Femicide: the politics of woman killing**. New York: Twayne Publishers, 1992. Disponível em [http://www.dianarussel.com/f/femicide\(small\).pdf](http://www.dianarussel.com/f/femicide(small).pdf). Acesso em 29 de outubro de 2015.

FOUCALT, Michael. **História da Sexualidade 3: o cuidado de si**. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985.

GALVÃO, Instituto Patrícia. **Violência em dados**. Disponível em <https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/violencia-em-dados/>. Acesso em 07.08.2018.

LAGARDE, Marcela. **Antropologia, feminismo y política: violencia feminina y derechos humanos de las mujeres**. In.: BULLEN, Margaret. MINTEGUI, Carmen Diez. (Coords) **Retos Teóricos y Nuevas Prácticas**. Universidad Autónoma de México (UNAM) 2012. Disponível em <http://www.ankulegi.org/wp-content/uploads/2012/03/0008Lagarde.pdf>>. Acesso em 29.10.2015.

MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. **A violência doméstica fatal: o problema do feminicídio íntimo no Brasil**. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2015. Disponível em http://www.pnud.org.br/arquivos/publicacao_femicidio.pdf. Acesso em 29 de outubro de 2015.

MARQUES, Clarice Gonçalves Pires. **Direito e feminilidade: crítica ao discurso jurídico colonial na lei do feminicídio**. [recurso eletrônico]/Clarice Pires Marques—Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2016. 177p.

MORAES, Rodrigo Ienaco de. **Crimes culturalmente motivados e violência sexual contra a mulher**—2. Ed.—Belo Horizonte: Editora D'plácido, 2018.

SÃO PAULO, Folha de. **Brasil registra 606 casos de violência doméstica e 164 estupros por dia**. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/08/brasil-registra-606-casos-de-violencia-domestica-e-164-estupros-por-dia.shtml>. Acesso em 29.12.2018.

VILLA, Eugênia Nogueira do Rêgo Monteiro. MACHADO Bruno Amaral, **O Mapa do feminicídio na polícia civil do Piauí: uma análise organizacional sistêmica**. Disponível em: <http://periodicos.unichristus.edu.br/index.php/opiniaojuridica/article/view/1478>. Acesso em 07.09.2018.

_____. **Gênero e biopoder: “a invenção” da violência contra a mulher no discurso policial e nas práticas das delegacias da mulher de Teresina-PI**. Disponível em < <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/4827>. Acesso em 09.10.2018.

Crime de apropriação indébita previdenciária: análise da lei nº 9.983 de 14 de julho de 2000 e as mitigações penais e jurisprudenciais

*Valdecir Conceição Oliveira Júnior*¹

*Auricélia do Nascimento Melo*²

1 Introdução

Previdência Social é um instituto do poder público que auxilia, através de seus benefícios, o bom funcionamento das instituições, uma vez que o país está cada vez mais “velho”. Anteriormente seus benefícios eram restritos a duas classes de trabalhadores, os eletricitistas e os ferroviários e com o tempo foram sendo estendidas as demais classes. Com isso o numero de contribuinte aumentou e junto com essa ampliação começaram a surgir às fraudes. E mesmo se precavendo das mais diversas formas a Previdência Social continua sendo alvo de fraudes constantes.

Nesse sentido, o legislador visando à redução ou até, quem sabe, o fim dos atos ilícitos que envolvem essa autarquia e com base em um dos princípios mais sólidos que regem a sistema

¹ Valdecir Conceição Oliveira Junior, Graduado no curso de Bacharel em Direito pela Faculdade Maurício de Nassau, Pós-graduado no curso de Direito e Processo do Trabalho pelo LFG-Parnaíba/PI e Pós-graduando no curso de Direito Constitucional pela Universidade Estadual do Piauí campus Teresina/PI.

² Doutora em Direito Constitucional(UNIFOR), Mestre em Direito Constitucional(UNIFOR), Especialista em Direito Previdenciário e Docência do Ensino Superior. Professora Adjunta da Universidade Estadual do Piauí, Centro Universitário UNINOVAFAPI e CESVALE. Advogada inscrita na OAB-PI. Professora de Cursos de Pós Graduação.

previdenciário, o da solidariedade, impôs sanções aos atos considerados lesivos ao bom funcionamento da previdência social.

Até chegar à lei nº 9.938/00 que trata dos crimes e infrações contra a previdência e que acrescentou ao Código Penal brasileiro os artigos 168-A, 313-A, 313-B, e 337-A, bem como inseriu ao já existente artigo 297 os §§ 3º e 4º houve uma série alterações por parte dos legisladores em algumas já existentes, mas que até então não eram suficientes e que ao longo do tempo foram sendo percebidas a necessidade de torná-las mais rígidas.

Para Sobrinho (2009) sonegação de contribuição previdenciária foi considerada mero ilícito administrativo até o advento da Lei 3.897, de 26.8.1960, a qual mandava aplicar as penas do crime de apropriação indébita tipificada no art. 168, do Código Penal.

A aplicação deste dispositivo foi estendida à sonegação do salário-família, por força do Decreto-Lei 66, de 21.11.1966. Em 27.12.1990, foi aprovada a Lei 8.137 que incluía os crimes previdenciários entre os crimes contra a ordem tributária. Posteriormente, a matéria foi disciplinada pela Lei de Custeio (8212, de 24.7.1991) que reduziu inclusive as penalidades.

Com as fraudes empregadas no âmbito da previdência os maiores prejudicados são, sem dúvida, os aposentados, que foram trabalhadores que deram parte de sua vida em prol de uma profissão e que na etapa final da vida merecem descanso e o reconhecimento de seu esforço por parte do poder público. No entanto, em alguns casos a própria previdência se ver obrigada a negar alguns benefícios ou até mesmo efetuar o cancelamento por conta de fraudes cometidas contra o sistema.

Com o aumento nos casos de fraudes contra a previdência social faz-se mister uma análise da lei nº 9.983/2000 na tentativa de mostrar para a sociedade os enormes danos causados ao sistema previdenciário e os grandes déficits nos cofres públicos.

Através dessas condutas descritas acima será feita uma análise do tema proposto na tentativa de fazer entender que certos

atos ilícitos podem trazer malefício tanto para a previdência social, como para a sociedade contribuinte, pois é através da sociedade que a máquina previdenciária funciona.

Nesse sentido, o presente tema tem como escopo apresentar um conceito acerca da Seguridade Social mencionando seus princípios norteadores que irão auxiliar o bom desempenho da máquina previdenciária, colocando em destaque o crime de apropriação indébita previdenciária. Também serão apontadas as punições que serão impostas aos que de forma ilícita prejudicar o sistema previdenciário, bem como apresentar que alguns julgados, súmulas e decisões dos tribunais superiores acerca do tema exposto.

2 Seguridade social

Para um entendimento mais específico acerca do exposto acima, faz-se mister a exposição de breves conceitos no que concerne a seguridade social e a previdência social, ambos presentes na Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, segue o que regulamenta o artigo 194 da CF/88:

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Com isso, a previdência social assim como os direitos à saúde e assistência social se estabelece dentro da seguridade social. Com o intuito didático, observa-se agora uma concisa análise trazida pela constituição acerca do se refere à saúde e a assistência.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (grifo nosso)

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social (...). (grifo nosso).

Doutrinariamente, o conceito de seguridade social pode ser observado como uma medida de segurança com o intuito de proteger pessoas humildes, os trabalhadores e seus dependentes, assegurando a eles condições de vida dignas, conforme preceitua o texto Constitucional. Diante do que foi dito acima, observa-se nas palavras de (IBRAHIM, 2011, p. 05) que:

A seguridade social pode ser conceituada como a rede protetiva formada pelo Estado e por particulares, com contribuições de todos, incluindo parte dos beneficiários dos direitos, no sentido de estabelecer ações para o sustento de pessoas carentes, trabalhadores em geral e seus dependentes, providenciando a manutenção de um padrão mínimo de vida digna. A intervenção estatal, na composição da seguridade social, é obrigatória, por meio de ação direta ou controle, a qual deve atender a toda e qualquer demanda referente ao bem-estar da pessoa humana.

Com essa concepção constata-se que a seguridade social surgiu com o intuito de proteger o trabalhador e de quem necessitar de proteção social. Sendo sua característica principal a solidariedade, uma vez que a seguridade é custeada pelo Estado e a sociedade Simone Fortes citada por (TOALDO e DUTRA, 2012) diz que:

A seguridade social deve garantir a proteção social, previdência social e o direito a saúde. A seguridade social deve apresentar-se quando o indivíduo não tiver condições de prover seu próprio sustento e de sua família, em razão de doença, invalidez, desemprego ou algum outro motivo que torne necessário a proteção social. A proteção social se dará através do pagamento de um benefício correspondente a sua contingência necessidade dentro de um limite estipulado, além de serviços de assistência a saúde.

Visto que a seguridade social traz em seu texto a proteção social em caráter solidário cabe ressaltar quem deve pagar essa “conta”, isto é, se de um lado tem-se a forma de arrecadação e a quem se destina, do outro deve haver quem custeia. Abrangendo os regimes básicos, sendo eles, Regime Geral e Regime Próprio, a previdência social aparece como seguro *sui generis*, ou seja, de filiação compulsória para os regimes citados e em decorrência da proteção social dever amparar seus beneficiários contra possíveis riscos.

Nesse sentido (IBRAHIM, 2011, p. 27) coloca que:

A previdência social e tradicionalmente definida como seguro *sui generis*, pois é de filiação compulsória para os regimes básicos (RGPS e RPPS), além de coletivo, contributivo e de organização estatal, amparando seus beneficiários contra os chamados *riscos sociais*. Já o regime complementar tem como características a autonomia frente aos regimes básicos e a facultatividade de ingresso, sendo igualmente contributivo, coletivo ou individual. O ingresso também poderá ser voluntário no RGPS para aqueles que não exercem atividade remunerada.

Seguindo o que foi mencionado, a Constituição Federal em seu artigo 201 determina que:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;

II - proteção à maternidade, especialmente à gestante;

III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;

IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.

(grifo nosso)

Referente ao que foi citado, para ter direito ao auxílio e proteção da previdência social é necessário ser segurado, isto é, contribuir para o custeio do sistema previdenciário.

Em resumo, a seguridade social, fundamentada no princípio da solidariedade, será subdividida, conforme a constituição, em direito a previdência, à saúde e assistência, sendo que a primeira, será devida só para quem contribuir, a segunda servirá pra todos, independentemente de contribuição e a terceira, apenas aos necessitados e conforme o segundo quesito será devido independentemente de contribuição.

2.1 Princípios

A seguridade social será regida por princípios objetivos, também conhecidos pela doutrina como princípios setoriais, isto é, aplicados apenas à seguridade social.

O Direito Previdenciário, como ramo didaticamente autônomo do Direito, possui princípios próprios, os quais norteiam a aplicação e a interpretação das regras constitucionais e legais relativas ao sistema protetivo. Alguns princípios são exclusivos da seguridade social, o que revela sua autonomia didática, enquanto outros são genéricos, aplicáveis a todos os ramos do Direito. (IBRAHIM, 2011, p. 62)

Nesse sentido, os três princípios basilares da seguridade social são: igualdade, legalidade e direito adquirido não se podendo esquecer o princípio primordial, o princípio da solidariedade.

No que concerne o princípio da igualdade trata-se de uma isonomia que a doutrina divide em formal e material. Na isonomia formal tem-se o caráter igualitário, isto é, tratar todos de forma igual e os desiguais de forma desigual na medida de suas desigualdades (assim defende Aristóteles). Na isonomia material surgem as

alíquotas que irão diferenciar a forma de custeio de cada segurado – assunto que será abordado mais a frente.

No princípio da legalidade entra em questão a constitucionalidade da criação de leis, aumento de contribuição, alíquotas e outras regras que envolvem não só o direito previdenciário, determinando que esse reajuste deverá ocorrer na forma da lei, uma vez que para a concessão dos benefícios previstos na seara previdenciária o segurado deverá estar enquadrado perfeitamente na regra legal concessiva deste.

Os princípios concernentes à manutenção da seguridade social encontram embasamento no parágrafo único do artigo 194 da Constituição Federal, senão vejamos:

Art. 194. (...)

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

I - universalidade da cobertura e do atendimento;

II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;

III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;

IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;

V - equidade na forma de participação no custeio;

VI - diversidade da base de financiamento;

VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

Como a base de todo o direito, os princípios, possuem força normativa e possuem a finalidade de orientar a correta interpretação do ordenamento jurídico. No direito previdenciário eles estão cerceados de força para que o sistema da seguridade social em conjunto com Constituição Federal seja organizado da melhor maneira possível trazendo ao caso concreto a solução mais plausível.

3 Dos crimes previdenciários

As fraudes contra a previdência social, levando em consideração apenas o regime geral que segundo o Tesouro Nacional chegou a um déficit de 151.9 bilhões em 2016 sendo que houve um levantamento em 2015 e constatou-se um aumento de 59.7%, isto é, a “fresta” só aumenta com o passar dos anos³.

Para uma análise das sanções impostas faz-se mister, também, o estudo da lei nº 9.983/2000. Santos (2015) afirma que:

A previdência social tem sido historicamente, alvo de sucessivas crises financeiras ocasionadas por atos delituosos internos e externos. Após esses fatos, a previdência social passou a receber proteção especial inclusive da legislação penal com previsão de condutas criminosas específicas e as sanções aplicáveis.

Para um conceito mais eficaz sobre a Lei Nº 9.983/2000 e o seu real significado no conceito de crime previdenciário, deve ser levado em consideração à vertente do que diz Santos (2015, p. 588)

[...]. A lei não definiu aqueles delitos como “previdenciários”, mas, sim ampliou o rol de hipóteses de cometimento de crimes contra a Administração Pública, seja ela na figura da Previdência Social ou de outra entidade da Administração Pública Direta ou Indireta, por seus agentes ou por particular. A adoção desta definição implica, necessariamente, a consideração de quaisquer delitos cometidos contra a Previdência Social como “previdenciários”. [...] Por isso, para definir um delito como “previdenciário”, é necessário que haja conexão entre a conduta delituosa e a implantação, a modificação ou a extinção de determinado benefício ou serviço a ser fornecido pela Previdência Social, ou influencia em seu respectivo custeio.

Nesse aspecto, a lei em análise foi criada a fim de coibir condutas relativas a infrações cometidas contra as normas que

³ Fonte: <http://www.fazenda.gov.br>

regulamentam as contribuições que irão financiar a seguridade social, uma vez que a sociedade, tomando por base o princípio da solidariedade, ajuda na contribuição para a seguridade social.

Sendo assim, segundo Eduardo (2013) algumas sanções administrativas poderão ser impostas as empresas tais como: suspensão de empréstimo e financiamentos, por instituições financeiras oficiais; “revisão de incentivos fiscais de tratamento tributário especial; inabilitação pra licitar e contratar com qualquer órgão ou entidade da administração pública; interdição para o exercício do comércio; cassação de autorização para funcionamento no país, quando for o caso”.

Com relação à parte dos crimes cometidos contra a seguridade social é necessário o entendimento sobre o custeio, mecanismo da seguridade social que serve de financiamento para os benefícios pagos aos contribuintes, e que vem sendo alvo de constantes fraudes, uma vez que no custeio, segundo Costa (2015) “está o direito de cobrar exação dos contribuintes, sejam empresas, órgãos públicos, trabalhadores ou servidores públicos, para o financiamento do sistema de previdência”. Isto é, através do custeio se tem a maior forma de arrecadação de contribuições previdenciárias sendo que essas contribuições se tornaram cada vez mais o alvo dos criminosos.

Portanto, ainda conforme Venturoso (2011) os delitos praticados contra o sistema previdenciário podem ser divididos em crimes contra o sistema de benefícios, que daria ao contribuinte o direito indevido ao gozo do benefício, sendo eles a inserção de dados falsos em sistema de informações; modificação ou alteração não autorizada em sistema de informações; falsificação de documentos em prejuízo da previdência social e os crimes contra o sistema de arrecadação, sendo eles a apropriação indébita previdenciária e a sonegação de contribuição previdenciária. Todos os delitos citados encontram respaldo na Lei Nº 9.983/2000 bem como no Código Penal Brasileiro.

3.1 Dos crimes contra o sistema de arrecadação X Os crimes contra o sistema de benefícios

Os crimes contra o regime previdenciário estão inseridos nos termos do custeio da previdência, isto é, os crimes envolvidos com a forma de pagamento dos benefícios. Em contrapartida os crimes cometidos contra o sistema de benefícios são classificados pela doutrina como inserção de dados falsos em sistema de informações; modificação ou alteração não autorizada em sistema de informações; falsificação de documentos em prejuízo da previdência social figurando ao contribuinte o direito indevido ao gozo do benefício.

A seguir será apresentado o crime de apropriação indébita previdenciária, suas especificações legais e alterações elencadas pela Lei específica.

3.2 Apropriação indébita previdenciária

De acordo com as alterações e inovações trazidas ao código penal pela Lei Nº 9.938/2000 assim dispõe o atual texto penal:

Art. 168-A. Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional:

Penal – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem deixar de:

I – recolher, no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à previdência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros ou arrecadada do público;

II – recolher contribuições devidas à previdência social que tenham integrado despesas contábeis ou custos relativos à venda de produtos ou à prestação de serviços;

III - pagar benefício devido a segurado, quando as respectivas cotas ou valores já tiverem sido reembolsados à empresa pela previdência social.

§ 2º É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições,

importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.

§ 3º É facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que:

I – tenha promovido após o início da ação fiscal e antes de oferecida a denúncia, o pagamento da contribuição social previdenciária, inclusive acessórios; ou

II – o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais.

Antes de adentrarmos ao referido tema cabe ressaltar uma divergência entre os conceitos de apropriação indébita comum e apropriação indébita previdenciária. Conforme ROMANO (2013), a principal diferença está associada na intenção do agente de se apropriar dos valores não recolhidos, ou seja, não importa se houve ou não vontade por parte do responsável de tomar posse de algo de outrem, enquanto que na apropriação indébita comum há em que se falar da intenção de deter algo de outrem sendo um esse um elemento importante na caracterização do tipo penal.

Passando ao tema exposto e conforme o que dispõe o dispositivo do código penal, o crime de apropriação indébita previdenciária consiste no não repasse das verbas recolhidas dos empregados segurados à previdência no prazo e forma legal ou convencional. No caso em tela Não se admite tentativa, por isso é um crime próprio omissivo. O sujeito ativo é aquele que tem o dever de recolher a contribuição e repassar a previdência social. Já o sujeito passivo, é a autarquia federal, isto é, o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS.

Seguindo esse parâmetro observa-se o entendimento já pacificado do STJ, segundo ROMANO, (2013, pág. 210):

O dolo do crime de apropriação indébita previdenciária é a consciência e a vontade de não repassar à previdência, dentro do

prazo e na forma da lei, as contribuições recolhidas, não se exigindo a demonstração especial de fim de agir ou dolo específico de fraudar a Previdência Social como elemento essencial do tipo penal.

Segundo Damásio de Jesus (2007, p. 429), o *nomen juris* “apropriação indébita” previdenciária é inadequado uma vez que os novos tipos penais nada têm que ver com as figuras do art. 168 do CP (apropriação indébita comum), que exigem a precedente posse ou detenção do objeto material e ato posterior de *dominus*

Em consonância com o que foi dito Guilherme de Souza Nucci (2011, pag. 768) menciona que:

A apropriação indébita previdenciária trata-se de crime próprio, aquele que só pode ser cometido por sujeito qualificado. Crime formal, delito que não exige, para sua consumação, a ocorrência de resultado naturalístico. É crime de forma livre, podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente, crime omissivo, o verbo implica em abstenção, e crime instantâneo, cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado. Ainda justifica como crime unissubjetivo, aquele que pode ser cometido por um único sujeito, e crime unissubsistente, praticado num único ato, não admitindo tentativa.

Coloca-se em questão que o bem jurídico a ser protegido é o patrimônio público, isto é, o patrimônio especificamente da previdência social.

É notório saber que, a consumação do crime ocorre com o término do prazo convencional ou legal do repasse ou recolhimento das contribuições devidas ou do pagamento do benefício devido a reembolsado ou segurado ao estabelecimento pela Previdência Social.

3.3 Figuras Equiparadas

Conforme expõe o ordenamento jurídico tem-se ainda a figura principal e equiparada representada pelo artigo caput e artigo

1º respectivamente. A primeira será albergada o direito de proteger a previdência e o trabalhador sobre o não repasse ou repasse indevido devendo o mesmo ocorrer dentro do prazo legal. O segundo quesito figurado no artigo 1º menciona figuras equiparadas a apropriação indébita previdenciária dependendo sempre de legislação do órgão competente para figuração do delito em tela.

As figuras apresentadas apresentam também uma forma de extinção da punibilidade do empregador ou dos responsáveis pelo devido recolhimento e repasse das verbas previdenciárias. O código penal dispõe uma causa especial de extinção da punibilidade para os crimes previstos no art. 168-A e seu § 1º, nos termos que a seguir:

É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.

Faz-se necessário mencionar que antes dessa figura penal já existia jurisprudência acerca da extinção da punibilidade quando as verbas desviadas ou não repassadas fossem devolvidas antes da denúncia. Destarte o novo dispositivo penal trazido pela lei N° 9.938/2000 é mais severo colocando que os valores devidos a previdência devem ser ressarcidos antes do início da ação fiscal.

Nesse sentido, trazendo à baila referido dispositivo supracitado, apresenta-se uma análise mais criteriosa, onde a doutrina divide em vários pontos os elementos da figura penal, senão vejamos: Declaração, Confissão, Quitação, Prestar às informações a previdência social, regulamentação, antes do início da ação fiscal.

Concernente à declaração, esta consiste em o contribuinte prestar às declarações a previdência social, na forma e nos termos indicados em lei através da entrega da GFIP – Guia de Recolhimento do FGTS e de Informações à Previdência Social, que oferece informação para montar um cadastro eficiente de vínculos e

remunerações dos segurados da Previdência Social - até o dia 7 do mês subsequente.

A confissão por sua vez é a caracterização do fato irregular, isto é, do não repasse das verbas à previdência social, mas o infrator deve ter a intenção de quitá-lo mediante acordo de parcelamento que ocorrerá quando o sujeito passivo recolhe os valores devidos.

No que se refere o requisito de prestar informações à Previdência Social a doutrina diz que se trata de obrigação acessória de informar mensalmente ao INSS, por intermédio da GFIP, dados relacionados aos fatos geradores de contribuição previdenciária e outras informações de interesse do INSS.

Com referência a parte final do referido texto jurídico, antes do início da ação fiscal refere ao momento em que se emite e se entrega o termo formal – Termo de Início da Ação Fiscal. Na verdade, sem a cientificação pessoal do contribuinte não se pode considerar iniciada formalmente a ação fiscal.

3.4 Parcelamento

Doutrinariamente há divergência quanto ao parcelamento da dívida colocando em questão o que determina o artigo 34 da Lei Nº 9.249/95 e o §2º do artigo 9º da Lei Nº 10.684/2003, senão vejamos:

Art. 34. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórias, antes do recebimento da denúncia.

O dispositivo acima citado coloca que com o parcelamento da dívida antes do recebimento da denúncia extingue punibilidade.

Art. 9º É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei no

2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.

§ 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.

Em contrapartida, o dispositivo relatado afirma que o parcelamento da dívida é uma mera causa de suspensão da pretensão punitiva.

Na tentativa de acabar com essa divergência, Delmanto (2013, *apud*, Santos, 2015), diz que:

Ao nosso ver, quando o parcelamento for realizado antes do recebimento da denúncia haverá a aplicação do artigo 34 da Lei nº9.249/95, extinguindo-se a punibilidade do crime tributário; Já se o parcelamento for realizado após o recebimento da denúncia, aplica-se o disposto no artigo 9º §2º, da lei do Refis II, também chamado Paes (Lei nº 10.864/2003, suspendendo-se o curso da ação penal.

O entendimento jurisprudencial é pacífico ao aplicar ao caso previsto no artigo 9º da lei 10.864/2003 determinando que:

§9º Na hipótese de anterior concessão de redução de multa em percentual diverso de cinquenta por cento, prevalecerá o percentual referido no § 7º, determinado sobre o valor original da multa.

Nesse sentido tem-se o seguinte respaldo jurisprudencial:

Superior Tribunal de Justiça Revista Eletrônica de Jurisprudência. RECURSO ESPECIAL Nº 656.621 - RS (2004/0057222-1) RELATOR: MINISTRO JOSÉ ARNALDO DA FONSECA RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL RECORRIDO: JOSÉ CARLOS PISANI RECORRIDO: PAULO ROBERTO PIZANI RECORRIDO: RAIMAR STERNADT ADVOGADO: EDUARDO VARELA GARCIA E OUTROS EMENTA RECURSO ESPECIAL. PENAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. VIOLAÇÃO AO ART. 9º, § 2º E ART. 5º DA LEI

10.684?03. INOCORRÊNCIA. DEFICIÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284 – STF. É perfeitamente aplicável a Lei 10.684?03 ao art. 168-A, § 1º do Código Penal, tendo em vista que o parágrafo é parte integrante do próprio artigo a que pertence. Sendo a espécie quitação de débito, quitado este, não há razão para excluir a extinção da punibilidade. Impossibilidade de se conhecer do recurso pelo permissivo da alínea a, em face de deficiência na sua fundamentação. (Súmula nº 284 - STF). ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso." Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dip., Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator. Brasília (DF), 07 de outubro de 2004 (Data do Julgamento)

3.5 Súmula Vinculante 24 do STF

Houve por muito tempo divergência sobre o início da ação penal para o caso em análise, ou seja, se o mesmo se daria antes ou após o término do processo administrativo. Com o intuito de dirimir essa lacuna o STF editou a Súmula Vinculante 24 com a seguinte redação: *Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo.* Nesse sentido, até o final do devido processo administrativo o Ministério Público não poderá oferecer ação penal.

4 Abordagens jurisprudenciais e as mitigações penais

Como já foi visto, a previdência social vem sendo alvo de crimes que desestruturam a ordem social e econômica refletindo não só internamente como em toda a sociedade. Os crimes analisados no capítulo anterior foram inovações trazidas ao ordenamento jurídico vigente pela lei 9.983/2000 visando à diminuição dos delitos que assolam a previdência social.

O que mais se vê são pessoas tentando se beneficiarem de alguma forma dos benefícios previdenciários, benefícios esses que

deveriam está nas mãos de quem realmente precisa. Deve ser levado em consideração que os desvios feitos trazem efeitos diretos aos que recebem e influenciam indiretamente quem ainda irá usufruir desse patrimônio. Algo que é custeado pela sociedade e pelo Estado deve sim ganhar destaque nacional e internacional fazendo com que os infratores paguem pelo delito cometido.

A previdência social é resguardada e amparada pela atual constituição federal visando proteger e amparar a dignidade da pessoa humana promovendo o mínimo para a uma vida digna. Entra em consonância, também, a seguridade social que juntamente com a previdência garantem à sociedade a proteção social.

Nesse sentido, qualquer infração, delito, desvio ou sonegação à previdência estará prejudicando diretamente a seguridade social, pois as duas, embora custeadas de maneira diferente, encontram-se ligadas com pela a base fundamental que dá alicerce e parâmetro ao ordenamento jurídico, a sociedade.

Apropriar-se indevidamente, sonegar o repasse, falsificar ou modificar documento são alguns dos delitos mais comuns contra a seguridade social, pois os mesmos interferem diretamente com a saúde e assistência social e para o bom funcionamento da previdência social.

No entanto, existem causas que diminuem ou ate extinguem a punibilidade do agente causador do delito. O código penal prevê causas de diminuição e extinção da pena se o infrator cumprir certos requisitos, entretanto, existe alguns julgados que colocam essas causas de diminuição como sendo inconstitucionais.

Nesse sentido, vejamos o que a PGR – Procuradoria Geral da República se posiciona acerca do tem tratado:

A Procuradoria Geral da República (PGR) propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4974, com pedido de medida cautelar, no Supremo Tribunal Federal (STF), na qual contesta o parágrafo 1º do artigo 337-A do Código Penal (acrescentado pela Lei 9.983/2000), que extinguiu a punibilidade do crime de sonegação previdenciária quando o cidadão, espontaneamente, declara e

confessa as contribuições, importâncias ou valores e presta as devidas informações à Previdência Social, antes do início da ação fiscal.

Para a PGR, a norma que afasta a pretensão punitiva do Estado pela mera declaração e confissão formal de prática fraudulenta é constitucionalmente ilegítima, além de afrontar a isonomia em seus desdobramentos penais e desestimular a lisura no comportamento do contribuinte em suas relações com o Fisco.

De acordo com a PGR, a conduta lesiona particularmente o patrimônio da Previdência Social, que busca assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de subsistência, por motivo de incapacidade, idade avançada, tempo de serviço, desemprego involuntário, encargos de família e reclusão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente. “O indivíduo sonegador obtém a extinção da punibilidade pela mera confissão e declaração do quanto devido, sem necessitar demonstrar o efetivo pagamento das contribuições sociais suprimidas ou reduzidas pela sonegação. De mais a mais, ainda que o indivíduo efetue o pagamento posterior das contribuições devidas, a ausência da disponibilidade, no tempo correto, dos valores fraudulentamente sonegados prejudica o desempenho adequado das prestações estatais”, sustenta a PGR.

A ADI tem pedido de liminar para suspender a eficácia do parágrafo 1º do artigo 337-A do Código Penal e, no mérito, solicita a procedência do pedido a fim de que seja declarada a inconstitucionalidade da norma mencionada. A relatora é a ministra Rosa Weber. (Notícia STF/2013)

O STF se posiciona contra a extinção da punibilidade do agente infrator alegando que o ato lesiona a previdência que deixará de prestar à devida assistência as famílias que devem ter o mínimo para viver com dignidade, uma vez que esses benefícios são concedidos a pessoas que necessitam de proteção social por parte da seguridade e da previdência.

4.1 Da prisão

Concernente ao delito tipificado no artigo 168-A do código penal, que versa sobre o tema apropriação indébita previdenciária,

há uma discussão quanto a sua constitucionalidade por se tratar da prisão por dívida, uma vez que o citado dispositivo faz referência ao não repasse das contribuições retirada mensalmente dos segurados por parte dos empregadores à previdência social e sendo assim, o empregador ficaria em débito com a previdência.

Nesse sentido, o dispositivo em comento encontra-se em choque que o que afirma o artigo 5º inciso LXII da carta magna, dispondo que: "não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel".

Seguindo esse parâmetro e tomando por base o que já foi explanando no capítulo anterior o STF entende que não há inconstitucionalidade, porque o fato que configura a pena não é a dívida, mas a conduta de efetuar o repasse a quem de direito. Com isso, vejamos:

EMENTA: HABEAS CORPUS. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. CONDUTA PREVISTA COMO CRIME. INCONSTITUCIONALIDADE INEXISTENTE. VALORES NÃO RECOLHIDOS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE AO CASO CONCRETO. ORDEM DENEGADA. 1. A norma penal incriminadora da omissão no recolhimento de contribuição previdenciária - art. 168-A do Código Penal - é perfeitamente válida. Aquele que o pratica não é submetido à prisão civil por dívida, mas sim responde pela prática do delito em questão. Precedentes. 2. Os pacientes deixaram de recolher contribuições previdenciárias em valores muito superiores àquele previsto no art. 4º da Portaria MPAS 4910/99, invocada pelo impetrante. O mero fato de a denúncia contemplar apenas um dos débitos não possibilita a aplicação do art. 168-A, § 3º, II, do Código Penal, tendo em vista o valor restante dos débitos a executar, inclusive objeto de outra ação penal. 3. Ordem denegada. (STF, 2ª Turma, HC 91704 / PR - PARANÁ, julg. 06.5.2008, pub. 20.6.2008, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA).

Concernente à jurisprudência acima descrita o entendimento do STF é que a punição não se refere à dívida, ate porque o artigo

faz menção ao não recolhimento/repasse que é devido à previdência no prazo legal. Assim não há em que se falar em prisão por dívida e sim pela figuração do delito em tela

4.2 Princípio da insignificância

O princípio da insignificância conhecido no direito penal, também, como princípio da “bagatela” tem como escopo tornar o crime atípico na modalidade formal e material além de se preocupar em tornar as condutas incapazes de lesionar o bem jurídico. Esse princípio também encontra embasamento na intervenção mínima do direito penal, isto é, o direito penal resguarda que o Estado deve intervir minimamente, sempre que possível, nas ações da sociedade para que as sanções impostas por ele sempre sejam de maneira proporcional e necessária.

Concernente ao direito previdenciário o princípio também deve ser levado em consideração de caso a caso. Entretanto, existe uma divergência nos tribunais superiores acerca do valor limite a ser considerado para que não haja delito e conseqüentemente a sanção devida.

O crime de apropriação indébita previdenciária está como um dos principais crimes de sonegação fiscal no que concerne a previdência social. Com referência ao não repasse por parte do empregador dos valores descontados de cada trabalhador aos cofres da previdência o princípio apresentado entra em rota de colisão com o perdão judicial, tópico que foi explanado anteriormente, o qual estabelece um valor mínimo para que a devida execução fiscal seja iniciada. A doutrina atribui a isso o que chamamos de princípio da insignificância ou bagatela.

Para o Superior Tribunal de Justiça – STJ o valor a ser desconsiderado em caso de execuções fiscais é de R\$10.000,00 (dez mil reais) em consonância com o que determina o artigo 20 da Lei Nº 10.522/2002, senão vejamos:

Art. 20. Serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrada, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Entretanto, segundo o posicionamento do Supremo Tribunal Federal levando em consideração a Portaria N^o 75/2012 determina em seu artigo 1^o, II que:

O **MINISTRO DE ESTADO DA FAZENDA**, no uso da atribuição que lhe confere o parágrafo único, inciso II, do art. 87 da Constituição da República Federativa do Brasil e tendo em vista o disposto no art. 5^o do Decreto-Lei n^o 1.569, de 8 de agosto de 1977; no parágrafo único do art. 65 da Lei n^o 7.799, de 10 de julho de 1989; no § 1^o do art. 18 da Lei n^o 10.522, de 19 de julho de 2002; no art.68 da Lei n^o 9.430, de 27 de dezembro de 1996; e no art. 54 da Lei n^o 8.212, de 24 de julho de 1991, resolve:

Art. 1^o Determinar:

I - (...)

II - **o não ajuizamento de execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). (grifo nosso)**

Com essa diferença de valores e a divergência dos tribunais superiores o que deve ser tomado por parâmetro é o lugar do ajuizamento da ação de execução, isto é, se o ajuizamento se der no STJ o valor a ser considerado insignificante de acordo como o princípio é de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), em contrapartida, se o ajuizamento se der no STF o valor para não execução fiscal será de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

5 Considerações finais

Previdência Social é um instituto do poder publico que auxilia, através de seus benefícios, o bom funcionamento das instituições, uma vez que nosso país está cada vez mais “velho”. Com base no que

foi apresentado nesse presente trabalho, observa-se que a fragilidade no sistema previdenciário é grande e que isso corrobora para uma série de fraudes que acabam por desequilibrar todo o sistema. O déficit previdenciário cresceu muito nos últimos anos e o “buraco” só aumenta.

A Seguridade Social foi criada com o intuito de proteger os necessitados e a classe trabalhadora assegurando direitos e responsabilidades com base em princípios reguladores e normas complementares para que o funcionamento da máquina previdenciária atue de forma justa e coerente.

Para o conhecimento mais específico acerca do tema em questão fez-se necessário apresentar do conceito histórico o qual foi mostrado o surgimento da Seguridade Social e sua atuação em diferentes contextos e sob o comando das Constituições que existiam a época e que fora se aprimorando ao longo do tempo. Para um bom funcionamento da seguridade social foram criados princípios que serviram de base para a seguridade estabelecer e resguardar os direitos da classe trabalhadora.

Conforme visto anteriormente, os princípios norteadores analisados estão em até certo ponto sendo violados, e isto vem acarretando transtorno a previdência social. A violação desses princípios ocorre através da conduta equivocada por parte de alguns agentes que acabam ignorando algumas regras e cometendo delitos. Verifica-se que para todos os delitos cometidos existem sanções a serem impostas e legislação específica além de jurisprudência para cada caso em questão.

Como explanado em tópicos anteriores e tendo como finalidade aumentar o rigor nas punições e na tentativa de diminuir o déficit nas contas previdenciárias a Lei N° 9.938/2000 trouxe inovações ao Código Penal com a inserção de novos artigos que regulam e aplicam as condutas e punições para cada caso concreto.

A pesquisa em tela mostrou o posicionamento dos Tribunais Superiores acerca dos valores para a execução fiscal buscando a aplicação da sanção correta.

A importância da análise do crime estuado e a compreensão da forma de como ele é aplicado, faz do presente trabalho uma fonte de estudo e pesquisa aos acadêmicos de direito, profissionais da área previdenciária como também a sociedade em geral.

Referências

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> acesso em 10.Out.2018

_____. DECRETO-LEI No 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. Código Penal Brasileiro. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm> acesso em 10.Out.2018

_____. LEI NO 9.983, DE 14 DE JULHO DE 2000. Altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9983.htm> acesso em 10.Out.2018

_____. LEI Nº 9.249, DE 26 DE DEZEMBRO DE 1995. Altera a legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas, bem como da contribuição social sobre o lucro líquido, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9249.htm> acesso em 10.Out.2018

CASSEPP, Alexandre Azambuja. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA - ASPECTOS GERAIS. Disponível em:<<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/apropriacao-ind%C3%A7%C3%A3o-ind%C3%A9bita-previdenci%C3%A1ria-aspectos-gerais-o>> Acesso em: 25.Nov.2017

EDUARDO, Ítalo Romano. EDUARDO, Jeane Tavares Aragão. **CURSO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013

HOMCI, Arthur Laércio. **A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL NO BRASIL**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12493/a-evolucao-historica-da-previdencia-social-no-brasil#ixzz3n2ko8DgI>> acesso em 24.Out.2017

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **CURSO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO**. 16 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

JESUS, Damásio de E. **DIREITO PENAL 2º VOLUME**: parte especial: dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio. 28 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

Ministério da Economia. DÉFICITS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/noticias/2017/janeiro/rgps-deficit-da-previdencia-social-em-2016-foi-de-r-151-9-bilhoes>> acesso 20.Jan.2019

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral: parte especial. 7. ed. rev. atual. eampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011

PECULIARIDADES ACERCA DO CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/304-artigos-abr-2015/7060-peculiaridades-acerca-do-crime-de-apropriacao-indebita-previdenciaria-1>> Acesso em 25.Out.2015

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **DIREITO PREVIDENCIÁRIO ESQUEMATIZADO**; coord. Pedro Lenza. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2014

SOBRINHO, Zéu Palmeira. **DOS CRIMES CONTRA A PREVIDENCIA SOCIAL**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/13270/dos-crimes-contr-a-previdencia-social>> acesso em: 05.Nov.2018

TOALDO, Adriane Medianeira; DUTRA, Claudio Rogério Pereira. **BREVES APONTAMENTOS SOBRE A SEGURIDADE SOCIAL E A PREVIDÊNCIA SOCIAL NO CONTEXTO BRASILEIRO**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12007> acesso em 10.Dez.2018

VENTUROSO, Thiago. **OS CRIMES CONTRA A PREVIDENCIA SOCIAL**. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6484/Os-crimes-contr-a-Previdencia-Social>> acesso em: 10.Jan.2019

A liberdade de expressão como pilar para uma convivência democrática

*Auricelia do Nascimento Melo*¹

*Liana Chaib*²

1 Introdução

Após a Revolução Francesa, prevaleceu o princípio da liberdade total de iniciativa dos cidadãos onde só se admitia a intervenção mínima do Estado na vida social. Esta teoria desenvolvida pelos iluministas e reforçada pela obra célebre de Adam Smith, “A Riqueza das Nações”, publicada em 1776 sustentava ser cada homem o melhor juiz de seus interesses e que deve ter plena liberdade de promovê-los segundo a sua vontade, existindo, portanto, uma *ordem natural*, asseguradora da harmonia espontânea de todos os interesses, sendo condenável qualquer intervenção estatal.

Torna-se necessário um equilíbrio entre a liberdade e a igualdade objetivando eliminar as diferenças gritantes na sociedade

¹Doutora em Direito Constitucional(UNIFOR), Mestre em Direito Constitucional(UNIFOR), Especialista em Direito Previdenciário e Docência do Ensino Superior. Professora Adjunta da Universidade Estadual do Piauí, Centro Universitário UNINOVAFAPÍ e CESVALE. Advogada inscrita na OAB-PI. Professora de Cursos de Pós Graduação.

² Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da 22.^a Região. Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Mestre em Direito Constitucional, pela Universidade Federal do Ceará. Especialista em Direito Público - Área de Direito Administrativo, pela Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP e Professora de Direito Administrativo na Universidade Estadual do Piauí.

e esta meta só é conseguida no regime político da Democracia onde a maioria domine, respeitando por outro lado o direito da minoria.

A liberdade, aliada à igualdade, é garantidora de um regime democrático, segundo Kelsen(1993, p. 99): "é o valor de liberdade e não o de igualdade que determina, em primeiro lugar, a idéia de democracia". Vê-se, pois, que Kelsen considera a liberdade mais importante que a igualdade quando se quer afirmar tal regime como democrático.

Ao se falar na necessidade de uma liberdade no Estado democrático, não se refere apenas à liberdade de ir e vir, condenando a escravatura, mas engloba muitas outras liberdades com finalidades, também, importantes para o cidadão.

Bonavides (1980, p. 60), comentando sobre a liberdade política em um Estado democrático, por exemplo, escreve: "É livre quem tem um sentimento de segurança, um sentimento de certeza, uma possibilidade jurídica, dentro em determinada esfera social". E, para haver um sentimento de segurança no Estado, necessário é ele possuir no ordenamento jurídico a garantia dos direitos e garantias individuais.

A previsão dos direitos fundamentais em nada resolveria se não houvesse mecanismos que os assegurasse. E no Brasil, estes mecanismos existem (Ação popular, Ação Direta de Inconstitucionalidade, *habeas corpus*, *hábeas data*, etc.). O problema reside na falta de iniciativa do povo de conhecê-los e, principalmente, usá-los.

Na classificação dos direitos fundamentais, a liberdade de expressão ocupa a primeira dimensão, tendo surgido com a concepção do Estado Liberal, em meados do século XVIII. A liberdade de expressão é historicamente um dos direitos mais importantes, resguardados pelas codificações, a exemplo da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, que no seu artigo 11, destaca: "*A livre comunicação dos pensamentos e das opiniões é um dos direitos mais preciosos do homem; todo cidadão pode, pois*

falar, escrever, exprimir-se livremente, sujeito a responder pelo abuso desta liberdade nos casos determinados pela lei”.

Ressalta muito bem Pinto Ferreira (1989, p. 60) a importância da liberdade: “É o elemento fundamental da democracia, e não só o voto do povo”. E, mais adiante, (1989, p. 61): “É a expressão da vontade do povo, estabelecida pelo Parlamento ou Congresso que a representa, devendo legitimar-se a lei pelo consenso e pelo elemento valorativo da justiça”.

Neste ponto, Pinto Ferreira se refere a uma liberdade política, que também estaria ligada ao pluripartidarismo como já explanado anteriormente. No entanto, interessante se mencionar que, sem a garantia de uma liberdade de pensamento, nem os partidos seriam tão livres e autônomos como determina a Constituição Federal.

Há duas formas de liberdade, a *interna* e a *externa*. A primeira se refere à liberdade filosófica do indivíduo (a liberdade de pensamento), ele seria livre para achar e pensar o que quiser, ou seja, não teria suas idéias limitadas. Teria ele o poder de escolha, de opção. Quanto à liberdade externa, quer-se preservar seu estado físico, isto é, o seu direito de ir e vir, limitado, contudo, ao direito de outrem. Insere-se, nesta forma, a de ser preso somente em flagrante delito ou por ordem judicial. Ao indivíduo é garantido o direito de fazer o que quiser (profissionalmente falando), bem como o de ocupar cargos públicos, respeitando, certamente, os limites legais.

2 Pressupostos da democracia

Silva (2004:128) explicita que os que reclamam que a democracia nunca fora realizada em sua pureza em nenhum lugar concebem-na como um conceito estático, absoluto, como algo que há que instaurar-se de uma vez e assim perdurar para sempre, não percebem que ela é um processo dialético que vai rompendo os contrários, as antíteses, para, a cada etapa da evolução, incorporar conteúdo novo, enriquecido de novos valores.

O constitucionalista ainda ressalta que a democracia não precisa de pressupostos especiais, basta a existência de uma sociedade. Se seu governo emana do povo, é democrático, se não, não é.

A democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história, é um processo de convivência social em que o poder emana do povo. Por fundamentar-se na garantia da igualdade, a democracia não pode tolerar extremas desigualdades.

Toda democracia no sentido de sua essência, deve residir na vontade popular no que tange ao exercício do poder, a evolução democrática permitiu o aparecimento de qualificações da democracia, senão vejamos os tipos de democracia na visão de Giovanni³ Sartori (1999:24):

A democracia social está ligada à liberdade e respeito aos usos e costumes da sociedade. Haveria a democracia para se viver com respeito uns aos outros. Representaria uma igualdade social.

Ao se mencionar a democracia industrial, Sartori faz referência a uma democracia dentro de fábricas, uma microdemocracia, numa concepção trazida, no final do século XIX, por Sidney e Beatrice Webb. No entanto, ressalta o autor que tal tipo de democracia seria uma aplicação da democracia grega, em que o cidadão ia à *ágora* para participar das atividades do Estado; no caso da fábrica, todavia, o trabalhador seria o cidadão e sua participação seria em seu ambiente de trabalho, ou seja, participaria das decisões da indústria, como um *pólis* grega. A comunidade política, assim, seria o grupo de trabalhadores participante daquelas decisões. Como afirma Sartori, recentemente, este sistema tem sido aplicado como

³ Giovanni Sartori é cientista político italiano, nascido em Florença, em 1924. Formou-se em Ciências Sociais. Impulsionou a fundação da primeira Faculdade de Ciências Políticas na Itália. Foi professor das universidades de Stanford, Yale e Harvard. Doutor *honoris causa* em quatro universidades. Vice-presidente de uma sociedade destinada ao estudo e promoção de ideais liberais e em defesa da sociedade.

conselhos de trabalhadores que, organizadamente, participam das atividades de suas empresas empregadoras.

A democracia econômica reflete uma igualdade na distribuição da renda, com a equalização das condições e oportunidades econômicas. Sobre a democracia política, o autor explica: "Permanece o fato de que a democracia política é a condição indispensável, o instrumento indispensável de qualquer democracia ou meta democrática que acalentamos. Se o sistema principal, o sistema político global, não é um sistema democrático, então a democracia social em pouco valor, a democracia industrial tem pouca autenticidade, e a igualdade econômica pode não diferir da igualdade entre os escravos".

Precisamente a democracia, governo do povo, pelo povo e para o povo, aponta para a realização dos direitos políticos, que apontam para a realização dos direitos econômicos e sociais, que garantem a realização dos direitos individuais, de que a liberdade é a expressão mais importante.

A democracia possui como pressupostos basilares o princípio da igualdade, liberdade e ainda o princípio da maioria. A respeito dessa afirmação Silva (2004) entende que: "A questão dos princípios deve ser revisto porque maioria não é princípio, é simples técnica de que serve a democracia para tomar decisões governamentais".

O homem não sentiu necessidade de elaborar Constituições senão quando conseguiu substituir as formas autocráticas de governo por outras em que o exercício do poder fosse distribuído por diversos detentores. A procura da liberdade fez com que abolissem as formas monocráticas do exercício do poder, normalmente conducentes ao arbítrio e ao despotismo, por aquelas de cunho democrático consagradoras da titularidade do poder pelo povo.

São inegáveis as vinculações históricas entre o movimento constitucionalista iniciado nos fins do século XVIII e o Estado Liberal. Este não deve, contudo, ser confundido com democracia, uma vez que esta visa ao atingimento da liberdade dos cidadãos pela ênfase dada a dois valores que, infelizmente, nem sempre se

compatibilizam: a princípio, a democracia significa participação ou governo da maioria. Consagra, pois, uma postura ativa do cidadão diante do Estado consistente na participação das suas decisões. Mas a democracia significa, também, a proteção de um Estado meramente negativa, é dizer: a proteção da liberdade do indivíduo contra as intromissões de outrem.

É importante destacar a diferença entre Estado liberal e Estado democrático segundo Bobbio⁴:

O estado liberal é o pressuposto não só histórico, mas jurídico do estado democrático. Estado liberal e estado democrático são interdependentes em dois modos: na direção que vai do liberalismo à democracia, no sentido de que são necessárias certas liberdades para o exercício correto do poder democrático, e na direção oposta que vai da democracia ao liberalismo, no sentido de que é necessário o poder democrático para garantir a existência e a persistência das liberdades fundamentais.

É pouco provável que um estado não liberal possa assegurar um correto funcionamento da democracia, e de outra parte é pouco provável que um estado não democrático seja capaz de garantir as liberdades fundamentais. A prova histórica desta interdependência está no fato de que o estado liberal e estado democrático, quando acabam, acabam juntos.

A democracia é o governo do próprio povo, sendo que este não exerce o governo diretamente, como na democracia direta, mas o exerce através de seus representantes eleitos diretamente. No estado democrático existe a possibilidade de os interesses se organizarem até com o fim implícito ou explícito de influenciar o poder do Estado.

Considera-se que o confronto de várias idéias, opiniões e interesses coopera para um aprofundamento das questões postas em debate, contribuindo assim para o processo democrático. Nessa perspectiva, Norberto Bobbio explica:

⁴ O futuro da democracia, e. Paz e Terra, p.20.

A expressão democracia representativa significa genericamente que as deliberações coletivas, isto é, deliberações que dizem respeito à coletividade inteira, são tomadas não diretamente por aquelas que dela fazem parte, mas por pessoas eleitas para esta finalidade. Ponto e basta.

A democracia pluralista não visa a unanimidade que, de resto, é sempre impossível, o que esta objetiva é, precisamente, uma institucionalização do dissenso, o que significa dizer que os representantes dos mais interesses são livres para promoverem a sua causa desde que, é óbvio, adotados meios legais e democráticos.

Na democracia moderna a vontade popular e a do estado apresentam-se intermediadas não só pelos partidos políticos, que por definição têm tal propósito, mas por toda uma série de entidades que, sem se declararem de fins políticos, mas sim de finalidades restritas á promoção de seu interesse, acabam, sem dúvida, por interferir, quer na vida dos partidos políticos, quer na do próprio estado.

2.1 A Liberdade de expressão nos textos constitucionais.

A liberdade de expressão e informação, consagrada nas Constituições, constitui uma característica das atuais sociedades democráticas, sendo considerada um termômetro do regime democrático. A liberdade de expressão encontra-se, outrossim, expressa em vários documentos internacionais: a Declaração dos Direitos Humanos de 1948, aprovada pela ONU(art.19), o Convênio Europeu para a proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, aprovado em Roma no ano de 1950,e ainda na Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto de São José da Costa Rica.

No Brasil, segundo o que já foi ressaltado, desde a Constituição do Império havia a garantia da liberdade de expressão, o que foi preservado até a Constituição de 1937. Já no período conhecido como Estado Novo durante o governo do Presidente

Vargas, o princípio constitucional da liberdade de pensamento desapareceu, foi adotada a censura como meio de impedir a publicação ou a reprodução de determinadas informações. A censura nasceu como forma de reprimir a liberdade de expressão.

No Brasil, o Estado Novo tolheu vários direitos e garantias fundamentais, surgiu a centralização dos veículos de informação nas mãos do Estado. A Constituição de 1937 em seu artigo 122, assim dizia:

“A lei pode prescrever:

a) com o fim de garantir a paz, a ordem e a segurança pública, a censura prévia da imprensa, do teatro, do cinematógrafo, da radiodifusão, facultando à autoridade competente proibir a circulação, a difusão ou a representação”.

Com o período da redemocratização, a Constituição de 1946, foi a responsável por colocar e assegurar no novo ordenamento jurídico a manifestação do pensamento. O texto constitucional dispunha a livre manifestação do pensamento, sem dependências da censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, por abusos cometidos, conforme disposição legal.

Quando Getúlio Vargas ocupou o poder novamente, ele preocupou-se em editar a Lei de Imprensa (Lei 2083 de 1953) com a devida regulamentação dos crimes de imprensa, em seu bojo a lei trouxe vários defeitos, e havia exacerbada repressão à liberdade de imprensa.⁵

A Constituição de 1967, conforme se constatou, já outorgada nos governos militares, não aboliu o princípio da liberdade de pensamento, mas impôs uma delimitação que restringia sua aplicação, condicionando-os aos parâmetros da ordem pública e dos bons costumes.

⁵ Comentários à Lei de Imprensa, Darcy Arruda Miranda, p.41

O ordenamento jurídico de 1967 ainda restringiu a liberdade à livre manifestação do pensamento ao impor sanções jurídicas a todo aquele que abusasse do direito individual com o objetivo de opor-se ao governo. Essa disposição ficou explicitada nos artigos:

Constituição Federal de 1967, artigo 153§8º: “É livre a manifestação do pensamento, de convicção política e filosófica, bem como a prestação de informação independentemente de censura, salvo quanto a diversões e espetáculos públicos, respondendo cada um nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos não depende de licença da autoridade. Não serão, porém toleradas a propaganda de guerra, da subversão da ordem, ou de preconceitos de religião, de raça ou de classe.”

Artigo 154: “O abuso de direito individual ou político, com o propósito de subversão do regime democrático ou de corrupção, importará a suspensão daqueles direitos de dois a dez anos, a qual será declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante representação do procurador Geral da República, sem prejuízo da ação cível ou penal que couber, assegurada ao paciente ampla defesa.”

Art. 5º, IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo O direito à liberdade de expressão é caracterizado como direito da personalidade, é integrante do estatuto do ser humano, fundamental para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana e determina para quem o incorpora específicas funções, são garantias individuais, e protegem a sociedade contra o arbítrio e as soluções de força.

O que convém explicar é que quando se restringe a liberdade de expressão de um indivíduo, não somente o direito deste é atingido, mas também o de toda comunidade de receber e debater informações, ficando assim caracterizado que a liberdade de expressão atinge o indivíduo de per si e a integração da sociedade.

Na atual Constituição, incorporou-se várias inovações com relação à liberdade de manifestação do pensamento, dando maior amplitude no rol de direitos e garantias individuais.

A liberdade de expressão, em todas as suas formas e manifestações, é um direito fundamental e intransferível, inerente e todas as pessoas. É um requisito para a existência de uma sociedade democrática. A Liberdade de Expressão e Informação constitui um termômetro para a formação dos Estados Democráticos de Direito. No nosso ordenamento estes direitos estão dispostos na Carta Magna:

vedado o anonimato;

Art. 5º, IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

Art. 5º, XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardo do sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

Art. 220 - A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV;

§2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

2.2 Democracia participativa e liberdade de expressão.

A democracia antiga era a democracia direita, mormente Atenas, onde o povo, reunido na Ágora, para o exercício direto e imediato do poder político, transformava a praça pública no palco de debates para a tomada de decisões de todos os problemas referentes à polis.

A democracia direta era uma prática tradicional no Estado grego onde o povo desconhecia a vida civil, que se devotava por inteiro à coisa pública, que deliberava com ardor sobre as questões do Estado, que fazia de sua assembleia um poder concentrado no exercício da plena soberania.

Em análise detida pode-se afirmar que a democracia grega era uma democracia exercida diretamente pelo povo, o Estado estava limitado aos muros da polis, o cidadão dedicava-se exclusivamente à coisa pública. A praça pública, a *Àgora* significava o local onde o cidadão grego exercia a plena cidadania em consonância com os poderes do Estado, visto que na as discussões consistiam em nomeação de funcionários, julgamento de crimes, ou seja, havia o pleno exercício de todos os poderes do estado, executivo, legislativo e judiciário.

Por outro lado essa democracia excluía sobremaneira a maioria, que eram as mulheres, escravos e os estrangeiros, situação que permitia que o homem livre na Grécia se ocupasse tão somente dos negócios públicos, numa militância rude, exaustiva, permanente, diuturna, nenhuma preocupação de ordem material atormentava o cidadão na Grécia antiga.

Nos dias atuais pode-se afirmar que o Estado moderno está muito distante do que foi a cidade-estado, pois o conceito de Estado-nação, implica incluir um território extenso, onde não existe a viabilidade dos cidadãos comparecerem à praça e participar ativamente das decisões da cidade.

Partindo dessa premissa, Paulo Bonavides(2003:273) explica:

“O homem da democracia direta, que foi a democracia grega era integralmente político. O homem do Estado moderno é homem apenas acessoriamente político, ainda nas democracias mais aprimoradas, onde todo um sistema e garantias jurídicas e sociais fazem a efetiva e válida a sua condição de “sujeito” e não apenas “objeto” da organização política”.

E ainda realizando uma comparação entre o cidadão da democracia direta grega e o cidadão da democracia indireta⁶ dos tempos modernos, o professor continua:

“O homem moderno, via de regra, “homem massa”, precisa de prover, de imediato, às necessidades materiais de sua existência. Ao contrário do cidadão livre ateniense, não se pode volver ele de todo para a análise dos problemas de governo, para a faina penosa das questões administrativas, para o exame e interpretação dos complicados temas relativos à organização política e jurídica e econômica da sociedade. Evidentemente, só há pois uma saída possível, solução única para o poder consentido, dentro do estado moderno: um governo democrático de bases representativas.”

O professor Filomeno Moraes (2005:179), sobre democracia representativa, explica em seu artigo intitulado “A Constituição de 1988 e a Reforma Política”:

O texto constitucional de 1988 é, no entanto, bastante diferente. Porque se reserva ao povo o direito de escolher os seus representantes, isto é, votando a favor dos componentes dos quadros de candidatos escolhidos na forma da Constituição e das leis, possibilita também ao eleitorado iniciar as leis, apreciar questões de ordem política e institucional e ratificar ou revogar atos legislativos ou administrativos. Entre os seus propósitos inovadores, ao estabelecer que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição(art.1º, §único), a Lei Fundamental contempla a possibilidade da realização, conjunta da democracia representativa com a democracia participativa. Ou seja, a produção de decisões(e não decisões) políticas advinda da atuação de representantes eleitos ou diretamente dos eleitores, abre a perspectiva de um modelo misto, de democracia semidireta.

⁶ Dizia Rousseau, criticando a democracia indireta ou representativa, que o homem da democracia moderna só é livre no momento em que vai às urnas depositar o seu voto. Para os opositores do filósofo contratualista uma verdade porém fica patente: não há fugir ao imperativo de representação, porquanto, do contrário, não haveria nenhum governo apoiado no consentimento, tomando-se em conta a complexidade social, a extensão e a densidade demográfica do estado moderno, fatores estes que embarçam irremediavelmente o exercício da democracia direta.

Pode-se frisar que a democracia do Estado atual só pode ser concretizada através dos institutos da democracia semidireta, assegurando assim a efetiva participação da população e concretizando o direito à manifestação de opinião de toda a coletividade.

As primeiras manifestações da democracia participativa consistiram nos institutos que combinam participação direta e indireta, tais como, a iniciativa popular, o referendo popular, o plebiscito e a Ação Popular, a democracia participativa consiste na efetivação desses institutos, pois através deles está assegurada a liberdade de expressão, concretizando o verdadeiro estado democrático de direito.

Através da iniciativa popular, a população pode apresentar projetos de lei ao legislativo, segundo a Constituição Federal no seu artigo 14,III, e regulada no artigo 61§2º, o projeto precisa ser subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuídos pelo menos em cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

O referendo popular, que se caracteriza no fato de que projetos de lei aprovados pelo legislativo devam ser submetidos à vontade popular, atendidas certas exigências, tais como o pedido de certo número de eleitores, de certos parlamentares ou do próprio chefe do executivo.

O plebiscito difere do referendo porque visa a decidir previamente uma questão política ou institucional, antes de sua formação legislativa, o plebiscito autoriza a formulação da medida requerida, está previsto na Constituição Federal em seu artigo 14,I, podendo ser utilizado pelo Congresso Nacional nos casos que este decidir seja conveniente, mas já também indicados em casos específicos, para a formação de novos Estados e de novos Municípios.

A Ação Popular consiste na possibilidade de qualquer membro da coletividade com a maior ou menor amplitude, invocar a tutela

jurisdicional a interesses coletivos. Segundo o artigo 5º da Constituição Federal: *“Qualquer cidadão é parte legítima para propor Ação Popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”*.

Essa ação se manifesta como uma garantia coletiva na medida em que o autor popular invoca a atividade jurisdicional, por meio dela, na defesa da coisa pública, visando a tutela de interesses coletivos, não de interesse pessoal, seguindo esse prisma, o constitucionalista José Afonso da Silva (2004:462), define a Ação Popular:

“A Ação Popular constitucional brasileira define-se como instituto processual civil, outorgado a qualquer cidadão como garantia político-constitucional(ou remédio constitucional), para a defesa do interesse da coletividade, mediante a provocação do controle jurisdicional corretivo de atos lesivos do patrimônio público, da moralidade administrativa, do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural.”

Além dessas formas de democracia participativa, a Constituição Federal aponta outras ao longo do texto da carta magna, como descreve o artigo 10: *“É assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação.”*

A democracia participativa ainda se concretiza através do artigo 11 do texto constitucional ao assegurar a eleição de um representante nas empresas com mais de duzentos empregados, para que este possa promover o entendimento direto com os empregadores. O artigo 31§3º da Carta Magna, assegura a participação do cidadão exercendo seu direito de petição, pois este

pode examinar as contas dos municípios, que ficarão à disposição de qualquer contribuinte durante sessenta dias anualmente.

Ainda na referida Carta no artigo 37§3º, explica que a lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente o direito de petição, direito de representação e o direito de denunciar e ainda o direito de certidão.

No referido artigo 74§2º, outro dispositivo que assegura a democracia participativa, pois determina que qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União. O artigo 194, VII da Constituição Federal, onde organiza a Seguridade Social, com base no caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do governo nos órgãos colegiados.

Já no artigo 206, VI, o texto maior infere que o ensino será ministrado com base em princípios e cita dentre outros, a gestão democrática do ensino público, na forma da lei. Já no artigo 216§1º da Constituição, cita de forma clara que o Poder Público com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

Com todos esses dispositivos constitucionais que asseguram a democracia participativa, é evidente que o Estado Democrático de Direito se efetiva, e assim concretiza a liberdade de expressão para toda a coletividade.

Considerações finais

A partir da análise do texto, pode-se observar que com a confecção da Carta de 1988, a liberdade de expressão atinge o seu objetivo, ao proporcionar ao cidadão o exercício da democracia. A

doutrina se encarrega de estabelecer o objeto de tal direito, podendo denotar-se uma especificação na opinião de Edílson Pereira de Farias(2000:p.49): “o objeto da liberdade de expressão, é a expressão de pensamentos, ideias, opiniões, conceito amplo dentro do qual devem-se incluir também as crenças e juízes de valor.

A liberdade de informação abarcaria o direito de comunicar e receber livremente informação sobre fatos, ou que se pode considerar noticiáveis”.

Como se depreende a liberdade de expressão esteve presente em todos os textos constitucionais, em alguns sendo mitigado em nome da segurança nacional como no texto do estado

Novo, e, sobretudo com a ditadura militar, com a implantação da censura, outrossim, a Constituição de 1988, declara a liberdade de expressão como direito fundamental, inerente à convivência democrática.

Referências

BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia: Governo dos homens ou das leis? Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990.

BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. São Paulo: Malheiros, 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional, Coimbra, Livraria Almedina, 1992.

FARIAS, Edilson Pereira de Farias. Colisão de Direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

GOYARD-FABRE, Simone. O que é democracia? Trad. Cláudia Berliner. Martins Fontes, 2003.

JUNIOR, Cretella. Comentários à Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

KELSEN, Hans.A democracia.Martins Fontes , 2000.

- PLATÃO. A Republica. Tradução de Pietro Nassetti. Martin Claret, 2004..
- SARTORI, Giovanni. A Teoria da Democracia Revistada. São Paulo: Ática, 1994.
- .SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- SERRANO, Vidal. A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística. São Paulo: FTD, 1997.
- VASCONCELOS, Arnaldo. Direito, Humanismo e Democracia. São Paulo: Malheiros, 1998.