O SABER COMPLETAMENTE

REVISTA JURÍDICA

FAECA DOM BOSCO
DE MONTE APRAZÍVEL

ISSN 2179-7714 - Volume 1 - Revista nº 4 - Setembro/2014

REVISTA JURÍDICA - O SABER COMPLETAMENTE
Publicação anual do Curso de Direito da Faculdade Dom Bosco de Monte Aprazível e convidados.

Presidente da Mantenedora: Iracema Maria Ciconelli

Diretor: Vanderlei Pereira

Diretor Pedagógico: Profº. Dr. José Amâncio Gomes

Coordenador do Curso de Direito: Profº. Adiel Amâncio Pereira

Coordenador da Revista Jurídica: Profº. Msc. Sérgio Castrequini Fante

Assistente da Coordenação da Revista Jurídica: Profº. Esp. João Terra Junior

Conselho Editorial:
Presidente do Conselho Editorial: Profº. Dr. Rubens Alexandre da Silva
Profº. Msc. Sérgio Castrequini Fante
Profº. Esp. João Terra Junior
Profº. Dr. José Amâncio Gomes
Profº. Dr. Rubens Alexandre da Silva

Revisão:
Profº. Msc. Sérgio Castrequini Fante
Profº. Esp. João Terra Junior
Profª. Msc. Miriam Montoro Mugayar

Revisão Bibliográfica: Prof. Dr. José Perozim

ATENÇÃO: Todos os artigos publicados nesta revista foram cedidos por seus autores. A Revista Jurídica FAECA Dom Bosco de Monte Aprázivel não se responsabiliza pelos conceitos emitidos pelos artigos assinados, sendo de inteira responsabilidade de seus autores.

PREFÁCIO
"Per aspera ad astra"

Ao fazer uso do provérbio, para iniciar este prefácio, com o qual apresentamos a terceira publicação da Revista Jurídica "COMPLETAMENTE", o faço para prestar minhas homenagens ao nosso eterno Presidente da Associação de Ensino Dom Bosco de Monte Aprazível, o saudoso Dr. Saraiva, o qual prefaciou a primeira edição da nossa Revista Jurídica. Portanto minha tarefa é árdua e inglória, pois suceder o Dr. Saraiva em qualquer atividade intelectual é sempre uma temeridade, dado sua insuplantável capacidade de se expressar.

O contínuo trabalho de estudos e pesquisas, em qualquer área do conhecimento humano, mormente, como é o nosso caso, na área das ciências jurídicas, nos leva sempre à necessidade de divulgar nossa produção, não apenas por vaidade, mas sim pelo fato e nos colocarmos sempre em situação de reflexão e debate com a sociedade, assim é através de nossa Revista Jurídica é que abrimos espaço para esse mister.

Assim é que, a Revista Jurídica COMPLETAMENTE, em sua terceira publicação reúne uma seleção de importantes artigos os quais são precedidos de um resumo com a finalidade de ingressar o leitor no contexto do artigo e da revista como um todo, razão pela qual não vemos, nesse prefácio, a necessidade de apresentar qual resumo dos temas selecionados.

Oportuno se faz, no entanto, agradecer a todos os autores dos temas tratados, sejam ele professores da Faculdade, alunos, professores de outros institutos, os quais gentilmente se colocaram a disposição dos responsáveis diretos pela edição da revista.

Cabe, ainda agradecer a todos os pesquisadores que enviaram seus trabalhos, mas por motivos de espaço e oportunidade não tiveram seus artigos publicados, os quais, com certeza estarão presentes nas próximas edições.

"No mundo sempre existem os sonhadores de costume, que nunca têm a força de vontade para a concretização de seus sonhos, pois esperam de todos tudo aquilo que desejam conquistar. Há também os apáticos, os indiferentes e os que já se consideram vencidos e não têm sequer a capacidade de sonhar, pois permanecem sempre sentados, às margens de suas estradas, vendo a vida passar. Todavia, há os que sonham e apresentam a capacidade e a imediata ação para transformar seus sonhos em realidade" (Saraiva)

Reproduzi o texto acima, de autoria do Dr Saraiva, pois, além de ser uma forma de prestar a devida homenagem ao ilustre advogado e escritor, ilustra muito bem a luta daqueles que não tem medido esforços para manter a realidade do sonho possível de termos atrelada ao nosso curso de direito e a FAECA Dom Bosco de Monte Aprazível uma revista jurídica de qualidade e consolidada ao apresentar para o público leitor a sua terceira edição.

Prof. Dr. José Amancio Gomes
Coordenador do curso de Direito.

SUMÁRIO

NORMAS DA PUBLICAÇÃO.....05

O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES EM OPOSIÇÃO À INGERÊNCIA DO JUDICIÁRIO NAS DECISÕES POLÍTICAS DO LEGISLATIVO.....06
Ana Paula de Oliveira

A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL COMO UMA AGRAVANTE DA PROBLEMÁTICA DA VIOLÊNCIA NO BRASIL.....17
Marcello Cruz Maciel de Carvalho

A PRIORIDADE ABSOLUTA DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES PORTADORES DE DIABETES TIPO 1.....30
Sérgio Augusto Nogueira
Patrícia Pinheiro Nogueira

PRERROGATIVA DE FORO NAS AÇÕES CIVIS DE RESPONSABILIDADE POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....39
Landolfo Andrade de Souza

A POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS PROTETIVAS DA LEI 11.340/06 (MARIA DA PENHA) ÀS PESSOAS VULNERÁVEIS, ALÉM DAS MULHERES, EM CASO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA OU FAMILIAR.....47
Marcelo de Oliveira Burgati

POSSÍVEIS CAMINHOS INTERNACIONAIS PARA A LAVAGEM DE CAPITAIS.....47
Diego Pereira Machado

BANCO DE DADOS GENÉTICO PARA FINS CRIMINAIS E SUA]APLICAÇÃO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....83
Fábio Rocha Caliari
Flávia Cristina Correia Brito

APONTAMENTOS SOBRE A PUNIBILIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO.....104
João Santa Terra Júnior

TRIBUTO E MEIO AMBIENTE PERSPECTIVAS E DESAFIOS..... 113
Emílio Gutierrez Sobrinho
Patrícia Pinheiro Nogueira

NORMAS DE PUBLICAÇÃO

Os artigos Jurídicos encaminhados para apreciação do Conselho Editorial e do Editor da Revista Jurídica deverão seguir as seguintes regras metodológicas:

a) O trabalho científico deverá ser inédito, ou seja, não poderá ter tido parte ou totalidade de seu conteúdo publicado em livros, revistas, jornais, sítios da Internet, etc;

b) Deverá ser escrito em Folha A4, com margem superior e esquerda de 3 cm e margens inferior e direita de 2 cm;

c) Deverá ser escrito com letra Times New Roman número 12 e espaçamento entre linhas de 1,5;

d) Deverá ter no mínimo 7 (sete) e no máximo 25 (vinte e cinco) laudas. Serão aceitos artigos maiores, desde que devidamente justificada a necessidade do excesso;

e) Os artigos deverão versar preferencialmente sobre algum fato relevante da área jurídica ou do Ensino Superior;

f) O autor deverá apresentar um breve resumo para ser colocado no início do artigo e palavras chaves que identifiquem seu conteúdo;

g) O artigo deverá estar obrigatoriamente acompanhado das referencias bibliográficas que serviram de suporte para a pesquisa de seu autor;

h) Deverá ainda apresentar um breve apanhado de sua vida profissional e acadêmica que será publicado junto ao artigo;

i) Os assuntos, conceitos, discussões, dados apresentados, etc, serão de inteira responsabilidade do autor do artigo que assume total responsabilidade perante nossa legislação de Direitos Autorais e principalmente a legislação criminal.

j) O artigo poderá ser escrito por professores, alunos ou qualquer outra pessoa que queira colaborar com a revista. Serão aceitos artigos em co-autoria.

k) Os artigos deverão ser enviados para o e-mail rjdombosco@bol.com.br.

O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES EM OPOSIÇÃO À INGERÊNCIA DO JUDICIÁRIO NAS DECISÕES POLÍTICAS DO LEGISLATIVO.

Ana Paula de Oliveira[1]

RESUMO: O presente trabalho tem por intento apresentar uma análise teórica acerca da recente polêmica envolvendo uma decisão política sobre a perda de mandato de parlamentar pela Câmara dos Deputados, a qual foi alterada, em sede de liminar pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso. A decisão da Suprema Corte amplia o debate sobre os limites constitucionais de ingerência de um Poder sobre outro, haja vista que a Carta Magna estabeleceu como um de seus princípios fundamentais a separação dos poderes. Ademais, este episódio consolida a ideia da judicialização da política nacional, pois se tornou corrente a prolação de decisões jurisdicionais de temas que até pouco tempo eram do domínio exclusivo do Poder Legislativo um exemplo disso foi a concessão de liminar, pela Suprema Corte, que suspendeu o projeto de lei nº 4470/12, o qual limitava o acesso de novos partidos políticos ao fundo partidário e ao tempo de propaganda eleitoral nos meios de comunicação, antes mesmo do projeto ter passado pelo crivo de discussões em todas as instâncias necessárias, inclusive, no plenário do Senado Federal. Este episódio criou clima de tensão entre os dois Poderes. Em face desta problemática, pretende-se apresentar posições doutrinárias e jurisprudências sobre até que ponto a interferência do Judiciário nas decisões políticas do Legislativo afronta ou não o princípio constitucional da separação dos poderes. Para tal, far-se-á uma abordagem sobre a origem histórica do princípio da separação dos poderes; sua aplicação e a forma de controle de um Poder sobre outro, bem como a interpretação apresentada pela doutrina sobre o tema, visto que a independência dos Poderes é o sustentáculo impreterível para assegurar a harmonia em um Regime democrático de direito.

Palavras chave: Separação dos poderes – ingerência – Judiciário – decisão política.

INTRODUÇÃO:

Ao proclamar uma decisão política, o Poder Legislativo está exercendo sua atribuição precípua qual seja, desempenhando suas prerrogativas essenciais outorgadas pelo constituinte originário, porém, quando esta prerrogativa é desempenhada por outro Poder, há um descumprimento às regras constitucionais estabelecidas, cujas consequências, inevitavelmente, farão com que "a derrocada de um Poder, fatalmente, acarretará a supressão dos demais, com o retorno do arbítrio e da ditadura[2]" .

Em razão disso, é imprescindível o equilíbrio entre os poderes, e para alcançar tal objetivo a doutrina elaborou o sistema de freios e contrapesos ou *checks and balances*, segundo o qual os poderes devem se controlar reciprocamente. Assim, a atividade do Poder Executivo é controlada pelo Poder Legislativo, e as atividades de ambos estão sujeitas ao controle pelo Poder Judiciário, sem, contudo, um Poder invadir a competência do outro, efetivando assim a separação entre os poderes.

1Advogada não militante. Bacharel em Direito pela FAECA.
2 MORAIS. Alexandre de. ***Direito Constitucional***. 13. ed. São Paulo:Atlas,2003, p. 374.

Contudo, hodiernamente não é o que está ocorrendo, visto que recentemente instalou-se um conflito entre uma decisão política do Legislativo e a suspensão da mesma pelo Judiciário.

Antes da análise desse caso, faz - se necessário discorrer sobre a origem histórica do princípio de separação dos poderes, bem como a forma de aplicação desse princípio e o sistema de controle de um poder sobre o outro no ordenamento jurídico pátrio.

1. ORIGEM HISTÓRICA DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES:

A doutrina da separação dos poderes[3] recebeu sua consagração na obra *O Espírito das Leis* de Montesquieu, ao asseverar que não seria possível a existência de liberdade se o poder estivesse nas mãos de um só indivíduo, já que o poder seria ilimitado e tenderia o homem ao abuso; e, por isso, o exercício da atividade estatal deveria ser dividido entre três poderes.

Assim se estabeleceu a teoria da tripartição dos poderes que serviu de plano de fundo para o surgimento do princípio da separação dos poderes, o qual foi, pela primeira vez, proclamado como estrutura do poder político-estatal nas Constituições de Massachusetts de 1780 e a norte – americana de 1781; sendo também, consagrado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789[4].

Contudo, a ideia de distinguir três funções estatais, quais sejam, legislação, administração e jurisdição, a ser atribuídas a três órgãos autônomos entre si, foi esboçada pela primeira vez na obra *Política* de Aristóteles, detalhada, posteriormente, por John Locke, na obra *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*. Tal proposição, porém tronou dogma só com Montesquieu.

No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da separação dos poderes sempre foi um princípio fundamental, sendo adotado, pela primeira vez, na Constituição do Império de 1824, que inovou ao adotar a separação quadripartida, quais sejam: o Poder Legislativo, o Poder Executivo, o Poder Judiciário e o Poder Moderador. Na prática, esse último poder mantinha exclusivamente as decisões sobre o futuro da nação nas mãos do imperador.

Contudo, as demais Constituições brasileiras assumiram a forma tripártite de divisão dos poderes elaborada por Montesquieu, sendo a primeira, a Carta Republicana de 1891, onde os membros dos poderes Legislativo e Executivo seriam eleitos pelo voto popular direto, o qual os legitimavam a representar os interesses dos cidadãos na política nacional.

A Constituição de 1934 seguiu a mesma regra da tripartição, onde os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário foram consagrados como independentes e coordenados entre si. Contudo, a organização do Poder Legislativo rompeu com o bicameralismo, para adotar o unicameralismo, nos termos do artigo 22, segundo o qual a função legislativa era exercida pela Câmara dos Deputados , com a colaboração do Senado Federal, mas não como órgão do Poder Legislativo.

Ao Senado Federal foram reservadas importantes atribuições, dentre as quais a de promover a coordenação dos poderes federais entre si, manter a continuidade administrativa, velar pela Constituição, colaborar na feitura das leis, por fim, a de ser o guardião da Constituição, consoante os artigos 90, 91 e 92,

3 O doutrinador Nuno Piçarra apresenta uma distinção entre *doutrina* e *princípio* da separação de poderes. A primeira refere-se á análise e a prescrição dos equilíbrios e limitações entre os grupos sociais, ao passo que o segundo diz respeito à estrutura do poder político-estatal.
4 Conforme estabelece o artigo 16 – "Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida à *separação dos poderes* não tem Constituição".

da respectiva Carta Magna.

Já a Constituição de 1937, conhecida por polaca, pois foi calcada na Constituição polonesa de Pilsudsky, outorgada por Getúlio Vargas, foi silenciosa em relação à separação dos poderes, visto que o poder ficou concentrado nas mãos do Poder Executivo.

Ademais, as Constituições posteriores de 1946, 1967 e 1988, substituíram a ideia de coordenação entre os poderes, para adotar a de harmonia, com a qual a cada poder foram atribuídas competências exclusivas. Contudo, a Constituinte de 1967 é exceção à regra, pois, apesar de adotar a tripartição dos poderes, na prática, havia previsão expressa de que, na omissão do Congresso Nacional, conferia ao chefe do Poder Executivo exercer a competência legislativa plena, através do instituto denominado decreto-lei; conforme determinava o artigo 58 da mencionada Carta. Assim, o chefe do Executivo era ao mesmo tempo administrador e legislador.

Por fim, hodiernamente o diploma constitucional de 1988 estabeleceu regras específicas quanto à competência de cada Poder, visando assegurar o equilíbrio, para que o regime democrático seja respeitado e não ocorram situações como as que atualmente se verificam em alguns países da América Latina, cita-se Argentina e Venezuela[5], os quais, gradativamente, os Executivos estão suprimindo, perigosamente os demais Poderes.

2. APLICAÇÃO DO PRÍNCIPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E A FORMA DE CONTROLE DE UM PODER SOBRE OUTRO.

A separação dos poderes é um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, consoante se desprende do artigo 2º da Constituição Federal de 1988, o mencionado artigo afirma serem os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e harmônicos entre si. Ademais, foi dado a este princípio o tratamento de cláusula pétrea, insuscetível de alteração ou supressão por emenda constitucional, cujo objetivo do constituinte é "instituir modelo destinado a impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do Estado" [6].

Não obstante isso, a regra da harmonia e independência entre os poderes também denota a preocupação do legislador originário em impedir a concentração de prerrogativas e competências nas mãos de um único ente do poder político, preservando, assim, a liberdade dos homens contra os abusos e a tirania dos governantes. Além disso, o texto constitucional estabelece diversas prerrogativas, imunidades e garantias aos agentes políticos de todos os Poderes e da instituição do Ministério Público, os quais têm por escopo assegurar o bom exercício das funções estatais.

Nessa esteira, a doutrina anglo-saxônica elaborou, nos moldes da ideia de Montesquieu, o sistema de freio e contrapesos ou "*checks and balances*" [7], o qual nas palavras de Dallari:

5 A supressão de um poder sobre o outro se verifica na Venezuela ao se analisar a prerrogativa dada ao Chefe do Executivo, pela Assembleia Nacional, controlada pelo chavismo (partidários da ideologia do ex- presidente Hugo Chaves), no qual consiste na prerrogativa do Executivo baixar leis por decretos durante um ano, sem o controle do Legislativo. Já o Judiciário tem sofrido com constantes destituições de juízes, conforme relatado por uma juíza venezuelana durante palestra na Escola Superior da Magistratura.
Já na Argentina tem se destacado a interferência do Executivo nos meios de comunicação, especialmente no grupo *El Clarín*, bem como, a polêmica Reforma do Judiciário o qual tinha entre outros pontos a composição do Conselho da Magistratura – até então efetivada por indicação do Congresso, de associações de juízes, advogados e acadêmicos – fosse realizada por meio de eleições populares diretas em que os candidatos deveriam inscrever-se nas listas dos partidos políticos para as eleições gerais. Felizmente, tal proposta foi considerada inconstitucional pela Suprema Corte.
6 LENZA.Pedro.***Direito Constitucional Esquematizado***.16.ed. rev., atual. e ampl.São Paulo: Saraiva, 2012,p.484.
7 Surgiu na Inglaterra quando a Câmara dos Lordes (nobreza e clero) começou a balancear os projetos oriundos da Câmara dos Comuns (povo), a fim de evitar que leis demagógicas fossem aprovadas. O objetivo principal era conter o povo para estes não mais ameaçar os interesses da nobreza.

> "Segundo essa teoria, os atos que o Estado pratica podem ser de duas espécies: ou são atos gerais ou são especiais. Os atos gerais, que só podem ser praticados pelo poder legislativo, constituem-se na emissão de regras gerais e abstratas, não se sabendo, no momento de ser emitidas, a quem elas irão atingir. Dessa forma, o poder legislativo, que só pratica atos gerais, não atua concretamente na vida social, não tendo meios para cometer abusos de poder nem para beneficiar ou prejudicar a uma pessoa ou a um grupo em particular. Só depois de emitida a norma geral é que se abre a possibilidade de atuação do poder executivo, por meio de atos especiais. O executivo dispõe de meios concretos para agir, mas está igualmente impossibilitado de atuar discricionariamente, porque todos os seus atos estão limitados pelos atos gerais praticados pelo legislativo. E se houver exorbitância de qualquer dos poderes surge a ação fiscalizadora do poder judiciário, obrigando cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competência"[8] .

Destarte, observa - se que o doutrinador aponta quais devem ser os papéis a serem desempenhados por cada poder, a fim de manter o Regime Democrático, nota-se que cabe ao Legislativo a tarefa de elaborar atos gerais, ou seja, emitir regras destinadas a todos os indivíduos sociais, ao passo que ao Executivo cabe a emissão de atos especiais para assegurarem o cumprimento dos atos gerais; estando os atos especiais limitados pelo geral. Por fim, subsiste ao Judiciário a incumbência de ser o "fiel da balança", ou seja, a ele é assegurada à tarefa de fiscalizar o devido cumprimento dos limites de atuação de cada poder.

Desta feita os órgãos exercentes das funções estatais tornar-se-ão independentes e irão conseguir frear uns aos outros, como verdadeiros controles recíprocos. Nesse sentido é que se afirma estar o mérito da teoria da separação dos poderes elaborada por Montesquieu, pois nos dizeres de TEMER "o valor de sua doutrina está na proposta de um sistema em que cada órgão desempenhasse função distinta e, ao mesmo tempo, que a atividade de cada qual caracterizasse forma de contenção da atividade de outro órgão do Poder" [9].

No sistema jurídico nacional é latente a presença do mecanismo de freios e contrapesos, consoante disposto na Constituição Federal, dentre os quais se destacam:

- ✓ Art. 5.º, XXXV: o Poder Judiciário pode rever atos de determinada CPI (Legislativo) que extrapolem o *postulado da reserva constitucional de jurisdição*, um exemplo, é o presidente da CPI expedir mandado de busca e apreensão em total violação ao art. 5.º, XI;
- ✓ Art. 52, I: compete privativamente ao Senado Federal (Legislativo) processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República (Executivo) nos crimes de responsabilidade;
- ✓ Art. 53, § 1.º, c/c art. 102, I, "b": eventual condenação pelo STF (Judiciário) de parlamentar federal corrupto (Legislativo) que se vale de seu cargo para indevidamente enriquecer;
- ✓ Art. 62: as medidas provisórias adotadas pelo Presidente da República (Executivo) poderão ser rejeitadas pelo Congresso Nacional (Legislativo);
- ✓ Art. 66, § 1.º: o Chefe do Poder Executivo pode sancionar ou vetar projetos de lei aprovados pelo Parlamento (Legislativo);
- ✓ Art. 66, §§ 4.º a 6.º: o Parlamento (Legislativo) poderá "derrubar" o veto lançado pelo Chefe do Poder Executivo;

8 DALLARI, Dalmo de Abreu. ***Elementos de Teoria Geral do Estado***. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 215.
9 TEMER. Michel. ***Elementos do Direito Constitucional***. 23º ed.rev.atual.São Paulo:Malheiros Editores, 2010, p.121.

- ✓ Art. 66, § 7.º: se a lei não for promulgada dentro de 48 horas pelo Presidente da República (Executivo), nos casos dos §§ 3.º e 5.º, o Presidente do Senado (Legislativo) a promulgará, e, se este não o fizer em igual prazo, caberá ao Vice-Presidente do Senado (Legislativo) fazê-lo;
- ✓ Art. 63, I e II: cabe emenda parlamentar (Legislativo) em projeto de lei de iniciativa exclusiva do Presidente da República (Executivo);
- ✓ Art. 64, § 1.º: o Presidente da República (Executivo) poderá solicitar urgência para o Parlamento (Legislativo) apreciar os projetos de sua iniciativa;
- ✓ Art. 97: os juízes (Judiciário) poderão declarar a inconstitucionalidade de lei (Legislativo) ou ato normativo do Poder Público (inclusive, como exemplo, de decretos autônomos elaborados pelo Executivo);
- ✓ Art. 101, parágrafo único (c/c art. 52, III, "a", e art. 84, XIV): os Ministros do STF (Judiciário) serão nomeados pelo Presidente da República (Executivo), depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal (Legislativo).
- ✓ Art. 102, I: compete ao STF (Judiciário) declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (Legislativo).

Assim, a separação dos poderes persegue os objetivos de manter a independência e a harmonia entre poderes de duas maneiras; primeiro impondo a colaboração e o consenso de várias autoridades estatais na tomada de decisões; e segundo, estabelecendo mecanismos de fiscalização e responsabilização recíproca dos poderes estatais, na fórmula institucional dos freios e contrapesos.

Nesse sentido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

> EMENTA: (...). A essência do postulado da divisão funcional do poder, além de derivar da necessidade de **conter os excessos dos órgãos que compõem o aparelho de Estado, representa o princípio conservador das liberdades do cidadão e constitui o meio mais adequado para tornar efetivos e reais os direitos e garantias proclamados pela Constituição**. Esse princípio, que tem assento no art. 2.º da Carta Política, não pode constituir e nem qualificar-se como um inaceitável manto protetor de comportamentos abusivos e arbitrários, por parte de qualquer agente do Poder Público ou de qualquer instituição estatal.
>
> (...).
>
> O sistema constitucional brasileiro, ao consagrar o *princípio da limitação de poderes*, teve por objetivo instituir modelo destinado a impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do Estado, em ordem a neutralizar, no plano político-jurídico, a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos Poderes da República sobre os demais órgãos da soberania nacional.
>
> (MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16.09.1999, Plenário, *DJ* de 12.05.2000).

No mesmo sentido destaca-se:

> "EMENTA: Separação e independência dos Poderes: freios e contrapesos: parâmetros federais impostos ao Estado-Membro. Os mecanismos de controle recíproco entre os Poderes, os 'freios e contrapesos' admissíveis na estruturação das unidades federadas, sobre constituírem matéria constitucional local, **só se legitimam na medida em que guardem estreita similaridade com os previstos na Constituição da República**: precedentes (...)" (ADI 1.905-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 19.11.1998, *DJ* de 05.11.2004).

Todo o aparato constitucional tem assim por escopo precípuo impedir a dominação de um poder

sobre outro, isso se aplica inclusive aos demais órgãos do sistema democrático nacional. Destarte, ao se estabelecer tal mecanismo de controle, o sistema constitucional consolidou a separação dos poderes, instituindo a denominadas funções típicas e atípicas de cada um.

Segundo TEMER "cada órgão do Poder exerce, preponderantemente, uma só função e, secundariamente, outras duas. Da preponderância advém a tipicidade da função; da secundariedade, a atipicidade."[10] . Logo, as funções típicas do Legislativo, Executivo e Judiciário, em virtude da preponderância, são respectivamente, legislar, administrar e julgar; ao passo que, atipicamente, o Legislativo administra e julga; o Executivo legisla e julga, e o Judiciário administra e legisla, ao organizar, por exemplo, seus serviços auxiliares e editar em regimentos internos, respectivamente.

Contudo, quando um Poder exerce uma função típica de outro, se está perante de uma situação de anormalidade em completa contrariedade ao que o constituinte originário previamente pactuou. Tal hipótese verifica-se hodiernamente entre o Legislativo e o Judiciário nacional, visto que o Judiciário, na pessoa do Supremo Tribunal Federal, em determinadas situações, está inovando a legislação pátria, principalmente ao suspender, em sede de liminar, a tramitação de um projeto de lei de competência do Legislativo, bem como os efeitos de sessão plenária realizada pela Câmara dos Deputados, situação essa mais detalhada em seguida.

Em retaliação, o Legislativo apresentou projeto de proposta de emenda constitucional (PEC nº 37), que tinha por objeto submeter ao crivo do Congresso Nacional as decisões da Suprema Corte. Tal atitude configura verdadeiro retrocesso, pois tal situação somente se faz presente em regimes autoritários. Felizmente a proposta foi rejeitada.

No entanto, esses fatos conduziram a várias indagações, em especial à temática relacionada à ingerência do Judiciário nas decisões políticas do Legislativo isso estaria ou não infringindo o princípio da separação dos poderes, por óbvio não se está querendo dizer que há no ordenamento jurídico pátrio uma rígida separação de poderes, mas sim onde afinal está o limite entre a função típica de legislar do Legislativo e a atípica de legislar do Judiciário?

A resposta para tal proposição não é tarefa fácil, pois tal conjuntura denota profunda análise de várias correntes jurídicas, dentre as quais está a teoria criada e nomeada pela doutrina de judicialização da política, o que não é o objetivo do presente texto.

3. A PROBLEMÁTICA ATUAL: DECISÃO POLÍTICA MODIFICADA PELO JUDICIÁRIO.

A situação que originou o presente estudo relaciona-se ao caso da cassação de mandato parlamentar do até então deputado federal Natan Donadon (PMDB-RO), o qual foi condenado, em 2010, pelo Supremo Tribunal Federal a pena de 13 anos de reclusão em regime fechado, pela prática dos delitos de peculato e formação de quadrilha (artigos 312 e 288, ambos do Código Penal), em razão do desvio de recursos financeiros públicos da Assembléia Legislativa de Rondônia.

Com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o parlamentar condenado iniciou o cumprimento da pena, em junho do corrente ano, no presídio da Papuda em Brasília. Perante a situação, tronou-se inviável o cumprimento da pena de reclusão concomitante com o exercício do mandato de

deputado federal. Logo, restou à Câmara dos Deputados determinar a perda do mandato do referido parlamentar, conforme posto no artigo 55, e seus incisos da Constituição Federal, bem como determinado no artigo 92, inciso I do Código Penal, visto onde se demonstra que os efeitos da condenação penal, com trânsito em julgado é a perda do cargo, da função pública ao do mandato eletivo exercido pelo condenado que são efeitos da condenação penal com trânsito em julgado a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo.

Acontece que, em votação secreta realizada em agosto pela Câmara dos Deputados, a maioria absoluta dos deputados presentes à sessão não votaram pela decretação da perda do mandato do supracitado parlamentar. Diante dessa situação, o ministro da Suprema Corte, Luís Roberto Barroso, em liminar determinou a suspensão dos efeitos da decisão da Câmara dos Deputados, com os seguintes argumentos:

> **MANDADO DE SEGURANÇA. CONDENAÇÃO CRIMINAL DEFINITIVA DE PARLAMENTAR. RECLUSÃO EM REGIME INICIAL FECHADO POR TEMPO SUPERIOR AO QUE RESTA DE MANDATO. HIPÓTESE DE DECLARAÇÃO DE PERDA DO MANDATO PELA MESA (CF, ART. 55, § 3º).**
> 1. A Constituição prevê, como regra geral, que cabe a cada uma das Casas do Congresso Nacional, respectivamente, a decisão sobre a perda do mandato de Deputado ou Senador que sofrer condenação criminal transitada em julgado.
> 2. Esta regra geral, no entanto, não se aplica em caso de condenação em regime inicial fechado, que deva perdurar por tempo superior ao prazo remanescente do mandato parlamentar. Em tal situação, a perda do mandato se dá automaticamente, por força da impossibilidade jurídica e fática de seu exercício. 3. Como consequência, ***quando se tratar de Deputado cujo prazo de prisão em regime fechado exceda o período que falta para a conclusão de seu mandato, a perda se dá como resultado direto e inexorável da condenação, sendo a decisão da Câmara dos Deputados vinculada e declaratória***.
> 4. Liminar concedida para suspender a deliberação do Plenário da Câmara dos Deputados na Representação nº 20, de 21.08.2013.(MS 32326 MC / DF).

A presente decisão causou polêmica no seara jurisdicional, visto que foi considerada como uma ingerência do Judiciário nas decisões do Legislativo, pois se observa a ocorrência de uma inovação legislativa acerca da perda do mandato parlamentar, haja vista não existir na legislação pátria a previsão de que *quando se tratar de deputado cujo prazo de prisão em regime fechado exceda o período que falta para a conclusão do seu mandato, a perda se dá como resultado direto da condenação*, consoante o posicionamento postulado pelo jurista Luiz Flávio Gomes no artigo "Ministro Barroso caiu numa armadilha e virou legislador"[11] .

O referido jurista vai além e, em outro artigo intitulado "Perda de mandato: vergonha nacional corrigível"[12] , ele explica como é tratada esta questão pelo ordenamento jurídico nacional. Segundo o jurista, sobre o tema há uma regra e uma exceção (ambas previstas nas Leis extravagantes e na Constituição Federal e "não na cabeça de cada Ministro", conforme suas palavras); para ele a única tarefa interpretativa consiste em saber o que entra na regra (perda de mandato decretada pelo Supremo Tribunal Federal) e o que é exceção (cassação determinada pela respectiva Casa Legislativa, conforme o caso).

Neste diapasão, o mencionado jurista esclarece que a regra está prevista no artigo 55, inciso IV, c.c.

10 *Ob. cit.*, p.122.
11 Artigo disponível em: http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2013/09/03/ministro-barroso-caiu-numa-armadilha-e-virou-legislador/ . Acesso em 08/09/2013.
12 Artigo disponível em: http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2013/09/04/perda-de-mandato-vergonha-nacional-corrigivel/. Acesso em 08/09/2013.

o artigo 15, inciso III, ambos da Constituição Federal, e o artigo 92, inciso I, do Código Penal[13]. Ao passo que a exceção está prevista no artigo 55, inciso VI, § 2º, da Constituição Federal.[14]

Assim, quando a Suprema Corte condena criminalmente um indivíduo, a ele compete decretar a perda do cargo/função ou do mandato eletivo em duas hipóteses: a) quando se tratar de crime cometido com abuso de poder ou violação de dever funcional ou b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a quatro anos. Logo, nesse caso, cabe a respectiva Casa Legislativa apenas declarar a perda do mandato, não decidindo nada, visto que a decisão é judicial, ou seja, exógena ou externa. Essa é a regra geral que comanda o assunto.

Já a exceção reside quando o Supremo Tribunal Federal condenar o indivíduo que exerce mandato eletivo, mediante a ausência dos requisitos do artigo 92, inciso I, do Código Penal (por exemplo, caso de condenação a pena alternativa ou substitutiva, em razão de acidente de trânsito). Nesse caso, a decisão de decretar ou não a perda do mandato é endógena ou interna, ou seja, é exclusiva da respectiva Casa Legislativa. Essa é a exceção à citada regra.

Logo, na opinião do eminente jurista, o conflito aparente de normas, no caso de perda de mandato parlamentar pelo STF ou em sessão na Casa Legislativa, se resolve pelo critério interpretativo da regra – exceção, visto que "os poderes são independentes e é fundamental que se respeite essa independência, mas devem ser harmônicos. Daí a necessidade de se delimitar com precisão quando o STF decreta a perda de mandato parlamentar (decretação exógena) e quando essa tarefa é da respectiva Casa legislativa (decretação endógena)"[15] .

Contudo, faz se necessário observar a posição do Superior Tribunal de Justiça sobre a temática:

> ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO DE CASSAÇÃO DE MANDATO PARLAMENTAR. CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO DE ATOS DE NATUREZA POLÍTICA. ATO INTERNA CORPORIS. REQUERIMENTO. VALIDADE. 1. Mostra-se válido o requerimento de membro de Assembléia Legislativa para que a Mesa diretora da Casa provoque a instauração de processo de cassação de mandato de deputado estadual, sendo esse o procedimento previsto pela Constituição Estadual. 2. ***Além de ato político, a cassação de mandato parlamentar é interna corporis, cuja apreciação é reservada exclusivamente ao Plenário da Câmara, não podendo o judiciário substituir a deliberação da Casa por um pronunciamento judicial sobre assunto que seja da exclusiva competência discricionária do Poder Legislativo***. 3. Recurso não provido.

---

13 Dispõe a Constituição Federal:
Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou **suspensão** só se dará nos casos de:
...
III - **condenação criminal transitada em julgado**, enquanto durarem seus efeitos;
...
Art. 55. **Perderá** o mandato o Deputado ou Senador:
...
IV - que perder ou tiver suspensos os direitos políticos;
...
Dispõe o Código Penal:
Art.92. **São também efeitos da condenação:**
I – a **perda** de cargo, função pública ou mandato eletivo:
a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a administração pública;
b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos;
....

14 Dispõe a Constituição Federal:
Art. 55. **Perderá** o mandato o Deputado ou Senador:
...
VI- que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.
...
§2º Nos casos dos incisos I, II e **VI,** a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por voto secreto e maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.

15 Artigo *op. cit.*

(STJ - RMS: 18959 SE 2004/0131772-6, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA. Data de Julgamento: 05/09/2005, T2 - SEGUNDA TURMA. Data de Publicação: DJ 10.10.2005 p. 269).

Observa-se no julgado que o ato político da cassação de mandato parlamentar é tratado como um ato *interna corpus*, sendo esse reservado exclusivamente a cada Casa Legislativa, não podendo o Judiciário substituir a deliberação da respectiva Casa.

Nesta esteira também é o entendimento apregoado na *Revista de Informação Legislativa* ao estabelecer "com a previsão constitucional, a perda de mandato parlamentar não é automática, dependendo da avaliação da casa parlamentar em um juízo político (processo de cassação) para averiguar eventuais danos à imagem da instituição".

No entanto, não se pode olvidar que o caso em apreço é situação flagrante de interferência de um poder sobre o outro. Não se discute, todavia, a legitimidade do parlamentar em impetrar mandado de segurança quando entender que ocorreu alguma ilegalidade durante a atividade legislativa, mas o que está em foco é a atitude de inovação legislativa trazida pelo ilustre julgador do Excelso Supremo Tribunal Federal.

Isto porque o constituinte originário estabeleceu ser a atividade de elaboração de leis função típica do Legislativo, ao passo que, o Judiciário somente poderá legislar quanto exercer função atípica e tão somente sobre assuntos relacionados à estrutura de seus membros. Logo, ao suspender os efeitos da referida sessão plenária, sob o argumento inexistente na legislação pátria, o julgador assumiu papel de legislador originário; atitude esta que denota completo desrespeito ao princípio da separação dos poderes.

Portanto, no caso em comento resta afirmar que diuturnamente a Suprema Corte tem se fortalecido mais como uma instituição que cria regras do que a que fiscaliza o cumprimento das mesmas pelos outros poderes. Não se pode deixar de registrar porém que o Legislativo nacional está cada vez mais desacreditado, não só pelos escândalos de corrupção, mas também por sua morosidade em exercer sua tarefa precípua, qual seja, a de legislar em conformidade com os anseios da sociedade.

Por fim, ainda se deve esclarecer que, apesar da ingerência do Judiciário, não se pode deixar de declarar que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal vem corroborar o sistema jurisdicional pátrio, pois abre precedentes no sentido de que a definição sobre a quem compete decidir (STF ou respectiva Casa Legislativa) sobre a perda de mandato eletivo está cada vez mais iminente.

CONCLUSÃO:

Em face da situação problemática apresentada restou evidenciado que as decisões do Judiciário, na pessoa do Supremo Tribunal Federal, estão cada vez mais ganhando contornos de decisões políticas. Sua atuação, embora intitulada de democrática, constantemente toma rumo á arbitrariedade e ao autoritarismo.

Os papéis de representantes do povo e de julgadores não podem se confundir, pois cada um possui suas atribuições constitucionalmente definidas. Não é porque uma decisão política é imoral que o outro vai abarcar tal função indistintamente sob a alegação de estar zelando pela Constituição e pelos direitos fundamentais da nação.

Os ministros da Suprema Corte não são e nem podem ser representantes políticos do povo, não lhe foram atribuídos os requisitos para tal cargo. Atribui-se uma função política que não lhe cabe é ferir mortalmente os preceitos constitucionais e democráticos que se aduz preservar.

Enfim, a transformação da justiça em símbolo da moralidade pública deve ser encarada positivamente, desde que se tenha bem delimitado que a seara política não pode ser substituída pela jurídica, sob pena de se cometer gravame irreparável no Regime Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS:

BONAVIDES. Paulo. [*et al] ;* coordenação ROCHA.Cléia Carpi.*[et al].As Constituições Brasileiras: notícia, história e análise crítica*.Brasília: OAB Editora. 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 29 ed. São Paulo: Saraiva 2010.

FRANÇA. *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. de 1789*. In: http://pfdc.pgr. mpf. gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao .pdf. Acesso em: 08/09/2013.

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

MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis.* São Paulo: Saraiva, 2000.

MORAIS. Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo:Atlas,2003.

PIÇARRA. Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra Editora, 1989.

TEMER. Michel. *Elementos do Direito Constitucional*. 23º ed.rev.atual.São Paulo:Malheiros Editores, 2010.

Documentos eletrônicos:

BEZERRA.Elton. *Câmara pode manter mandato de preso, diz professor*. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2013-set-02/camara-manter-mandato-deputado-condenado-professor2. Acesso em 08/09/2013.

_____. *Manutenção de mandato causa mal estar, mas é legal.* Disponível em: http://www.conjur.com.br/2013-ago-29/manutencao-mandato-donadon-causa-mal-estar -constitucional. Acesso em 08/09/2013.

GOMES.Luiz Flávio.*Ministro Barroso caiu numa armadilha e virou legislador.* Disponível em: http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2013/09/03/ministro-barroso-caiu-numa-armadilha-e-virou-legislador/. Acesso em 08/09/2013.

_____. *Perda de mandato: vergonha nacional corrigível.* Disponível em: http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2013/09/04/perda-de-mandato-vergonha-nacional-corrigivel/. Acesso em 08/09/2013.

JÚNIOR. Alberto Nogueira. Um Congresso Nacional contra o Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3694, 12 ago. 2013. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/24030>. Acesso em: 8/09/ 2013.

LAGO. Ronaldo Assunção Sousa do. *Separação ou crise entre os poderes do Estado brasileiro? - Autor:*

Ronaldo Assunção Sousa do Lago. Clubjus, Brasília-DF: 10 nov. 2009. Disponível em: <http://www.clubjus.com.br/?content=2.26953>. Acesso em: 08/09/2013.

MARTINEZ. Vinício Carrilho. *Parlamentares condenados: prerrogativas democráticas*. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3718, 5 set. 2013 . Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/25216>. Acesso em: 8/09/2013.

NETO. Alberto C. da Cunha. *Divisão de poderes no Brasil. Da teoria à prática: uma leitura sobre as contemporâneas ações legislativas do STF*. Disponível em: http://jus.com.br/artigos/23450/divisao-de-poderes-no-brasil/print. Acesso em 08/09/2013.

O ESTADO DE S. PAULO: *Chavismo aprova reforço de poderes para Maduro enfrentar crise econômica.* Disponível em: http://www.estadao.com.br/noticias/internacional,chavismo-aprova-reforco-de-poderes-para-maduro-enfrentar-crise-economica,1098484,0.htm. Acesso em 27/11/2013.

OLIVEIRA NETTO. Sérgio de. *Perda do mandato parlamentar decorrente de condenação criminal*. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3713, 31 ago. 2013. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/25198>. Acesso em: 8/09/2013.

PRESTES.Felipe. *Juíza venezuelana expôs situação do país durante palestra na ESM.* Disponível em: http://www.escoladaajuris.org.br/esm/index.php?id=11&id_sub=445. Acesso em 27/11/2013.

VALE.André Rufino.*Corte argentina declara inconstitucional reforma judicial.*Disponível em: http://www.conjur.com.br/2013-jun-29/observatorio-constitucional-corte-argentina-declara-inconstitucional-reforma-judicial. Acesso em 27/11/2013.

ZUFELATO.Camilo. *Caso Donadon revela desrespeito à Justiça brasileira.* Disponível em: http://www.conjur.com.br/2013-set-02/camilo-zufelato-donadon-revela-desrespeito-justica-brasileira. Acesso em 08/09/2013.

A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL COMO UMA AGRAVANTE DA PROBLEMÁTICA DA VIOLÊNCIA NO BRASIL

Marcello Cruz Maciel de Carvalho[1]

RESUMO: O presente trabalho versa sobre a importância da manutenção da idade de responsabilização criminal, alertando que uma possível diminuição cronológica para a imputação da responsabilidade penal trará imensuráveis malefícios no que tange à violência praticada pelos jovens brasileiros. Relata os direitos e garantias constitucionais assegurados aos jovens, porém não cumpridos pelo do Estado, família e sociedade em geral. Além disso, revela dados estatísticos que mostram que a redução não é o meio eficaz para inibir a criminalidade, que só será conseguida com o oferecimento de condições para obter se uma vida digna.

PALAVRAS-CHAVE: maioridade penal – menor infrator – ato infracional – lei nº 8.069/90 – medidas socioeducativas.

1 ACEPÇÃO JURÍDICA DO TERMO MAIORIDADE

Ápice das discussões entre Congresso Nacional, Supremo Tribunal Federal e sociedade brasileira, o termo maioridade figura como uma palavra de simples resolução. A solução, segundo considerado números de brasileiros, seria a redução, uma vez que resolveria a problemática da criminalidade praticada pelos jovens brasileiros. Porém, antes de adentrar no mérito da discussão, cabe dissecar o real significado da palavra maioridade numa visão jurídica.

O dicionário o Globo, a respeito da palavra maioridade traz a seguinte definição: "Idade em que, segundo a lei, se entra no gozo de todos os direitos civis; emancipação; (p. ext.) completo desenvolvimento de uma sociedade" (FERNANDES; GUIMARÃES; LUFT, 1999). Assim, diante de tal afirmação, nota-se que, maioridade, em termos jurídicos, diz respeito ao momento em que o cidadão está apto a exercer os direitos e deveres a ele inerente.

No ordenamento jurídico brasileiro, a maioridade significa atribuir condições a um indivíduo para que o mesmo aja por si próprio. Tal dispositivo é ligado à necessidade de que a pessoa adquira certa maturidade intelectual para que tenha validade seus atos praticados na vida civil. No entanto, previamente a esta situação de maioridade, os cidadãos se encontram numa fase intitulada de menoridade.

A respeito da menoridade, ensina Maria Helena Diniz:

> Em relação à menoridade, a incapacidade cessará quando o menor completar dezoito anos, segundo nossa legislação civil. Ao atingir dezoito anos a pessoa tornar-se-á maior, adquirindo a capacidade de fato, podendo, então, exercer pessoalmente os atos da vida civil, ante a presunção de que, pelas condições do mundo moderno e pelos avanços tecnológicos dos meios de comunicação, já tem experiência, em razão da aquisição de uma formação cultural, responsável pela precocidade de seu desenvolvimento físico-mental e do discernimento necessário para a efetivação de atos negociais. (DINIZ, 2010, p.45)

Importante dizer que a maioridade, em termos jurídicos, se divide em duas vertentes, quais sejam: 1- maioridade civil; 2- maioridade penal. Adquirindo a maioridade civil o cidadão é responsável pela

1 Docente da rede pública de ensino. Aluno do curso de Direito da FAECA - DOM BOSCO de Monte Aprazível.

prática dos seus atos na esfera civil. O mesmo acontece com o cidadão na esfera penal, ou seja, também é responsável por todos os seus atos, observando-se sempre a competência de cada ato praticado.

Em suma, a maioridade tem início a partir dos dezoito anos completos, quando o indivíduo está apto a praticar todos os atos da vida civil, e ser suficientemente capaz de entender os atos praticados na esfera criminal. A mesma idade que põe termo a incapacidade na esfera civil, também o põe na esfera penal, porém, a maioridade penal independe da civil.

2 MAIORIDADE PENAL

Pauta constante dos debates políticos, jurídicos e sociais é a redução ou não da maioridade penal, o que, em visão particular, a redução seria um gravíssimo erro do legislador. Porém, antes de justificar tal afirmativa, cumpre esclarecer o que é ser "maior" para a legislação penal, a idade para a responsabilização criminal, enfim, esmiuçar o real conceito de maioridade penal.

Dispõe o artigo 27 do Código Penal: "Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial." (SARAIVA, 2013, p. 525). Além do Código penal, o Estatuto da Criança e do Adolescente também faz menção à responsabilização criminal dos cidadãos brasileiros, artigo 104: "São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta lei." (SARAIVA, 2013, p. 1057). Por fim, e não menos importante, a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 228, traz o seguinte texto: "São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial." (SARAIVA, 2013, p. 74).

Neste diapasão é de fácil constatação que a responsabilização criminal, no Brasil, advém quando o indivíduo completa os dezoito anos de idade. Cumpre dizer que, conforme bem ensina Celso Delmanto, a respeito da contagem da menoridade:

> a. Quanto à idade. Considera-se alcançada a maioridade penal a partir do primeiro minuto do dia em que o jovem completa os 18 anos, independentemente da hora do nascimento. É a regra do artigo 10 do CP. B. Quanto à data do crime. Na forma do artigo 4º do CP, considera-se praticado o crime no momento da conduta (ação ou omissão), mesmo que outro seja o momento do resultado. Exemplo: se na véspera de completar 18 anos um jovem atira em alguém, e este entra em estado de coma, acabando por falecer meses depois, aquele jovem nunca poderá ser processado criminalmente, ainda que o resultado morte tenha acontecido após sua maioridade penal. (DELMANTO, 2010, p. 187).

No que concerne quanto á dúvida da idade do indivíduo quando da consecução do delito, deve-se prevalecer o entendimento da não responsabilização penal. Mais uma vez, por Delmanto o esclarecimento de tal questão:

> Na hipótese de haver dúvida fundada quanto à menoridade ou não do agente, deve-se optar pela irresponsabilidade penal. Como se sabe, nem mesmo os exames médicos ou radiológicos têm condições de determinar, com a necessária exatidão, a idade precisa da pessoa examinada. (DELMANTO, 2010, p. 187).

Não se pode olvidar, que para a escolha da idade para a responsabilização criminal, foi usado o

critério puramente biológico, uma vez que, presume-se com o desenvolvimento mental incompleto o jovem que ainda não completou 18 anos de idade, resultando, assim, na incapacidade de compreensão das sua condutas. Neste mesmo sentido ensina, com excelência, Guilherme de Souza Nucci:

> Trata-se da adoção, nesse contexto, do critério puramente biológico, isto é, a lei penal criou uma presunção absoluta de que o menor de 18 anos, em face do desenvolvimento mental incompleto, não tem condições de compreender o caráter ilícito do que faz ou capacidade de determinar-se de acordo com esse entendimento. (NUCCI, 2009, p. 301).

Mesmo com a alta porcentagem de aprovação da sociedade brasileira, provavelmente pela opinião manipuladora da mídia em seus diversos meios de comunicação, levando como regra fatos isolados de delitos praticados por menores, ao ouvido e visão de pessoas vulneráveis a palavras complexas, não podemos nos deixar levar na ideia de que reduzir a maioridade penal resolveria a problemática da violência no Brasil.

Ademais, eximir-se da responsabilidade de garantir aos jovens, ou melhor, a sociedade como um todo os direitos a eles inerentes, e imputar somente aos jovens a culpa por toda violência vista atualmente no país é o mais alto nível de hipocrisia, em termos de justiça, em toda a história da humanidade. Não precisamos nos esforçar para ver que o direito à vida, à saúde, o desenvolvimento moral, mental, espiritual, social, o direito à liberdade, ao respeito, à dignidade, à convivência familiar, enfim, todos os direitos garantidos aos jovens, no Estatuto da Criança e do Adolescente, não são cumpridos pelo Estado, e este, por sua vez, exige uma sociedade decente.

Enquanto fecharmos os olhos às causas da criminalidade e somente fixarmos nossos pensamentos à punição, a violência tende a aumentar. A mesma proporção que as políticas públicas de socialização e educação diminuem, a violência aumenta. Os jovens não nascem para delinquir, mas as faltas de opções os levam a isso. Basta olhar sob outro ângulo que veremos que os jovens são muito mais vítimas do que autores de ilícitos. Vejamos a lição de REALE JÚNIOR *apud* DELMANTO (2010)

> Os adolescentes são muito mais vítimas de crimes do que autores, contribuindo este fato para a queda da expectativa de vida no Brasil, pois se existe um 'risco Brasil', este reside na violência da periferia das grandes e médias cidades. Dado impressionante é o de que 65% dos infratores menores vivem em família desorganizada, junto com a mãe abandonada pelo marido, que, por vezes, tem filhos de outras uniões também desfeitas, e luta para dar sobrevivência à sua prole. Alardeia-se pela mídia, sem dados, a criminalidade do menor de dezoito anos, dentro de uma visão tacanha da 'lei e da ordem', que de má ou boa-fé crê resolver a questão da criminalidade com repressão penal, como se por um passe de mágica a imputabilidade aos dezesseis anos viesse a reduzir comodamente, sem políticas sociais, a criminalidade. (DELMANTO, 2010, p.187)

Portanto, as mudanças devem ocorrer nas razões sociais que levam ao crime, ou seja, na raiz do problema, e não nos fatos já concretizados. Enquanto mantivermos nossos olhos fechados à dura e cruel realidade do país, e continuar nos eximindo das nossas próprias responsabilidades, continuaremos oferecendo nossos jovens ao tráfico e, por conseguinte, à violência. “Reduzir a maioridade penal não resolve. Ou agimos nas causas da violência ou daqui a pouco veremos o tráfico estar recrutando crianças com 14, 12 ou 10 anos”, diz Gilberto Carvalho, ministro-chefe da Secretaria Geral da Presidência da República. (BORIN, 2013, p. 69)

3 A LEI EM RELAÇÃO AO MENOR

Como já frisado anteriormente, três são os dispositivos legais acerca da imputabilidade penal. O artigo 27 do Código Penal garante a responsabilização criminal somente após os 18 anos completos. Neste mesmo sentido dispõe o artigo 228 da Constituição Federal, dizendo que os menores de dezoito anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas da legislação especial. Por último, prevê o artigo 104 do Estatuto da Criança e do Adolescente, as medidas socioeducativas para a responsabilização dos menores de dezoito anos.

O artigo 2º da lei 8.069/90, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente, traz o seguinte texto: "Considera-se criança, para os efeitos desta lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos; e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade." (SARAIVA, 2013, p. 1043). Assim, conforme o trazido pelo dispositivo legal, nos resta claro o conceito de criança e adolescente perante a legislação brasileira.

Com efeito, vale esclarecer e desmitificar a ideia de que o menor, perante a lei, é impune. O mesmo diploma legal, em seu artigo 112, prevê as medidas socioeducativas aplicáveis aos adolescentes caso, pratique algum ato infracional:

> Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:
>
> I- advertência;
>
> II- obrigação de reparar o dano;
>
> III- prestação de serviços à comunidade
>
> IV- liberdade assistida;
>
> V- inserção de regime em semiliberdade;
>
> VI- internação em estabelecimento educacional;
>
> VII- qualquer uma das previstas no art. 101, I a IV. (SARAIVA, 2013, p. 1057).

Além disso, veremos que nem as crianças são totalmente impunes no tocante a nossa legislação, ficando, também, sujeitas às medidas socioeducativas previstas no artigo 101, da mesma lei:

> Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:
>
> I- encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;
>
> II- orientação, apoio e acompanhamento temporários;
>
> III- matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;
>
> IV- inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente;
>
> V- requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;

VI- inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;

VII- acolhimento institucional;

VIII- inclusão em programa de acolhimento familiar;

IX- colocação em família substituta. (SARAIVA, 2013, p. 1055 – 1056).

Pela análise dos dispositivos legais, não há de se falar em impunidade no que tange aos jovens (crianças e adolescentes) brasileiros, uma vez que as medidas socioeducativas, mesmo possuindo caráter pedagógico, têm por finalidade inibir a reincidência dos atos infracionais e ressocializar, ou seja, colocá-los novamente em meio a sociedade para que tenha condições de viver dignamente.

4 IMPUNIDADE X IMPUTABILIDADE

A visão da sociedade brasileira em relação ao menor, no que diz respeito à responsabilização destes, quando do cometimento de algum delito, é, de maneira perceptível, errônea. Nota-se claramente o desconhecimento e a mistura dos conceitos de impunidade e de imputabilidade. Deve-se asseverar que, os menores não são impunes pelas condutas por eles praticadas que contrariem a lei; apenas serão responsabilizados conforme os ditames do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A palavra impunidade deve ser entendida como livre de sansão, isento de pena, conforme o dicionário o Globo: "Estado de impune, falta de castigo" (FERNANDES; GUIMARÃES; LUFT, 1999), enfim, a pessoa que não pode ou não deve ser punida. Por outro lado, a palavra imputabilidade tem por conceito, também pelo mesmo dicionário: "Qualidade do que é imputável" (FERNANDES; GUIMARÃES; LUFT, 1999), é o ato de atribuir a alguém a responsabilização de algo, de determinada conduta, ou seja, responsabilizar uma pessoa pelo ato por ela praticado.

A falta de informação ou mesmo a informação falaciosa leva a sociedade a pensar que os menores são inimputáveis perante qualquer lei brasileira. Obviamente que os menores – por terem o desenvolvimento mental incompleto – não são julgados da mesma forma que os adultos o são, e isso, geralmente, leva à ideia de que os mesmos são intocáveis, inimputáveis, que eles estariam acima da lei. Porém, como já explicado, os menores só não respondem da mesma forma que os adultos, mas respondem e estão sujeitos às medidas socioeducativas previstas em legislação própria.

Importante ressaltar que impunidade e imputabilidade são palavras completamente diferentes. A primeira somente deve ser aplicada quando provado nos autos do processo que o individuo não cometeu qualquer conduta descrita como crime, contravenção penal ou ato infracional. Já a imputabilidade é a responsabilização do individuo que pratique qualquer conduta em contrariedade com a lei. Inclui todos os brasileiros, porém com diferentes tipos de atribuição de responsabilidades.

Vale dizer, ainda, que nem mesmo as crianças são completamente impunes, e, da mesma forma que os adolescentes também estão sujeitas às medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e

do Adolescente. Assim, mesmo com o caráter educativo das medidas socioeducativas, equivalente às penas previstas nos crimes praticados por adultos, ninguém, no Brasil, está completamente impune quando praticada qualquer conduta que esteja em desconformidade com a lei.

Por fim, o desconhecimento da sociedade no que tange à legislação brasileira, aliado ao sensacionalismo imposto pela mídia no momento da transmissão de notícias de delitos que tem o menor como sujeito ativo, dizendo que os mesmos são sempre impunes por qualquer ato praticado, leva o povo ao pensamento de revolta, a querer punir o autor do ato infracional. Mas, como já explicado, os menores jamais ficaram impunes pelas leis brasileiras, sendo julgados e condenados a possíveis medidas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

5 ATO INFRACIONAL X CRIME

Conforme mencionado anteriormente, as crianças e os adolescentes que possivelmente infrinjam a lei serão julgados pela legislação especial, ou seja, o Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim o é, pois, pelos olhos do legislador brasileiro, os jovens, menores de dezoito anos não cometem crime por não possuir o discernimento necessário no momento da consecução, resultando na falta da culpabilidade; esta, elemento necessário para o completo conceito de crime.

Neste diapasão, o delito que tenha como agente a criança ou o adolescente é intitulado tecnicamente de ato infracional. Difere-se do crime, simplesmente pelo requisito da culpabilidade. Há de se lembrar, porém, que para a aplicação da medida socioeducativa ao menor, a conduta por ele praticada deve ser um fato típico, antijurídico e culpável; já que o artigo 103, da lei 8.069/90, quando definiu ato infracional o equiparou ao crime ou contravenção.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 103 conceituou o ato infracional da seguinte forma: “Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal” (SARAIVA, 2013, p. 1057), ou seja, o ato infracional também deve possuir uma tipificação legal assim definida na forma da lei. A diferença consiste, mais uma vez, apenas no campo da culpabilidade.

O conceito de crime, por sua vez, divide-se em três vertentes: 1- conceito material (opinião do povo em geral no que tange as condutas que devem ser proibidas através de sanção penal); 2- conceito formal (opinião jurídica no que cerne aos delitos, resultando em práticas proibidas por lei, ameaçando os transgressores a uma possível aplicação de penas); 3 - conceito analítico, (o crime é uma conduta típica, antijurídica e culpável).

Nota-se, portanto, que o crime é uma reprovação da sociedade em relação a determinadas condutas, além de ser, também, uma concepção jurídica; resultando em condutas proibidas por lei, e, deve ser uma conduta típica (uma ação ou omissão que se enquadre no tipo penal), antijurídica (em desconformidade com o direito) e culpável (o agente deve possuir discernimento, consciência no momento da conduta).

Insta ressaltar que a diferença entre crime e ato infracional situa-se, somente, no campo da culpabilidade, pois, tanto o crime quanto os atos infracionais são fatos típicos, antijurídicos e culpáveis, porém, diferentemente dos adultos, o menor não possui consciência para distinguir o certo do errado, e, por conseguinte, não deve ser julgado como os mesmos; ficando sujeito às medidas socioeducativas constantes da lei 8.069/90.

6 OS MENORES INFRATORES

Menores infratores é uma classificação jurídica aos jovens que estão abaixo da idade de dezoito anos e que cometem qualquer ato que esteja no rol das condutas descritas como crime. Atos infracionais e medidas socioeducativas, segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente, são os nomes dados aos delitos e penalidades, respectivamente, aplicadas aos menores que infringem a lei.

Atualmente, em pesquisa realizada em junho de 2013, pela CNT (Confederação Nacional do Transporte), em parceria com a MDA, mostrou que 92,7% dos brasileiros são favoráveis à redução da maioridade penal. Número este que já era de se esperar, visto que, com a opinião manipuladora da mídia, nos trazendo a solução simplista de que reduzir a idade da responsabilização criminal irá sanar a violência no país, e as jogando então cabeças formadas, na grande maioria, pela rede de educação pública, não esperaríamos outro resultado.

Para cada escolha advém uma renúncia, da mesma forma que cada crime emana de uma causa. Ao escolhermos um presidente, abrimos mão de outro, e esse mesmo presidente, quando escolhe investir em estádios para copa do mundo, deixa de investir em educação, em qualidade de vida, em respeito, consequentemente em dignidade, em possibilidades para uma vida melhor, resultando numa sociedade desprovida de condições de viver honestamente e, por conseguinte, furtando, roubando, enfim, delinquindo de várias formas.

"Diminuir a idade é, também, diminuir possibilidades", (TAMEIRÃO, 2013, p. 26) é o que diz Felipe Viégas Tameirão, psicólogo, psicanalista, especialista em saúde mental e psicanálise. O autor supra faz também um paralelo entre o jovem brasileiro e a música faroeste caboclo, da banda legião urbana:

> O jovem do faroeste desde cedo se aventura na vida defronte à lei, é rotulado e como tal, julgado. Tendo o pai sido morto por um tiro da lei, revoltou-se e já, desde criança, identificava-se com o ser bandido. Começou a atuar em seu circuito social, aprontava na escola, na igreja e em seu bairro. Não entendia como a vida funcionava, escolhendo a solidão. Aos quinze anos foi mandado ao reformatório, onde aumentou seu ódio. Viajou para Brasília, deparando-se com a sua primeira oportunidade na vida. Trabalhava e até se casou por lá, tendo inclusive filhos. Porém, o jovem se envolveu em outros assaltos indo 'para o inferno'. Finalizando em um duelo, mostrado pela TV, lembrou-se de quando era criança e morreu sem conseguir o que queria: falar para o presidente para cuidar de toda a gente que sofre. (TAMEIRÃO, 2013, p. 26)

Diante da belíssima comparação, resta claro que, na grande maioria das vezes, nos fechamos à

verdadeira causa dos problemas e nos prendemos, somente, nas consequências, e, por óbvio, resta querer uma punição aos que desviam do considerado correto. Tão brilhante quanto o paralelo é a conclusão do autor:

> Em faroeste caboclo percebemos o quanto um trabalho diferenciado pode evitar trágicas rupturas em vidas. O jovem que queria um espaço para a fala, porém a escuta lhe era impossibilitada. Enviaram o jovem ao reformatório, o afastaram do social, porém, isso ele, por si mesmo, já havia feito, elegendo a solidão. (TAMEIRÃO, 2013, p. 26)

Mesmo sendo, muitas vezes, o bode expiatório dos problemas de violência da sociedade, lembremo-nos de que os jovens são as engrenagens da máquina da civilização, são eles os acompanhantes da tendência tecnológica para que os senhores gozem dos imensuráveis benefícios do capitalismo, e que nunca esqueçamos: é sempre melhor prevenir do que remediar.

7 MENORES INFRATORES, QUEM SÃO?

A violência no Brasil não é nenhuma novidade, porém, a violência praticada por jovens, na fase da adolescência, é um caso a ser discutido. Discussão esta que vem tomando conta das manchetes dos jornais, artigos de revistas e em qualquer meio de comunicação. A redução da maioridade penal é pauta de inúmeros projetos, tanto no Senado Federal, quanto no Congresso Nacional além de ser, também, na Comissão de Constituição e Justiça.

Quando ocorre qualquer ato infracional praticado por qualquer adolescente, logo sabemos da notícia, do óbito, da autópsia, como foi praticada a conduta, enfim, sabemos do passo a passo do delito. Porém, não nos dizem quem é o autor do ato infracional, em que circunstância foi cometido o ato, qual a razão da prática da conduta, a história de vida e o contexto em que foi criado o suposto "marginal". Independentemente de tudo isso, a sociedade aponta o dedo em direção ao menor e o julga culpado, exigindo sua condenação imediata.

Mas quem são os menores infratores? Em que circunstâncias são criados? Qual a base familiar desses infratores? Que tipo de educação tiveram para levar uma vida de delinquência? Quais as condições que o Estado fornece para que tais menores vivam uma vida com dignidade? Enfim, será que somente os autores dos atos infracionais são os culpados pela violência vivenciada? A resposta para tais questionamentos é simples; o Estado não cumpre o que promete, a família se exime da responsabilidade de educar e entrega à escola que, por sua vez, é precária e sem condições de alfabetizar, quanto mais de educar.

Não é difícil perceber que, se o Estado não garante condições para que os jovens vivam com dignidade, não adiantará reduzir a maioridade penal, tampouco aumentar as penas. "Se um jovem falhou, a sociedade, a família e a escola devem ter falhado também" (BORIN, 2013, p. 68-69), diz Cosete Ramos, doutora em educação pela Flórida State University.

Tomando como exemplo um desses "algozes" da sociedade brasileira, analisaremos, a seguir, a história de Sandro Barbosa do Nascimento, ator principal de um dos maiores incidentes que chocaram a sociedade brasileira, considerado por muitos como um bandido sem escrúpulos, marginal impiedoso, enfim, uma pessoa que nasceu para trazer a desgraça, espalhar o mal, "matar geral".

Sandro Barbosa do Nascimento nasceu no dia 07 de julho de 1978 no Rio de Janeiro. No dia 12 de junho de 2000, no auge dos seus 21 anos de idade, Sandro entra no ônibus 174 armado com um revólver calibre 38 e dá início a uma das mais trágicas histórias de terror e omissão já presenciadas em território brasileiro. Sandro adentra no ônibus com a intenção de efetuar um roubo. Um homem que estava presente no ônibus vê o revólver em sua cintura e dá sinal a policiais que o ônibus estava sendo assaltado. Em poucos minutos, o ônibus estava cercado de viaturas policiais e Sandro faz várias pessoas reféns.

O final não esperado acontece, o que era trágico fica ainda pior. Após horas de negociações Sandro desce do ônibus usando a refém Geisa Firmo Gonçalves como escudo. O policial Marcelo Oliveira dos Santos, sorrateiramente sai por detrás de um carro e atira em Sandro, porém o tiro acerta de raspão a refém. Sandro cai no chão com Geisa e dispara três tiros que acertam a refém nas costas, levando-a a óbito.

Após, a população cega pelo desejo de vingança, tenta linchar Sandro, mas a polícia o escolta até a viatura e, no interior desta, conclui o episódio de uma das mais trágicas peças reais da violência no Brasil: os mesmos policiais que escoltaram Sandro para não ser linchado pela população finalizaram o caso com a esperada justiça requerida pela sociedade: mataram o "algoz" asfixiando.

Depois do ocorrido, a mídia, em seus diversos meios de comunicação, noticiava o caso, julgando Sandro como um bandido cruel, autor de um ato bárbaro e que realmente chocou o país e até mesmo o mundo. Noticiavam, ainda, que a polícia falhara no momento da operação, pois enquanto a refém saiu sem vida, o bandido foi caminhando para a viatura policial, ou seja, queriam o assassinato de Sandro como forma de justiça, o que ocorrera minutos depois.

O que se nota, porém, é que ninguém se preocupou em investigar a trajetória da vida de Sandro, como teria sido sua infância, qual base familiar tivera, com que fundamentos educacionais, morais e éticos o vilão foi criado. Enfim, o personagem principal do terror do dia 12 de junho de 2000 agiu daquela forma porque era mal por natureza ou as indiferenças da sociedade, o esquecimento por parte do Estado e a trágica criação o levaram a ingressar em uma vida de delitos?

Sandro já nasceu em família desestruturada, pois o pai, quando soube que a mãe estava grávida, abandonou-a ainda antes de o menino nascer. Quando atingiu os 6 anos de idade, assistiu ao assassinato de sua mãe na favela onde viviam, tornando-se morador de rua e frequentando a igreja da candelária, local onde se abrigava e recebia comida. Em 1993, dias depois de completar 15 anos, o adolescente presenciou o massacre da candelária, chacina que resultou na morte de 8 amigos.

A chacina foi praticada por policiais militares, homens que deveriam garantir a lei, agentes estatais responsáveis pela a segurança pública. Desconhece-se o verdadeiro motivo da chacina, mas é verídico que dois carros pararam defronte aos meninos de rua que estavam dormindo e dispararam covardemente, levando oito com ele a óbito. Talvez, mais uma vez a causa desta chacina seja a cor e a

situação econômica.

Nota-se, portanto, que Sandro foi um menino órfão desde muito novo, sem família, sem acesso à educação, sem moradia, sem chances de possuir uma vida digna. O Estado, por sua vez, não fez valer seus direitos garantidos constitucionalmente, tampouco os constantes do Estatuto da Criança e do Adolescente, deixando, mais uma vez, um jovem brasileiro a mercê da criminalidade.

Assim Sandro cresceu, sem pai, presenciando o assassinato da mãe e dos "familiares" com quem vivia no seu novo lar: a rua, esquecido pela sociedade e pelo Estado. Porém, quando apareceu ao mundo, mais por um ato de mostrar que estava vivo do que por um ato de maldade, o Estado (polícia) lhe virou as costas mais uma vez, negando-lhe o que seria seu último direito: o de ser processado e julgado. Condenaram Sandro à pena de morte, por asfixia, ainda dentro da viatura policial.

8 A INCONSTITUCIONALIDADE DA REDUÇÃO (CLÁUSULA PÉTREA)

É perceptível que as discussões sobre a redução da idade de responsabilização criminal acontecem quando algum fato considerado grave, aliado ao sensacionalismo implantado pela mídia, vem à tona. Dessa forma, o debate se transforma em vingança privada; o desejo de vingar-se ganha espaço, e a reeducação do jovem e sua reinserção na sociedade ficam deixado de lado.

A variação sobre um mesmo tema nos permite optar por uma corrente, mas expor os pensamentos no calor do momento e exigir a redução sem estudos prévios ou dados estatísticos que garantam a diminuição da violência é como tapar o sol com peneira. É importante seguir uma linha de pensamento, mas com fundamentos, e estes devem beneficiar a sociedade como um todo, e não apenas desejos pessoais. Não resolveremos o problema da criminalidade de maneira simplista, tampouco do dia para a noite; é preciso estudo, tempo e muitas outras coisas.

Além de esbarrar nos argumentos já citados no presente trabalho, como a situação precária em que se encontra a educação no país, a desigualdade social, a imaturidade mental, a falta de estrutura familiar, enfim, inúmeros fatores que contribuem imensuravelmente para a vida delituosa, a redução é impedida, também, pelas chamadas cláusulas pétreas constantes da Constituição Federal.

As cláusulas pétreas são dispositivos expressos na Constituição Federal que cessam o poder de reforma de determinadas normas constitucionais. Não podem sofrer alteração, nem mesmo através de emenda. Nota-se, portanto, que nem mesmo por emenda constitucional o mencionado no artigo 60, § 4º poderá ser alterado. O dispositivo supracitado traz o seguinte texto:

> Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
> I- a forma federativa do Estado;
> II- o voto direto, secreto, universal e periódico;
> III- a separação dos poderes;
> IV- os direitos e garantias individuais. (SARAIVA, 2013, p. 32)

Em análise ao inciso 4º temos claramente os direitos e garantias individuais como insuscetíveis

de abolição. Tais direitos e garantias estão também presentes no artigo 5º, da carta maior. Ocorre que o § 2º, do mesmo, estabelece que são garantias e direitos individuais as normas contidas em qualquer parte do texto constitucional e não apenas as contidas no artigo 5º. Além disso, o inciso 4º, do § 4º, do artigo 60, não se refere, em nenhum momento, a que somente as garantias e direitos individuais constantes do artigo 5º não podem ser alteradas.

Por igualdade de pensamento, diz o promotor de Santa Catarina, Gercino Gerson Gomes Neto:

> Estabelece o artigo 5º da Constituição Federal, o rol de direitos e garantias individuais da pessoa humana, sendo desnecessário discutir se são ou não amparados pelo parágrafo 4º do artigo 60, pois expressamente definido na carta.
> Entretanto, o parágrafo 2º do artigo 5º diz que são direitos e garantias individuais as normas dispersas pelo texto constitucional, não apenas as elencadas no dispositivo mencionado. Diz o parágrafo 2º do artigo 5º: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". Assim, este parágrafo nos traz duas certezas. A primeira, que a própria Constituição Federal admite que encerra em seu corpo, direitos e garantias individuais, e que o rol do artigo 5º não é exaustivo.
> A segunda, que os direitos e garantias concernentes com os princípios da própria constituição e de tratados internacionais firmados pelo Brasil, integram referido rol, mesmo fora de sua lista.
> Voltando à leitura do inciso IV, do parágrafo 4º, do artigo 60, compreendemos que o dispositivo refere-se a não abolição de todo e qualquer direito ou garantia individual elencados na Constituição, não fazendo a ressalva de que precisam estar previstos no artigo 5º.
> Dito isto, parece-nos insofismável que todo e qualquer direito e garantia individual previstos no corpo da Constituição Federal de 1988 é insusceptível de emenda tendente a aboli-los. (NETO, 2000)

Ainda pela discussão se a redução da maioridade penal esbarra ou não nas chamadas cláusulas pétreas, vejamos a lição de MARTINS *aput* GOMES NETO:

> Os direitos e garantias individuais conformam uma norma pétrea. Não são eles apenas os que estão no art. 50, mas, como determina o parágrafo 2o do mesmo artigo, incluem outros que se espalham pelo Texto Constitucional e outros que decorrem de implicitude inequívoca. Trata-se, portanto, de um elenco cuja extensão não se encontra em Textos Constitucionais anteriores. (GOMES NETO, 2000)

Portanto, além de não garantir a diminuição da violência praticada pelos adolescentes, e além disso, inserir os jovens - que na grande maioria das vezes ainda não possuem aptidão para o crime no falido sistema prisional brasileiro - a redução da idade de responsabilização criminal é freada por se tratar de cláusula pétrea da Constituição Federal, sendo assim, impossível a sua modificação.

9 DADOS ESTATÍSTICOS RELEVANTES PARA A NÃO REDUÇÃO

O escopo, obviamente, dos debates a respeito da redução ou não da maioridade penal é, sem dúvidas, a diminuição da violência praticada pelos adolescentes. Porém, tais debates devem ser pautados em dados estatísticos que comprovem a redução da violência e garantam um melhor convívio social. A simples opinião de ser favorável ou não a redução sem fundamento algum, implica não na diminuição da

violência, mas em punições pessoais para saciar a vontade de quem foi ofendido em detrimento do infrator.

É necessário não deixar que a emoção tome o lugar da razão, para que o erro não tome a vez do acerto. É admissível a revolta da sociedade e, principalmente, da família da pessoa noticiada como vítima de um crime praticado por menor, mas levar este sentimento a ponto de jogar o autor da infração no precário sistema carcerário brasileiro não ajudará a diminuir a violência e pior, transformará, cada vez mais, nossos jovens em figuras criminosas.

Conforme relatório do CNMP (Conselho Nacional do Ministério Público), o Brasil possui uma população de 20.666.575 de jovens na faixa etária entre 12 e 17 anos. Destes, apenas 22.077 estão em conflito com a lei, número ínfimo proporcionalmente a população dos jovens.

Além disso, o número de jovens homicidas, no país, é de apenas 1.852, ou seja, menos de 1% do número de jovens que aqui habitam. O ranking das causas de internações é liderado pelo roubo. A segunda conduta que mais interna é o tráfico. O furto é o quarto na lista dos atos que mais internam, correspondendo a 5,6% das internações. Ao contrário do que a sociedade pensa, o crime de latrocínio e estupro é cometido em pequena proporção pelos jovens brasileiros, correspondendo a menos de meio por cento dos adolescentes internos.

Nota-se, pelo levantamento, que as duas condutas mais praticadas pelos jovens são o roubo e o tráfico de entorpecentes; crimes estes, obviamente cometidos para conseguir dinheiro. Nada justifica a prática de um crime, porém, nas circunstâncias em que vivem a maioria dos jovens. Abandonados pelo Estado, família e sociedade, resta-nos entender que a culpa não é somente deles.

Ademais, corrigir o menor que comete um furto, roubo, ou tráfico de drogas para; na maioria das vezes, conseguir dinheiro no intuito de ajudar nos sustento da sua própria prole; por meio das medidas socioeducativas é melhor que incluí-lo no rol da criminalidade, jogando-o no presídio, fazendo-o interagir e provavelmente aprender com os bandidos que ali cumprem penas.

10 CONCLUSÃO

Pelos fatos e fundamentos expostos durante toda a execução do presente trabalho resta claro que a redução da maioridade penal não resolverá os problemas da criminalidade praticada pelos jovens brasileiros, haja vista que estes serão inseridos no precário sistema prisional brasileiro, levando-os ao verdadeiro aprendizado do crime e resultando numa sociedade ainda mais violenta.

A medida essencial é, sem dúvidas, uma melhora em políticas públicas que garantam aos jovens e cidadãos brasileiros uma vida com dignidade, assim entendida como longe dos delitos. A educação, a base familiar, a diminuição das desigualdades sociais; entre inúmeros outros fatores, são indiscutivelmente, formas de cessar a violência.

Ademais, nota-se que a grande maioria dos direitos e garantias constantes do Estatuto da criança e do Adolescente e da Constituição Federal aos jovens brasileiros não passam de frases hipócritas, falaciosas

e até mesmo cruéis, pois ao mesmo tempo em que garantem algo, deixam-no de cumprir; são lindas, mas não cumpridas.

Portanto, as únicas mudanças que devem ocorrer no que tange à maioridade penal são as que dizem respeito às garantias asseguradas aos jovens, oferecendo educação de qualidade, acesso à cultura, ao lazer, à saúde, à moradia, ao desenvolvimento mental e espiritual, enfim, oferecer condições para que estes vivam com dignidade e, assim, provavelmente, a violência diminuirá.

11 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BORIN, Suzana. Os jovens crimonosos e a maioridade penal. **Isto é**, São Paulo, p. 66-71, mai. 2013.

DELMANTO, Celso. et al. **Código penal comentado:** acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado.** 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

EDITORA SARAIVA. **Vade Mecum Saraiva.** Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. São Paulo: Editora Saraiva, 15. ed., 2013.

FERNANDES, Francisco; LUFT, Celso Pedro; GUIMARÃES, F. Marques. **Dicionário Brasileiro Globo.** 52. ed. São Paulo: Globo, 1999.

GOMES NETO, Gercino Gerson. A inimputabilidade penal como cláusula pétrea. **Mprs.mp.br**, maio 2000. Disponível em: http://www.mprs.mp.br/infancia/doutrina/id205.html. Acesso em: 16 jan. 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal:** parte geral: parte especial. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

TAMEIRÃO, Felipe Viégas; ANDRADE, Eduardo Lucas. Maioridade Penal: um esboço psíquico. **Psique,** São Paulo, p. 26, out. 2013.

A PRIORIDADE ABSOLUTA DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES PORTADORES DE DIABETES TIPO 1

Sérgio Augusto Nogueira
Patrícia Pinheiro Nogueira

RESUMO: O diabetes mellitus tipo 1 ou insulino-dependente é uma doença metabólica que se manifesta após a destruição - provocada por uma reação autoimune - das células beta do pâncreas, fato que elimina ou reduz significativamente a capacidade desse órgão de produzir insulina. Trata-se de uma das enfermidades crônicas mais comuns entre crianças e adolescentes, os quais enfrentam diversos problemas para a realização de um tratamento eficaz, especialmente quanto ao fornecimento pelo Poder Público dos medicamentos adequados para controle da doença. A vida, a saúde, a educação e a proteção à infância são direitos fundamentais expressamente previstos pela Constituição Federal e que, portanto, devem receber a máxima tutela do Estado. O ordenamento jurídico brasileiro adotou a doutrina da proteção integral, estabelecendo como prioridade absoluta a garantia dos direitos da criança e do adolescente, dada a sua condição de pessoa em desenvolvimento, configurando-se afrontosas à Constituição Federal quaisquer alegações do Poder Público tendentes a relativizar tais direitos - a exemplo do ocorre com a invocação do denominado "princípio da reserva do possível". O diabetes é uma doença considerada pela Organização Mundial de Saúde (OMS) como uma epidemia mundial, com altos índices de mortalidade no Brasil, e o descontrole da doença também é responsável comorbidades como a retinopatia e a nefropatia, as quais comprometem a qualidade de vida dos pacientes e oneram os custos dos serviços de saúde. Esse cenário pode ser modificado através de uma adequada atenção primária ou básica à doença, especialmente voltada à educação e ao fornecimento de medicamentos e insumos adequados para o controle eficiente dos níveis de glicemia.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos - Diabetes Tipo I - Proteção Integral - Prioridade Absoluta - Reserva do Possível.

1. INTRODUÇÃO

O atual desenvolvimento tecnológico e científico possibilita à Medicina o diagnóstico precoce e a intervenção terapêutica eficiente, propiciando a cura ou - pelo menos - o controle da grande maioria das doenças.

Entretanto, mesmo com tais progressos, diversas enfermidades promovem significativas alterações orgânicas, psicológicas e sociais, as quais exigem dos pacientes, familiares e do próprio Poder Público permanentes cuidados e adaptações.

O diabetes mellitus tipo 1, insulino-dependente é uma doença metabólica que se manifesta após a destruição - provocada por uma reação autoimune - das células beta do pâncreas, fato que elimina ou reduz

1 Agente Fiscal de Rendas do Estado de São Paulo, professor de Legislação Tributária das Faculdades Integradas Dom Pedro II e professor convidado em pós-graduações em Direito Processual e em Planejamento Tributário, Finanças, Controladoria e Auditoria da FAECA - Dom Bosco, especialista em Direito Constitucional, em Direito Tributário e mestrando pelo Instituto de Estudios Fiscales da Espanha em Hacienda Pública, Dirección y Administración Tributaria.
2 Enfermeira, especialista em Pediatria pela FAMERP.

significativamente a capacidade de o organismo produzir insulina, razão pela qual os pacientes passam a necessitar de injeções diárias desse hormônio para se manterem em boas condições de saúde.

Nesse sentido, não dispondo de um mecanismo fisiológico para produzir e liberar a insulina, é fundamental que os pacientes diabéticos promovam o permanente monitoramento e controle dos níveis da glicemia ("açúcar") do sangue, o que somente pode ser obtido através do equilíbrio entre alimentação, atividade física e aplicação de doses corretas de insulina.

O excesso de "açúcar" na circulação sanguínea (hiperglicemia) pode acarretar a cetoacidose, condição que exige a hospitalização, podendo levar o paciente ao estado de coma e, até mesmo, à morte. Por sua vez, a hiperglicemia crônica está associada a danos fisiológicos em longo prazo (disfunção e insuficiência de vários órgãos, especialmente dos olhos, rins, nervos, coração e vasos sanguíneos).

Por outro lado, a diminuição de "açúcar" na circulação sanguínea (hipoglicemia) pode produzir diversas complicações, em razão do fornecimento inadequado de glicose para o cérebro, indo desde uma mudança repentina e transitória do estado de ânimo, até convulsões, perda de consciência e - muito mais raramente - lesão cerebral e morte.

2. O DIABETES E OS PROBLEMAS DO DIA-A-DIA.

O diabetes tipo 1 é uma doença crônica, de progressão lenta e que necessita de tratamento contínuo. Assim, o controle efetivo dessa enfermidade exige um comprometimento permanente dos cuidadores (profissionais de saúde e familiares) e, sobretudo, do próprio paciente, objetivando seu bem-estar físico, psíquico e social.

Nesse sentido, o tratamento da pessoa com diabetes tipo 1 tem como finalidade obter um adequado controle metabólico e deve abranger acompanhamento médico, modificações no estilo de vida (atividade física regular e reorganização dos hábitos alimentares), além da administração de medicamentos (especialmente a insulina).

Na maioria das vezes, a família - surpreendida pelo diagnóstico do diabetes na criança - desconhece completamente a doença, necessitando nesse momento de uma assistência especializada e humanizada de profissionais como médicos, enfermeiros, nutricionistas, psicólogos e outros.

Outro grande desafio é tornar a criança paulatinamente independente, responsável pelos seus próprios cuidados, a fim de que não seja privada do convívio social. Além disso, a informação é essencial para que a escola e a sociedade compreendam um pouco mais a doença e não respondam com estranhamento ou discriminação à criança que se autoaplica a insulina.

Há entidades associativas que desenvolvem trabalhos exemplares em apoio aos pacientes e familiares do diabetes tipo 1, ocupando um papel que - lamentavelmente - o Poder Público nem sempre desempenha a contento.

Os custos envolvidos no tratamento da doença e das complicações que dela podem advir representam uma grande preocupação da família e um risco à saúde do paciente. Ante a omissão do poder público, a família pode acionar judicialmente o Estado para fazer valer os direitos do cidadão: contratando

um advogado, buscando o apoio da Defensoria Pública, ou mesmo procurando a guarida do Ministério Público, instituição essencial à defesa e à promoção dos direitos fundamentais dos cidadãos, atuando especialmente na tutela dos interesses da criança e do adolescente.

3. OS DIREITOS DA CRIANÇA COM DIABETES TIPO 1

Qualquer reflexão sobre o papel de um Estado Democrático de Direito deve reconhecer o ser humano como titular de um conjunto de direitos fundamentais, os quais se sobre-elevam como núcleo concretizador da dignidade da pessoa humana.

Como é cediço, a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, eis que insculpida no inciso III, do artigo 1º, da Constituição de 1.988.

Nesse sentido, de acordo com José Afonso da Silva: "A dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida".

Com efeito, o caráter universal e incondicional do direito fundamental à saúde encontra-se inequivocamente enunciando no artigo 196 da Constituição Federal, nos seguintes termos:

> *"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."*

A Constituição Cidadã também estabelece - em seu artigo 200 - a competência do Sistema Único de Saúde para prestar assistência aos cidadãos por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a prática integrada de ações assistenciais e de atividades preventivas, dentre as quais a assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica. Por sua vez, o artigo 227 da Lei Maior introduz no ordenamento jurídico pátrio a doutrina da proteção integral, estabelecendo o dever de a família, a sociedade e o Estado assegurarem à criança, ao adolescente e ao jovem, **com absoluta prioridade**, em razão da sua condição de pessoa em desenvolvimento, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à dignidade, ao respeito, dentre outros.

Em plena consonância com o dispositivo Constitucional suso, o Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei nº 8.069/90 preceitua:

> *Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.*
>
> *Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:*
>
> *a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;*
>
> *b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;*

c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;

d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Dispondo acerca das condições para a promoção e recuperação da saúde e o funcionamento dos serviços correspondentes, a Lei nº 8.080/90 enuncia em seu artigo 2º que a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. Embora essa lei não faça menção à prioridade absoluta, os preceitos do ECA são compulsoriamente aplicáveis à saúde pública para conferir à criança e ao adolescente precedência de atendimento nos serviços públicos, preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas e destinação privilegiada de recursos públicos.

Como se sabe, a competência para zelar pela saúde pública é comum à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, conforme disposto no inciso II, do artigo 23 da Constituição Federal, aos quais incumbe pautarem suas políticas públicas com respeito à prioridade absoluta aos direitos da criança e do adolescente.

Com base nos direitos advindos da Carta dos Direitos dos Usuários da Saúde e de acordos celebrados entre as três esferas nacionais, foi editada Lei Federal nº 11.347/06, a qual dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos e materiais necessários à sua aplicação e à monitoração da glicemia capilar aos portadores de diabetes inscritos em programas de educação para diabéticos. Embora represente um inegável avanço, trata-se de uma lei sucinta - para dizer o menos - a qual cuida mais de condicionar e limitar um direito fundamental previsto na Constituição Federal do que enunciá-lo, restringindo-se basicamente a dois artigos, quais sejam:

Art. 1o Os portadores de diabetes receberão, gratuitamente, do Sistema Único de Saúde - SUS, os medicamentos necessários para o tratamento de sua condição e os materiais necessários à sua aplicação e à monitoração da glicemia capilar.

§ 1o O Poder Executivo, por meio do Ministério da Saúde, selecionará os medicamentos e materiais de que trata o caput, com vistas a orientar sua aquisição pelos gestores do SUS.

§ 2o A seleção a que se refere o § 1o deverá ser revista e republicada anualmente ou sempre que se fizer necessário, para se adequar ao conhecimento científico atualizado e à disponibilidade de novos medicamentos, tecnologias e produtos no mercado.

§ 3o É condição para o recebimento dos medicamentos e materiais citados no caput estar inscrito em programa de educação especial para diabéticos

Art. 2o (VETADO)

Art. 3o É assegurado ao diabético o direito de requerer, em caso de atraso na dispensação dos medicamentos e materiais citados no art. 1o, informações acerca do fato à autoridade sanitária municipal.

Depreende-se que o parágrafo primeiro do artigo 1º da lei supratranscrita atribui ao Ministério da Saúde a seleção dos medicamentos e materiais que integram o programa, dando a falsa ideia de que os

pacientes não têm direito a medicamentos que não integram tal lista. Ocorre que o direito fundamental à saúde - especialmente tratando-se de criança ou adolescente - não pode ser condicionado, limitado ou restringido pela lei, colocando-se como prioridade absoluta. Nesse sentido, o medicamento e o tratamento apropriado para cada paciente – considerando a sua individualidade e o estágio evolutivo da doença - deve ser prescrito pelo seu médico e não determinado pelos burocratas do Estado.

Cumpre mencionar que no Brasil muitos são os casos de medicamentos que passam a ser fornecidos regularmente por força de decisão judicial, uma vez que não constam da lista oficial do Ministério da Saúde. Dados desse órgão apontam que - no Estado de São Paulo - as determinações judiciais para fornecimento de medicamentos e tratamentos específicos passaram de 80 para 600 solicitações mensais, perfazendo um aumento de 650% no intervalo de seis anos.

As ações judiciais encontram-se fundamentadas nas normas acima referidas, especialmente no direito fundamental à saúde. Relativamente ao diabetes tipo 1, os medicamentos mais comumente requeridos através de processos judiciais - ante a negativa de fornecimento por parte do Poder Público - são as insulinas sem pico de ação e os sistemas de infusão contínua (SIC).

Por sua vez, o parágrafo 2º do mesmo artigo 1º da lei 11.347/06 condiciona a distribuição ao cadastramento dos usuários nas unidades de saúde de sua área de abrangência e nos programas de educação em diabetes. Tal medida, embora benéfica em muitos casos, não pode restringir o direito daqueles que, por razões diversas, não desejam ingressar nos programas oficiais de educação em diabetes. Uma interpretação teleológica desse dispositivo requer compreender a participação em programas oficiais de educação em diabetes como um direito, jamais como um dever imposto àqueles que fazem uso de medicamentos e insumos fornecidos pelo Estado.

Saliente-se que, mesmo após a reforma que implantou o SUS em 1990, a distribuição gratuita dos medicamentos aos portadores de diabetes mellitus foi regulamentada somente no ano de 2007, vale dizer, dezessete anos após sua proposição e quase vinte anos após a promulgação da Constituição de 1988, o que demonstra a omissão e o descaso do Poder Público ante os direitos mais elementares dos cidadãos brasileiros, restando ainda um longo caminho a ser percorrido para a eficácia das normas editadas.

4. A RESERVA DO POSSÍVEL E O DIABETES TIPO 1.

Os direitos fundamentais são conquistas históricas da humanidade, produto de revoluções que rechaçaram a ideia de um Estado e de um Poder Soberano como fins em si mesmos, passando a dignidade da pessoa humana a ser o fim máximo colimado pelo Estado. Em outras palavras, o ser humano tornou-se a razão de ser e de existir do Estado.

Especificamente no que diz respeito aos direitos fundamentais de segunda dimensão, os chamados direitos sociais - como classicamente se delineia o direito à saúde - importa mencionar que requerem prestações positivas por parte do Estado, o qual deve envidar esforços a fim de promover a igualdade substantiva e o bem estar social, utilizando para tanto, dentre outros meios, os recursos provenientes do poder coercitivo de arrecadar tributos.

Em consonância com tal desiderato do Poder Público, constata-se que Constituição Federal

delineia um sistema protetivo à saúde pública, estabelecendo inclusive a possibilidade de intervenção da União nos Estados e dos Estados nos Municípios, caso não seja aplicado o mínimo exigido de sua respectiva receita nas ações e serviços públicos de saúde, ressaltando-se que o cumprimento de parâmetros **mínimos** não desobriga os entes federativos quanto às responsabilidades relativas à concretização do direito à saúde de seus cidadãos.

Cumpre mencionar que a Lei Complementar 141/2012, ao regulamentar o parágrafo segundo do artigo 198 da Constituição Federal no que diz respeito aos recursos mínimos que os entes federativos devem aplicar anualmente em ações e serviços públicos de saúde, estabelece:

> *Art. 2o Para fins de apuração da aplicação dos recursos mínimos estabelecidos nesta Lei Complementar, considerar-se-ão como despesas com ações e serviços públicos de saúde aquelas voltadas para a promoção, proteção e recuperação da saúde que atendam, simultaneamente, aos princípios estatuídos no art. 7o da Lei no 8.080, de 19 de setembro de 1990, e às seguintes diretrizes:*
>
> *I - sejam destinadas às ações e serviços públicos de saúde de acesso universal, igualitário e gratuito.*

Nesse sentido, os gastos relativos a medicamentos destinados ao tratamento de diabetes, em razão de sua distribuição universal, igualitária e gratuita, são contabilizados para fins de apuração da aplicação dos recursos mínimos em ações e serviços públicos de saúde, conforme estatui a Constituição Federal.

No que tange ao financiamento do Sistema Único de Saúde, preceitua o parágrafo primeiro do artigo 198 da Constituição Federal, que seu custeio será promovido através de recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

O Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário criou um índice denominado IRBES (Índice de Retorno de Bem Estar à Sociedade), o qual foi calculado confrontando-se a carga tributária (expressa em percentual do PIB) dos trinta países que mais tributaram no mundo em 2012, com o IDH – Índice de Desenvolvimento Humano dos mesmos países. O resultado demonstrou que o Brasil possui a pior relação Carga Tributária x IDH dentre os trinta países pesquisados, evidenciando que o nosso País está longe de retribuir aos seus cidadãos serviços que justifiquem a pesada carga tributária imposta, a qual atingiu 1,7 trilhão de reais, correspondendo a cerca de 36% do PIB no ano de 2013.

Essas informações comparativas evidenciam a ineficiência dos gastos públicos relativamente ao retorno em Bem Estar à sociedade brasileira, lançando por terra qualquer alegação de que a escassez de recursos é o fato determinante da má qualidade dos serviços de saúde oferecidos à população.

Entretanto, os entes federativos têm frequentemente invocado junto ao Poder Judiciário o chamado "princípio da reserva do possível" para buscar se eximir do cumprimento do dever de fornecer medicamentos e insumos para a promoção da saúde, inclusive das crianças portadoras de diabetes tipo 1.

A chamada "teoria da reserva do possível" tem sua origem atribuída ao Direito germânico e foi construída com base em decisões proferidas pela Corte Constitucional Federal da Alemanha, as quais tiveram como fundamentação as limitações de ordem econômica que podem eventualmente afetar a plena eficácia dos direitos sociais, ficando a satisfação destes direitos na pendência da existência de condições

materiais de seu atendimento. Tal teoria, contudo, representa um retrocesso histórico e não encontra fundamento jurídico de validade no Direito brasileiro, afrontando direitos fundamentais – especialmente o direito à saúde – e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Frequentemente alega-se que a integralidade na prestação dos serviços de saúde, para ter força cogente, deve considerar o máximo que o Estado economicamente suporta ou é capaz de suportar.

Além disso, comumente alguns governos têm se valido de uma moral Utilitarista na condução das políticas públicas. O Utilitarismo defendido por Jeremy Bentham (1748-1832) e John Stuart Mill (1806-1873) estabelece, em síntese, a quantificação, agregação e cômputo geral da felicidade. A lógica utilitarista está fundada na análise de custo e benefício, tratando a saúde e a vida dos cidadãos como meros dados estatísticos, cifras, índices eleitorais, numa tentativa de impor "racionalidade" e o rigor às escolhas complexas da sociedade, de modo a transformar todos os custos e benefícios em termos monetários - e, então, comparando-os, tomar decisões. Dentre as várias críticas que a moral Utilitarista merece, destaca-se o desrespeito ao direito das minorias e aos direitos individuais.

Rechaçando a ética Utilitarista e Consequencialista, o filósofo Immanuel Kant (1724-1804), considerou que o homem existe como um fim em si mesmo, não como um meio arbitrariamente utilizado por uma ou outra vontade, por mais poderosa ou dominante que se revele. Pessoas, para Kant, possuem um valor intrínseco e absoluto, daí advindo a noção de dignidade, inerente a toda e qualquer pessoa humana. Estavam lançadas as bases para a construção de uma sólida filosofia moral, segundo a qual o Estado e sociedade devem atuar permanentemente - e não à medida do possível - na defesa e promoção dos direitos fundamentais dos seus cidadãos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O diabetes mellitus tipo 1, insulino-dependente é uma doença que requer um permanente monitoramento e controle da glicemia sanguínea, o que somente pode ser obtido através do equilíbrio entre alimentação, atividade física e aplicação de doses corretas de insulina.

Apesar de a saúde ser um direito fundamental e de a Constituição Federal e o ECA terem adotado a doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente, conferindo-lhes prioridade absoluta quanto à definição e à execução das políticas públicas, ainda há muitos obstáculos impostos pelo Poder Público à concretização desses direitos, especialmente quanto ao fornecimento gratuito e incondicional de insumos e medicamentos imprescindíveis ao controle da doença, evitando comorbidades e risco à vida do paciente.

O Poder Judiciário tem suprido à omissão do Estado, reconhecendo os direitos dos pacientes, destacando-se nesse contexto o importante papel de associações civis, das Defensorias Públicas e do Ministério Público na defesa desses sensíveis interesses que, em última análise, são de toda a coletividade, tendo em vista que um dos objetivos da República Federativa do Brasil é construir uma sociedade justa e solidária.

Os entes federativos têm invocado junto ao Poder Judiciário o chamado "princípio da reserva do possível" para buscar se eximir do cumprimento do dever de fornecer medicamentos e insumos para a

promoção da saúde, inclusive das crianças portadoras de diabetes tipo 1. Entretanto, essa teoria representa um retrocesso histórico e não encontra fundamento jurídico de validade no Direito brasileiro, afrontando direitos fundamentais – especialmente o direito à saúde – e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Todavia, uma rápida análise pelos gastos públicos dos diversos entes federativos é capaz de identificar que os governos vêm considerando que a criação de Ministérios, de Secretarias e de milhares de cargos públicos em comissão, a construção de estádios de futebol, a compra de aviões e porta-aviões de guerra, dentre outras incontáveis exemplos, não estão sob a égide do "princípio da reserva do possível", e se colocam como prioridade relativamente ao direito à saúde dos cidadãos, inclusive de crianças e adolescentes. Também a discussão sobre o financiamento público de campanha, os desvios éticos, os privilégios de certos segmentos do setor público, a corrupção, a sonegação de tributos e a má gestão das políticas públicas devem ser colocados em perspectiva, para destruir qualquer tese que invoque o direito de o Estado se omitir relativamente às responsabilidades que a Constituição Federal lhes atribui.

Ademais, alguns governos têm se valido de uma moral e lógica Utilitarista na condução das políticas públicas, a qual está fundada na análise fria de custo e benefício, por vezes atuando em flagrante desrespeito ao direito das minorias e aos direitos individuais.

Rechaçando a ética Utilitarista, o filósofo Immanuel Kant considerou que o homem existe como um fim em si mesmo, não como um meio arbitrariamente utilizado por uma ou outra vontade, lançando as bases para a construção de uma sólida filosofia moral, segundo a qual o Estado e sociedade devem atuar permanentemente - e não à medida do possível - na defesa e promoção dos direitos fundamentais dos seus cidadãos.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição Federal de 1988.

BRASIL. Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

BRASIL. Lei Federal nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.

BRASIL. Lei Federal nº 11.347 de 27 de setembro de 2006.

BRASIL. Lei Federal nº 143 de 13 de janeiro de 2012.

CASTRO ARV, Grossi SAA. **Custo do tratamento do diabetes mellitus tipo 1: dificuldades das famílias**. Acta Paul. Enferm. 2008; 21(4):624-8

Diabetes Mellitus. Portal Banco de Saúde. 2008. **Diabetes Mellitus: Guia Completo.Sociedade Brasileira de Diabetes**. Disponível em: <http://www.diabetes.org.br> Acesso em: 04 de abril de 2014.

FARIA HTG, Zanetti ML, Santos MA, Teixeira CRS. **Conhecimento sobre terapêutica medicamentosa em diabetes: um desafio na atenção à saúde**. Acta Paul. Enferm. 2009; 22(5):612-7

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da Pessoa Humana: Principio Constitucional Fundamental**. Curitiba-PR, Juruá Editora. 2009.

PÉRES DS, Santos MA, Zanetti ML, Ferronato AA. **Dificuldades dos pacientes diabéticos para o controle da doença: sentimentos e comportamentos**. Rev. Latino-Am. Enfermagem 2007; 15(6):1105-12.

SANTOS ECB, Zanetti ML, Otero LM, Santos MA. **O cuidado sob a ótica do paciente diabético e seu principal cuidador**. Rev. Latino-Am. Enfermagem 2005; 13(3):397-406.

SANDEL, Michael J. **Justiça - O que é fazer a coisa certa**. 12 ª 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988,** 9ª ed. Ver., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Prática Constitucional**, 17 ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

VIEIRA MA, Lima RAG. **Crianças e adolescentes com doença crônica: convivendo com mudanças**. Rev Latino-am Enferm. 2002; 10(4):552-60.

PRERROGATIVA DE FORO NAS AÇÕES CIVIS DE RESPONSABILIDADE POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Landolfo Andrade de Souza[1]

RESUMO: O presente estudo tem como foco enfrentar a questão da existência de prerrogativa de foro nas ações civis de responsabilidade por ato de improbidade administrativa. Identificada a problemática, será feita uma breve análise da evolução jurisprudencial no tratamento da matéria, conferindo-se especial relevo à aplicação da doutrina das competências implícitas complementares pelo Superior Tribunal de Justiça.
PALAVRAS-CHAVE: ação civil de improbidade administrativa - prerrogativa de foro – competências implícitas complementares

1. Introdução

A Constituição Federal, em diversas passagens, assegura a certas autoridades a garantia de responderem por crimes comuns e de responsabilidade perante foro especial. O Presidente da República, por exemplo, é julgado e processado pela prática de crimes comuns perante o Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, I, *b*), o mesmo ocorrendo com os deputados e senadores.

Já em relação à prática de atos de improbidade administrativa não há previsão constitucional de foro especial para processamento e julgamento dos agentes ímprobos.

Nessa temática, questão interessante é saber se em relação às ações de improbidade administrativa é possível aplicar o foro por prerrogativa de função previsto para o julgamento dos crimes comuns e de responsabilidade.

O objetivo do presente artigo é enfrentar justamente esse controvertido tema. Após breve análise da aplicação da doutrina das competências implícitas complementares pelo Superior Tribunal de Justiça, será conferido especial relevo à evolução da jurisprudência dos tribunais de superposição no tratamento da matéria.

2. Doutrina das competências complementares implícitas e evolução jurisprudencial no tratamento da matéria

A Lei de Improbidade é de clareza meridiana ao definir agente público para os fins de responsabilização civil por ato ímprobo, como qualquer agente, inclusive os ocupantes de cargo público eletivo, abrangendo, por consequência os chamados agentes políticos.

1 Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, Mestre em Interesses Difusos e Coletivos pela PUC/SP, Especialista em Direito Privado pela Escola Paulista da Magistratura.

Por outro lado, a Constituição Federal não previu expressamente nenhuma hipótese de foro especial para os agentes públicos que praticarem atos de improbidade administrativa.

A despeito disso, a possibilidade de extensão das hipóteses de foro por prerrogativa de função da área penal para a área de improbidade é defendida por parte da doutrina, com ressonância na jurisprudência de vários tribunais pátrios.

Enfim, trata-se de assunto polêmico, sobre o qual destacamos dois principais entendimentos:

1.º) Possibilidade de extensão das hipóteses de foro por prerrogativa de função, além das matérias previstas constitucionalmente: argumenta-se, nesse sentido, que, se a Constituição tem por importante essa prerrogativa, qualquer que seja a gravidade da infração ou a natureza da pena aplicável em caso de infração penal, não há como deixar de considerá-la ínsita ao sistema punitivo da ação de improbidade, cujas consequências, relativas ao sentenciado e ao cargo, são ontologicamente semelhantes e eventualmente até mais gravosas (*ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*).

Como se percebe, adota-se, na espécie, a tese da existência, na Constituição, de **competências implícitas complementares**,[2] segundo a qual, mesmo em relação às regras sobre competências jurisdicionais, os dispositivos da Constituição comportam interpretação ampliativa, para preencher vazios e abarcar certas competências implícitas, mas inegáveis, por força do sistema.[3]

2.º) Impossibilidade de extensão das hipóteses de foro por prerrogativa de função, além das matérias previstas constitucionalmente: a competência originária dos tribunais é, por definição, derrogação da competência ordinária dos juízos de 1.º grau, do que decorre que, demarcada a última pela Constituição, só a própria Constituição pode excetuá-la[4]. Argumenta-se, nesse sentido, que as normas que estabelecem foro especial são exceções, e, como tais, devem ser interpretadas restritivamente (*exceptiones sunt strictissimae interpretationis*).

Entendemos correto esse segundo entendimento. Afinal, querer justificar a extensão das hipóteses de foro por prerrogativa de função, além das matérias previstas constitucionalmente, com base na doutrina das *competências implícitas complementares*, representa uma grave e preocupante subversão dos fundamentos da citada doutrina.

De fato, como bem observa o professor Canotilho, a aceitação indiscriminada

2 Sobre o tema, veja-se: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 548-549. *Na jurisprudência*: STF, RE 176.881-9, Pleno, rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* 06.03.1998, e CC 7106-1, Pleno, rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* 08.11.2002.
3 ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 4. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 93.
4 MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 423-425; GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa.* 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 517-523; em igual sentido: STF, AgRg em Reclamação 1110-1/DF, rel. Min. Celso de Mello, j. 25.11.1999; STJ, REsp 161322/PE, 2.ª Turma, rel. Min. Franciulli Neto, j. 07.03.2002.

desse tipo de competência (não escrita) acabará por violar não só o **princípio da conformidade funcional**[5] mas também os **princípios da tipicidade**[6] e **indisponibilidade de competências**[7]**.** Na visão do festejado constitucionalista português, "a força normativa da constituição é incompatível com a existência de competências não escritas salvo nos casos de a própria constituição autorizar o legislador a alargar o leque de competências normativo-constitucionalmente especificado"[8].

Assim, na esteira do pensamento de Canotilho, é correto afirmar que a aplicação da doutrina em exame só é admitida em caráter excepcional. Por outras palavras, somente será admissível a adoção da doutrina das *competências implícitas complementares* em hipóteses excepcionais, nas quais se vislumbre a necessidade de se preencher **lacunas constitucionais patentes** através da leitura sistemática e teleológica dos preceitos constitucionais[9].

Um bom exemplo da aplicação da doutrina das *competências implícitas complementares* no direito brasileiro é o do julgamento dos prefeitos pelos Tribunais Regionais Federais em casos de crimes praticados contra bens, serviços ou interesses da União. Embora tal competência não esteja prevista expressamente no art. 108, I, da Constituição Federal – que regula a competência originária dos Tribunais Regionais Federais-, foi reconhecida pelo STF por força do manejo de instrumentos metódicos de interpretação (sobretudo de interpretação sistemática ou teleológica).[10] Nessa quadra, considerou-se que o julgamento do prefeito pelo Tribunal de Justiça nos casos de crimes comuns (CF, art. 29, X) justificava a submissão de tal autoridade à competência do Órgão Federal de segundo grau, por efeito de interpretação que, mantendo a simetria no plano federal, assegura, a um só tempo, foro privilegiado e a competência dos órgãos judiciários da União para os crimes praticados em detrimento dos bens, interesses e serviços desta.

O mesmo raciocínio, por coerência e fidelidade aos fundamentos da doutrina em exame, não se aplica às ações civis de improbidade administrativa. Aqui, diferentemente do que se verificou no exemplo acima citado, não se está diante de uma patente lacuna constitucional. Muito ao contrário, tem-se, na hipótese, uma evidente opção da Constituição Federal que, de forma inequívoca, não institui foro por prerrogativa de função para nenhum agente público que figure no polo passivo de uma ação civil de improbidade administrativa. Tratar essa clara opção constitucional como uma hipótese de lacuna patente significa modificar, por via interpretativa divorciada do sistema vigente, o quadro de competências constitucionalmente definido, em clara ofensa ao já citado princípio da conformidade funcional.

---

5 De acordo com o princípio da conformidade funcional, quando a Constituição regula de determinada forma a competência e função dos órgãos de soberania, estes órgãos devem manter-se no quadro de competências constitucionalmente definido.

6 De acordo com o princípio da tipicidade, as competências dos órgãos constitucionais são, em regra, apenas as expressamente enumeradas na Constituição.

7 De acordo com o princípio da indisponibilidade de competências, as competências constitucionalmente fixadas não podem ser transferidas para órgãos diferentes daqueles a quem a Constituição as atribui.

8 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 548.

9 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 549.

10 RE 141.021 – SP, Pleno, Rel. para o acórdão, Francisco Rezek, j. 24.09.1992.

A par dos argumentos acima expostos, de conotação estritamente jurídica, a questão em apreço também reclama uma cogitação de conteúdo político, relevante, porque concernente à própria sobrevivência da LIA.

Com efeito, é notória a dificuldade dos tribunais para o exercício das competências originárias explicitadas no texto constitucional. No Supremo Tribunal Federal, por exemplo, ressalvado o emblemático julgamento da ação penal n. 470 ("mensalão") – que paralisou a análise de outros inúmeros temas importantes pela Corte Suprema - são absolutamente inexpressivos os casos de condenações criminais de agentes políticos que gozam de foro especial. É de se perguntar então: deve o STF dar interpretação ampliativa a suas competências, quando nem pela interpretação restrita tem conseguido exercitá-las a tempo e a hora?

Conferir aos tribunais a competência para o processo e julgamento das ações de improbidade administrativa ajuizadas em face de agentes públicos que gozam de foro especial na esfera criminal significa, na prática, agravar situação já caótica, com maior atraso nos julgamentos e aumento da impunidade.

A despeito disso, por decisão de 13.03.2008, a Suprema Corte, com apenas um voto contrário, declarou que **"compete ao Supremo Tribunal Federal julgar ação de improbidade contra seus membros"** (QO na Pet. 3.211-0, Min. Menezes Direito, *DJ* 27.06.2008). Considerou, para tanto, que a prerrogativa de foro, em casos tais, decorre diretamente do sistema de competências estabelecido na Constituição, que assegura a seus ministros foro por prerrogativa de função, tanto em crimes comuns, na própria Corte, quanto em crimes de responsabilidade, no Senado Federal.

A partir desse precedente da Suprema Corte, notou-se uma temerária mudança de orientação na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, até então pacífica no sentido da inexistência de foro por prerrogativa de função nas ações civis de improbidade administrativa. E o marco dessa mudança foi o julgamento da Reclamação 2115 (concluído em 18.11.2009), no qual a Corte Especial do STJ, valendo-se das mesmas razões que levaram o STF a negar a competência de juiz de grau inferior para a ação de improbidade contra seus membros, decidiu pela incompetência de juiz de primeiro grau para julgar ação semelhante, com possível aplicação da pena de perda do cargo, contra **membros de outros tribunais superiores ou de tribunais de segundo grau**. Pela importância do julgado, anote-se:

> Por decisão de 13 de março de 2008, a Suprema Corte, com apenas um voto contrário, declarou que "compete ao Supremo Tribunal Federal julgar ação de improbidade contra seus membros" (QO na Pet. 3.211-0, Min. Menezes Direito, *DJ* 27.06.2008). Considerou, para tanto, que a prerrogativa de foro, em casos tais, decorre diretamente do sistema de competências estabelecido na Constituição, que não se compatibiliza com a viabilidade de conferir a juiz de primeira instância competência para processar e julgar causa promovida contra ministro do Supremo

> Tribunal Federal cuja procedência pode acarretar a sanção de perda do cargo. Esse precedente afirma a tese da existência, na Constituição, de competências implícitas complementares, deixando claro que, inobstante a declaração de inconstitucionalidade do art. 84 e parágrafos do CPP, na redação dada pela Lei 10.628, de 2002 (ADI 2.860-0, Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 19.12.2006), a prerrogativa de foro, em ações de improbidade, tem base para ser sustentada, implicitamente, na própria Carta Constitucional. À luz dessa orientação, impõe-se a revisão da jurisprudência do STJ sobre o tema. Com efeito, as mesmas razões que levaram o STF a negar a competência de juiz de grau inferior para a ação de improbidade contra seus membros, autorizam a concluir, desde logo, que também não há competência de primeiro grau para julgar ação semelhante, com possível aplicação da pena de perda do cargo, contra membros de outros tribunais superiores ou de tribunais de segundo grau, como no caso.

Assim também decidiu a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça no julgamento da Reclamação 2.790/SC (*DJe* 04.03.2010), da relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki, relativa a uma ação civil de improbidade ajuizada em face de **Governador** de Estado.

Seguindo essa orientação, a 1.ª Turma do STJ decidiu que o foro privilegiado também deve ser aplicado às ações de improbidade ajuizadas em face de **parlamentares federais**. Veja-se:

> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGENTE POLÍTICO ELEITO PARA O CARGO DE DEPUTADO FEDERAL. AÇÃO QUE PODE ENSEJAR A PERDA DO MANDATO. FORO PRIVILEGIADO. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DA CORTE ESPECIAL DO STJ. REMESSA DOS AUTOS AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.
>
> A Corte Especial do STJ, após alteração do entendimento jurisprudencial até então prevalecente no âmbito do STJ, vem entendendo, de forma pacífica, que o foro privilegiado também deve ser aplicado a ações civis públicas por ato de improbidade administrativa, quando houver a possibilidade de a autoridade investigada perder o cargo ou o mandato. A respeito, vide: Rcl 4.927/DF, Rel. Ministro Felix Fischer, Corte Especial, *DJe* 29.06.2011; AgRg na Sd 208/AM, Rel. Ministro João Otávio De Noronha, Corte Especial, *DJe* 12.05.2010; Rcl 2.790/SC, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, *DJe* 04.03.2010. 4. Remetam-se os autos ao STF.[11]

Percebe-se, portanto, que um único precedente da Suprema Corte (Pet. 3.211-0) – caso absolutamente isolado no histórico de julgamentos desta temática pelo STF - vinha sendo o principal argumento utilizado pela Corte Especial do STJ para justificar a mudança na sua orientação

11 AgRg no Ag 1.404.254/RJ, 1.ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 27.09.2011.

jurisprudencial a respeito da matéria em análise.

Ocorre que **as últimas decisões do Supremo Tribunal Federal são contrárias à existência de foro por prerrogativa de função nas ações civis de improbidade**. Com efeito, embora o Pleno do STF não tenha mais se manifestado sobre o tema após a decisão adotada na citada Pet. 3.211-0, na qual reconheceu a prerrogativa de foro para seus membros em ação civil de improbidade, encontramos na jurisprudência recente da Corte Suprema várias decisões da 1.ª e 2.ª Turmas, todas por unanimidade de votos, contrárias à existência de prerrogativa de foro nas ações civis de improbidade administrativa. A título de exemplo, veja-se:

> Agravo regimental no agravo de instrumento. Improbidade administrativa.
> Prerrogativa de foro. Inexistência. Precedentes.
> 1. Inexiste foro por prerrogativa de função nas ações de improbidade administrativa.
> 2. Agravo regimental não provido.[12]

Pontue-se que os Ministros Celso de Mello (Pet nº 5.080, DF - DJ, 1º.08.2013), Marco Aurélio (Reclamação nº 15.831, DF - DJ, 20.06.2013), Joaquim Barbosa (Reclamação nº 15.131, RJ - DJ, 04.02.2013), Cármen Lúcia (Reclamação nº 15.825, DF - DJ, 13.06.2013) e Rosa Weber (Reclamação nº 2.509, BA - DJ, 06.03.2013) já decidiram monocraticamente pela incompetência do Supremo Tribunal Federal para julgar ação de improbidade administrativa ajuizada contra agente político que tenha prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, por crime de responsabilidade.[13]

Na linha dessa tendência do STF, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça decidiu revisitar o tema e, com absoluta correção, retomou sua jurisprudência inicial, isto é, voltou a decidir pela inexistência de foro por prerrogativa de função nas ações civis de improbidade administrativa. E o marco desta retomada de posição foi o julgamento, pela Corte Especial, do AgRg na Rcl 12.514-MT (j. 16.9.2013), da relatoria do Min. Ari Pargendler, no qual se decidiu que os Conselheiros dos Tribunais de Contas dos Estados não possuem foro por prerrogativa de função nas ações de improbidade administrativa, justamente porque a prerrogativa de foro prevista na CF para as ações penais não se estende às ações civis de improbidade administrativa (Informativo STJ n.º 0527).[14]

12 STF: AgRg no AI 556.727/SP, 1.ª Turma, rel. Min. Dias Toffoli, j. 20.03.2012. No mesmo sentido, confiram-se: AgR no AgR no RE 540.712, 2.ª Turma, rel. Min. Carmen Lucia, j. 27.11.2012; AgR no AI 790.829/RS, 2.ª Turma, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 25.09.2012; AgR no AI 678.927/SP, 1.ª Turma, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 02.12.2010; AgR no AI 554.398/GO, 1.ª Turma, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 19.10.2010; e AgR no AI 506.323/PR, 2.ª Turma, rel. Min. Celso de Mello, j. 02.06.2009.

13 Em sentido contrário, o Ministro Luiz Fux já se pronunciou, em decisão monocrática, pela competência do Supremo Tribunal Federal para julgar ação civil de improbidade em face de agente político com foro privilegiado na esfera penal (MS nº 31.234, DF - DJ, 27.03.2012).

14 No mesmo sentido: AgRg no REsp 1186083/RS,2ª Turma, rel. M in. Humberto Martins, j. 17.9.2013; AgRg no AgRg no AREsp 259278/RS, 2ª turma, rel. Min. Eliana Calmon, j. 12.11.2013; AgRg no REsp 1382920 / RS, 2ª Turma, rel. Humberto Martins, j. 5.12.2013; e REsp 1223325 / PB, 2ª Turma, rel. Min. Eliana Calmon, j. 5.12.2013.

Hoje, portanto, é correto afirmar que tanto o STF como o STJ, acertadamente, têm afastado a tese da existência de foro por prerrogativa de função nas ações civis de improbidade administrativa.

3. Considerações finais

Como se sabe, a competência dos tribunais superiores está prevista, de maneira estrita, na Constituição da República de 1988.

A jurisprudência oscila, entretanto, quando o debate envolve a existência, ou não, de foro por prerrogativa de função nas ações de improbidade administrativa, pois esta competência não está descrita de maneira expressa nas esferas de atribuição jurisdicional do STF e do STJ.

Em vários julgados, o Superior Tribunal de Justiça vinha reconhecendo a extensão das hipóteses de foro por prerrogativa de função, além das matérias previstas constitucionalmente, com base na doutrina das *competências implícitas complementares*.

Vimos, contudo, que tal postura da Corte Especial representava uma grave e preocupante subversão dos fundamentos da citada doutrina. Afinal, conforme já asseverado, não se está diante de uma patente lacuna constitucional. Muito ao contrário, tem-se, na hipótese, uma evidente opção da Constituição Federal que, de forma inequívoca, não institui foro por prerrogativa de função para nenhum agente público que figure no polo passivo de uma ação civil de improbidade administrativa. Tratar essa clara opção constitucional como uma hipótese de lacuna patente significa modificar, por via interpretativa divorciada do sistema vigente, o quadro de competências constitucionalmente definido, em clara ofensa ao já citado princípio da conformidade funcional.

Em boa hora, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça decidiu revisitar o tema e, com absoluta correção, retomou sua jurisprudência inicial, isto é, voltou a decidir pela inexistência de foro por prerrogativa de função nas ações civis de improbidade administrativa, na esteira da mais recente jurisprudência do STF.

Portanto, é correto afirmar que tanto o STF como o STJ têm afastado a tese da existência de foro por prerrogativa de função nas ações civis de improbidade administrativa, o que se coaduna, evidentemente, com a efetiva defesa da probidade e moralidade administrativas.

Referências Bibliográficas

ANDRADE, Adriano; ANDRADE, Landolfo. MASSON, Cleber. *Interesses difusos e coletivos esquematizado*. 4 ed. São Paulo: 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa.* 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 4. ed. São Paulo: RT, 2009.

A POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS PROTETIVAS DA LEI 11.340/06 (MARIA DA PENHA) ÀS PESSOAS VULNERÁVEIS, ALÉM DAS MULHERES, EM CASO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA OU FAMILIAR

Marcelo de Oliveira Burgati[1]

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo comprovar a possibilidade de aplicação das medidas protetivas da Lei nº 11.340/06, chamada de Lei Maria da Penha, às pessoas vulneráveis além das mulheres, quando verificada a possibilidade de ocorrência de violência doméstica e/ou familiar, tendo-as como vítimas, decorrentes ou não de relacionamentos homoafetivos. Foram levantados dados doutrinários, bases legais e jurisprudenciais capazes de demonstrar essa possibilidade, uma vez que a Lei Maria da Penha explicita, em seu artigo 1º, que ela se destina especificamente às mulheres. Foi utilizado na pesquisa o método hipotético-dedutivo com coleta bibliográfica, à vista de obras jurídicas focadas no campo do Direito Constitucional positivo, Direito Processual Civil, Direito Penal e Direito Processual Penal, assim como a Lei Maria da Penha e em jurisprudência específica aplicável ao objetivo do trabalho. Vários desses casos têm sido levados aos tribunais e, em muitos deles, os juízes têm se valido de alguns argumentos para decidir favoravelmente à vítima e aplicar as medidas protetivas da Lei Maria da Penha. Dentre os argumentos utilizados, encontramos a aplicação do princípio da isonomia ou igualdade consagrado em nossa Constituição pátria; o da possibilidade de utilização pelo juiz de seu poder geral de cautela, a analogia *in bonam partem* e *a* conjugação entre eles. Diante do quadro posto e da falta de legislação específica de proteção de pessoas vulneráveis, vítimas de violência doméstica e/ou familiar, concluímos que só poderemos encontrar solução para uma melhor proteção dessas pessoas se o legislador editar uma legislação parecida com a Lei Maria da Penha incluindo as pessoas vulneráveis além das mulheres; ou, modificando e ampliando a própria Lei Maria da Penha, ou, ainda, utilizando-se os magistrados dos argumentos expostos para a aplicação das medidas protetivas da atual Lei nº 11340/06 às pessoas vulneráveis, vítimas da violência doméstica ou familiar, independentemente do seu sexo.

Palavras-chave: Violência doméstica e/ou familiar. Lei Maria da Penha. Medidas protetivas de urgência. Aplicação às pessoas vulneráveis do sexo masculino.

INTRODUÇÃO

É sabido de todos que desde os primórdios da civilização e até mesmo antes, havia violência entre os seres humanos. Os motivos podem ser diversos, tais como disputas por bens, poder, território, desacordos comerciais, dominação, disputas afetivas etc.

A contemporânea e atualmente denominada "violência doméstica" sempre existiu, juntamente com as demais formas de violência praticadas pelo homem,[2] porém só modernamente mereceu uma atenção e proteção específica do Estado.

A violência contra a mulher, em especial no seio do lar e também em decorrência das relações afetivas é e sempre foi mais intensa em decorrência de sua posição histórica de submissão ao homem e

1 Professor de Direito Penal da Faculdade Dom Bosco de Monte Aprazível - SP, Major da Policia Militar do Estado de São Paulo – Chefe da Seção de Pessoal, Administrativa e Financeira do Comando de Policiamento do Interior-5 com sede em São José do Rio Preto-SP. – Graduado em Ciências Policiais de Segurança e Preservação da Ordem Pública pela Academia de Polícia Militar do Barro Branco e em Direito pelo Centro Universitário de Rio Preto – Mestre em Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública pela Polícia Militar do Estado de São Paulo – Pós-Graduando em Direito Penal e Processual Penal pelo Centro Universitário de Rio Preto.

2 Aqui denominamos "homem" abrangendo todo ser humano, seja ele do gênero masculino, feminino e independentemente de sua idade ou orientação sexual.

perante a sociedade, além, é claro, de sua, em regra, inferioridade física em relação ao homem.

Ocorre, porém, que, mesmo desde os primórdios da civilização, as mulheres não são as únicas a serem agredidas em suas relações domésticas e familiares. Homens também o são, em especial os que se encontram em posição de vulnerabilidade,[3] tais como crianças, idosos, doentes físicos e mentais, e modernamente vem se externando para a sociedade os participantes de relacionamentos homoafetivos.

A Lei Maria da Penha, apesar de seu grande avanço em termos de evolução legislativa, trouxe um pequeno alento aos anseios das mulheres brasileiras em relação a medidas de proteção, em relação a qualquer tipo de violência que sofressem em seu seio familiar ou doméstico. Porém, a lei referiu-se somente às mulheres, deixando de fora o gênero masculino, mesmo que eles sofressem os mesmos tipos de violência que vitimam a mulher, deixando-o desamparados, em especial, os vulneráveis.

1 O PROBLEMA E A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

1.1 Conceito de princípios

A palavra princípio vem do latim *principium* e significa início, começo, ponto de partida. (Carvalho, p. 558) Mas, como origem, ponto de partida, "princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais, típicas, que condicionam todas as estruturas subsequentes", sendo os alicerces, os fundamentos da ciência. (Cretella Junior *in* Carvalho, p. 558)

Na concepção de Celso Antônio Bandeira de Mello, é:

> "mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico". (MELLO, p. 450)

O Professor Celso Ribeiro Bastos (BASTOS, p. 137) coloca em sua obra que "os autores prendem-se a mais de um critério" ao comentar sobre a distinção que os mesmos fazem entre normas e princípios. Encontrando-se entre eles, de forma mais comum "o *grau de abstração"* pelo qual não se acentua a diferença qualitativa entre princípios e normas, mas tão somente se insiste no grau tendencialmente mais abstrato dos princípios em relação às normas.

Diz ainda que:

Fica claro, pois, que nada obstante as singularidades que cercam os princípios, estes não se colocam, na verdade, além ou acima do direito.

Fazem, juntamente com as normas, parte do ordenamento jurídico. Não se contrapõem às normas, mas tão-somente aos preceitos. As normas jurídicas é que se dividem em normas princípios e normas disposição.

José Afonso da Silva faz uma singela distinção - em suas palavras – entre regras e princípios:

> As *normas* são preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, ou seja, reconhecem, por um lado, a pessoa ou a entidade a faculdade de realizar certos interesses por ato

3 Conceito também modernamente introduzido na legislação pátria, em especial com advento das mudanças introduzidas no CP (Código Penal) pela Lei nº 12.015/09.

> próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem, e, por outro lado, vinculam pessoas ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem.
> Os *princípios* são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são [como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira] 'núcleos de condensações' nos quais confluem *valores e bens* constitucionais". {sic} Mas, como disseram os mesmos autores, "os princípios, que começam por ser a base de *normas jurídicas*, podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípios e constituindo preceitos básicos da organização constitucional. (SILVA, op. cit., p. 91-2.)

1.2 O Princípio da Igualdade e a Lei Maria da Penha

O princípio da igualdade está insculpido na Constituição de 1988 já em seu preâmbulo que, segundo Kildare Gonçalves Carvalho (2011, p. 547) [...] "enuncia por quem, em virtude de que autoridade e para que fim foi estabelecida a Constituição. Não é uma peça inútil ou de mero ornato na construção dela". E continua dizendo que o mesmo dá legitimidade à Constituição, "seja quanto à sua origem, seja quanto ao seu conteúdo, que será variável segundo as circunstâncias históricas e a ideologia que se verificam durante a atividade dos constituintes originários".

Logo em seguida, é materializado como direito e garantia fundamental, ao ser incluído como princípio norteador do artigo 5º da CF, *in verbis* "Art. 5º Todos são **iguais** perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, **à igualdade**, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:"(grifo nosso)

A palavra "igualdade" é citada oito vezes no texto constitucional, ora como princípio norteador da constituição, como nos dois casos acima citados, ora em seu significado literal para designar semelhança, paridade, equidade entre as pessoas ou entidades.

Como "direito e garantia individual" não pode ser removido da constituição, pois faz parte das chamadas *cláusulas pétreas*, conforme preceituado no art. 60, § 4º, inciso IV da CF.

José Afonso da Silva diz que nossa Constituição "só tem reconhecido a igualdade no seu sentido jurídico-formal: *igualdade perante a lei*." E continua declarando que:

> O conceito de igualdade provocou posições extremadas. Há os que sustentam que a desigualdade é a característica do universo. Assim, os seres humanos, ao contrário da afirmativa do art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, nascem e perduram desiguais. Nesse caso, a igualdade não passaria de um simples *nome*, sem significado no mundo real, pelo que os adeptos dessa corrente são denominados *nominalistas*. No pólo oposto, encontram-se os *idealistas*, que postulam um *igualitarismo* absoluto entre as pessoas. Afirma-se, em verdade, uma igual liberdade natural ligada à hipótese do estado de natureza, em que reinava uma igualdade absoluta. (SILVA, op. cit., p. 211-12.)

Demonstra o mesmo autor, que os homens têm aspectos de igualdade e de desigualdade, e continua:

> Em essência, como seres humanos, não se vê como deixar de reconhecer igualdade entre os homens. Não fosse assim, não seriam seres da mesma espécie. A igualdade aqui se revela na própria identidade de essência dos membros da espécie. Isso não exclui a possibilidade de inúmeras desigualdades entre eles. Mas são desigualdades fenomênicas: naturais, físicas, morais,

> políticas, sociais etc., e "não se aspira [lembra Cármem Lúcia Antunes Rocha] uma igualdade que frustre e desbaste as desigualdades que semeiam a riqueza humana da sociedade plural, nem se deseja uma desigualdade tão grande e injusta que impeça o homem de ser digno em sua existência e feliz em seu destino. O que se quer é a igualdade jurídica que embase a realização de todas as desigualdades humanas e as faça suprimento ético de valores poéticos que o homem possa desenvolver. As desigualdades naturais são saudáveis, como são doentes aquelas sociais e econômicas, que não deixam alternativas de caminhos singulares a cada ser humano único."(SILVA, op. cit., p. 213)

Segundo Cármem Lúcia Antunes Rocha *in* José Afonso da Silva: (2010, p. 214 grifo nosso) "Igualdade constitucional é mais que uma expressão de Direito; é um modo justo de se viver em sociedade. Por isso **é princípio** posto como **pilar de sustentação e estrela de direção interpretativa** das normas jurídicas que compõem o sistema jurídico fundamental."

Araújo e Nunes Junior (2003, p. 96-7) chamam o princípio da igualdade de princípio da isonomia e também proclamam tratar a constituição de 1988, o princípio, como uma igualdade formal, quando ela diz "Todos são iguais perante a lei...". Devem, então, tanto o legislador quanto o aplicador da lei, preocupar-se com as implicações do princípio.

A máxima aristotélica de *tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade* pode não representar um tratamento igualitário e justo, pois "a grande dificuldade reside exatamente em determinar, em cada caso concreto, quem são os iguais, quem são os desiguais e qual a medida dessa desigualdade."

Exemplificam a aparente dicotomia no princípio que chamam de isonomia com um julgado do STF, em que foi considerado constitucional e não feria o princípio da isonomia ou igualdade o fato da exigência de altura mínima de 1,60m para o concurso de agente policial, no Estado do Mato Grosso, visto que pertinente o requisito de certa compleição física. Por outro lado, julgaram inconstitucional a exigência de altura mínima para o concurso de escrivão de polícia do mesmo estado, uma vez que exerceriam função burocrática, incompatível com a exigência de altura mínima.

Maria Berenice Dias, ao falar sobre a igualdade e a Lei Maria da Penha, defendendo a mesma, quanto a sua possível incompatibilidade com o princípio da igualdade, procura demonstrar exatamente o contrário, como podemos ver:

> O princípio da igualdade é consagrado enfática e repetidamente na Constituição Federal. Está no seu preâmbulo como compromisso de assegurar a igualdade e a justiça. A igualdade é o primeiro dos direitos e garantias fundamentais (CF, art. 5º): todos são iguais perante a lei. Repete o seu primeiro parágrafo: homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. Mas há mais, é proibida qualquer discriminação fundada em motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (CF, art. 7º, XXX).
>
> Exatamente para garantir a igualdade é que a própria Constituição concede tratamento diferenciado a homens e mulheres. Outorga proteção ao mercado de trabalho feminino, mediante incentivos específicos (CF, art. 7º, XX) e aposentadoria aos 60 anos, enquanto para os homens a idade limite é de 65 (CF, art. 202).
>
> A aparente incompatibilidade dessas normas solve-se ao se constatar que a igualdade formal – igualdade de todos perante a lei – não conflita com o princípio da igualdade material, que é o direito à equiparação mediante a redução das diferenças sociais. Trata-se da consagração da máxima aristotélica de que o princípio da igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualam.
>
> Marcar a diferença é o caminho para eliminá-la. Daí a necessidade das leis de cotas, quer para assegurar a participação das mulheres na política, quer para garantir o ingresso de negros no ensino

> superior. Nada mais do que mecanismos para dar efetividade à determinação constitucional da igualdade. Também não é outro motivo que leva à instituição de microssistemas protetivos ao consumidor, ao idoso, à criança e ao adolescente.
> Portanto, nem a obediência estrita ao preceito isonômico constitucional permite questionar a indispensabilidade da Lei n. 11.340/06, que cria mecanismos para coibir a violência doméstica. (DIAS, 2007.)

Podemos constatar que o princípio da igualdade ou isonomia, como preferem chamar alguns autores, recebe um tratamento formal em nossa Constituição, porém não deixa de buscar o ideal de seu caráter material ou substancial, como diz Celso Ribeiro Bastos, naquilo que se compatibiliza com a realidade fática, sem instituir privilégios ou benefícios discriminatórios que não se justifiquem dentro da busca de uma maior isonomia em seu caráter material.

É exatamente na busca dessa cada vez maior igualdade material, baseada na formal que não vemos nenhum impedimento da aplicação de benefícios, em especial das medidas protetivas contidas na Lei Maria da Penha em prol de vítimas tão vulneráveis, sujeitas e sofrendo as mesmas violências que as mulheres. A mesma argumentação que se faz para defender os benefícios obtidos pelas mulheres com a promulgação da Lei Maria da Penha pode ser usada para aplicá-la às demais pessoas vulneráveis que sofrem o mesmo tipo de violência.

Negar a possibilidade de aplicação das medidas protetivas em benefício dessas pessoas vulneráveis é negar o princípio da igualdade contido na Constituição e, com certeza, esse entendimento em nada prejudicará a própria Lei Maria da Penha; mas, pelo contrário, alarga seu caráter de proteção às vítimas vulneráveis inseridas no mesmo contexto de violência, submissão e discriminação em que se vêem inseridas as mulheres que são formalmente protegidas pela lei.

1.3 A Proteção da Família na Constituição de 1988

Especificamente, a Constituição de 1988 traz a proteção à família em seu art. 226, conforme se vê:

> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
> ...
> § 8º **- O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.** (grifo nosso)

Para Celso Ribeiro Bastos (1995, p. 398) "Família é o conjunto de pessoas unidas por laços de parentesco. É considerada a célula fundamental da sociedade"

Kildare Gonçalves Carvalho define a família como:

> [...] grupo social primário, não é constituída apenas pelo casamento, como ocorria no direito anterior, pois a Constituição a ela equipara a união estável entre homem e mulher, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento, e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.
> Na família, os direitos e deveres são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Já Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior trazem algumas considerações a respeito da proteção da família pela Constituição dizendo:

> Mantendo uma tradição de nossas Constituições (com exceção da de 1891), assegurou os efeitos civis ao casamento religioso. Determinou que a união estável fosse reconhecida como entidade familiar, emitindo comando ao legislador infraconstitucional para que facilitasse a sua conversão em casamento. Revelou-se, ainda, mesmo diante do progresso constitucional, uma preocupação com a formalização da situação. A lei, portanto, deve sempre facilitar a conversão da união estável em casamento. Verifica-se, dessa forma, que o casamento continua a ser prestigiado pelo texto constitucional.
> A entidade familiar pode ser formada apenas por um dos pais e seus descendentes. Portanto, ainda que inexista, por qualquer motivo, uma formalização da entidade familiar (marido e mulher), o texto constitucional preserva a situação do grupo, deferindo *status* de entidade familiar ao grupo familiar, independentemente da existência do casal. Basta, portanto, um dos membros e seus descendentes para que se admita a existência de uma entidade familiar e seja-lhe concedida proteção especial do Estado, assegurada no art. 226 da Lei Maior.
> Reforçando o princípio da igualdade, já assegurado no *caput* do art. 5º e em seu inciso I, o constituinte determinou a igualdade dos sexos na representação da sociedade conjugal. Homens e mulheres têm direitos e deveres iguais na sociedade conjugal.
> Na mesma linha de preservação do princípio da igualdade, o constituinte determinou que os filhos, havidos ou não da relação do casamento ou por adoção, têm os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação, como se depreende do § 6º do art. 227. (ARAÚJO E NUNES FILHO, op. cit., p. 460-1)

1.4. A Entidade Familiar Homoafetiva

O conceito tradicional de família, conforme vimos anteriormente, foi bastante modificado pela Constituição de 1988, deixando de ser somente aquela entidade formada pelo pai, mãe e seus filhos "legítimos", para ganhar nova conotação muito mais abrangente.

Para Maria Berenice Dias:

> [...] a Constituição **esgarçou o conceito de família**. Concedeu especial proteção à entidade familiar, como base da sociedade, acabando com a idéia sacralizada da família, constituída exclusivamente pelos "sagrados" laço do matrimônio, para "crescei e multiplicai-vos até que a morte os separe". Além de outorgar proteção ao casamento, também **reconheceu** como entidade familiar, o que chamou de **união estável**, e que antes tinha o nome de concubinato e era reconhecida pela jurisprudência como uma sociedade de fato. O constituinte trouxe a união estável para o âmbito do Direito das Famílias, fazendo, no entanto, uma recomendação que Giselda Hironaka disse ser um dos penduricalhos mais inúteis da nossa Constituição, ao preconizar que a lei deve facilitar a conversão da união estável no casamento.
> Ora, se vivemos no primado da liberdade – e vivemos – as pessoas podem escolher, casam se quiserem casam ou vivem em união estável. Ainda não há uma lei regulando esta recomendação. Mas, para converter a união estável em casamento certamente é preciso um processo judicial, a realização de uma audiência. No entanto, casar é grátis e, com certeza, bem mais romântico.
> Também a Constituição **reconheceu como família o convívio de um dos pais com seus filhos**. Com a inclusão no conceito de família das estruturas monoparentais, a idéia de família migrou da genitalidade para a afetividade. Houve uma mudança no conceito de família, o que permite dizer que a Constituição Federal viu e emprestou efeitos jurídicos ao afeto. Afinal, a união estável nada mais é do que um relacionamento que tem por fundamento um vínculo afetivo.
> O **conceito constitucional de família é de inclusão, de abrangência**. A enumeração não é taxativa, não se tratando de numerus clausus. Em primeiro lugar porque a Constituição usa a expressão "também" é um advérbio de inclusão. De qualquer modo, as famílias não são mais exclusivamente formadas por homens e mulheres. Não. Vivemos em uma época onde todos - gostando ou não, querendo ver ou não – não têm como deixar de reconhecer a existência de vínculos afetivos formados por pessoas do mesmo sexo.
> O fato de a Constituição Federal ter emprestado especial proteção à união estável entre um homem e uma mulher não quer dizer que não admite união estável entre pessoas do mesmo sexo. Simplesmente, com relação a essas não recomenda aquela inutilidade de ser facilitada sua

transformação em casamento. (DIAS, Novos Rumos do Direito das Famílias. grifo nosso)

Apesar de a lei não reconhecer, a união homoafetiva ocorre em nossa sociedade desde os primórdios de sua existência, porém sempre foi tabu e socialmente inaceitável.

Nos dizeres de Maria Berenice Dias[4] "A família tutelada pelo Estado sempre teve um perfil patriarcal, sendo uma relação hierarquizada, patrimonializada, verticalizada e, é claro, heterossexual. O homem era o chefe da sociedade conjugal, [...]"

Esse perfil remonta a Roma, onde a família era organizada em função do princípio da autoridade, abrangendo a eles subordinados. O *pater* era ao mesmo tempo chefe político, sacerdote e juiz, comandava como um todo, impondo-lhes pena corporal. A mulher vivia subordinada a esta autoridade, em nenhum momento adquirindo autonomia, passando a função de filho e de esposa sem direitos próprios. Só esta autoridade *pater* que lhe adquiria bens e domínio sobre o patrimônio familiar.

Daí podermos falar em poder familiar, porém o poder familiar não é mais absoluto no sentido do poder que conferia aos pais domínio dos filhos, mas sim focado no poder afetivo, cabendo aos pais a corresponsabilidade e parceria nos direitos e deveres dos filhos e a missão de equilibrá-los.

Mas, recentemente, esse conceito tradicionalista de entidade familiar foi quebrado por decisão inédita do STF que reconheceu a possibilidade legal da união civil entre pessoas do mesmo sexo, baseado nos novos princípios e conceitos introduzidos na nossa constituição.

Segundo Mota, Rocha e Campos Mota consolida-se no Brasil, através da doutrina e da jurisprudência, a família sócio-afetiva, "transpondo os limites fixados pela Constituição de 1988, porém incorporados dos seus princípios. Quando declarada a convivência familiar e comunitária, a não discriminação de filhos, a corresponsabilidade dos pais quanto ao exercício do poder familiar e o núcleo monoparental reconhecido como entidade familiar[...], os vínculos de afeto se sobrepõem à verdade biológica, [...]."

1.5 O Posicionamento do STF

O STF, ao julgar a ADI 4277-DF e ADPF 132-RJ, em 05 de maio de 2011, deu novo conceito à entidade familiar, definindo como família, também a união entre pessoas do mesmo sexo, incluindo para essas situações as mesmas conformações de família que se entendia formada por homens e mulheres heterossexuais:

> Ementa
> 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir "interpretação conforme à Constituição" ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das

4 **A evolução da família e seus direitos**. Disponível em:<http://www.mariaberenice.com.br/uploads/7_a_evolu%E7%E3o_da_fam%EDlia_e_seus_direitos.pdf> Acesso em: 04 set. 2013.

> condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA.[...]
> 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO "FAMÍLIA" NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão "família", não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por "intimidade e vida privada" (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. (ADI 4277-DF, ADI 132-RJ, 2011)

Como pudemos verificar nos dizeres dos autores acima, na Constituição de 1988, a família tomou uma nova configuração, diferente daquela tradicional que anteriormente se entendia como tal.

A nova família não é mais somente aquela constituída de pai, mãe e os filhos provindos dessa união conjugal. Passou a ser também aquelas entidades familiares diversas desse conceito tradicionalista de família, tais como as provindas da união estável, da comunidade formada por qualquer um dos pais e seus filhos e mais recentemente, após a inédita decisão do STF, sobre a possibilidade do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, o chamado casamento homoafetivo, inegável a formação de entidade familiar entre essas pessoas e seus eventuais filhos, adotivos ou não.

É determinação expressa na Constituição, em seu art. 226, § 8º, que o Estado deve assegurar a assistência à família e criar mecanismos para que cada pessoa que componha a família seja protegida de qualquer forma de violência no âmbito de suas relações.

Tal mandamento constitucional vincula o legislador e as leis infraconstitucionais, de forma que as mesmas devem atender ao mandamento; frise-se que o contido no § 8º, do art. 226 da CF, diz claramente que a proteção do Estado deve ser para **cada pessoa que integre a entidade familiar**, assim todos os componentes da família e, ainda mais; os vulneráveis, mulheres, crianças, idosos, doentes têm o direito de receber essa proteção.

A proteção a que se refere a Constituição vem positivada nas normas infraconstitucionais, já existentes ou por serem feitas ou modificadas na medida da necessidade de se cumprir o mandamento

constitucional.

Ora, dentre as normas que contribuem para essa proteção, encontra-se, evidentemente, a Lei Maria da Penha, porém, em regra, protegendo somente uma das pessoas que compõem a entidade familiar em sua conformação, conforme vimos acima, qual seja, a mulher.

Somente diante desta constatação teríamos que a Lei Maria da Penha não está conforme com o mandamento constitucional, assim seria inconstitucional. Mas não é aqui nossa intenção, contrário senso, queremos estender a proteção dada à mulher pela lei às outras pessoas, em especial às vulneráveis, adequando assim a mesma ao mandamento constitucional.

2. A LEI 11.340/06 "MARIA DA PENHA"

2.1 A Lei Maria da Penha e Suas Medidas Protetivas

Examinamos aqui apenas as Medidas Protetivas de Urgência, fruto de interesse deste trabalho.

No dia em que a lei foi sancionada pelo presidente da república, estavam presentes na cerimônia a própria Maria da Penha e várias mulheres importantes no cenário nacional. Traz a lei em sua ementa:

> 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 Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.

A Lei Maria da Penha cria vários mecanismos e medidas e determina obrigações ao Estado no sentido de prevenir, assistir e dar atendimento à mulher e reprimir todo tipo de violência que ela possa sofrer no âmbito da unidade doméstica, no seio âmbito da família e em qualquer relação íntima de afeto, conforme verificamos em seu artigo 5º:

> Art. 5o Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:
> I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;
> II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;
> III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.
> Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual. (Lei 11340, 2006)

Para dar amparo à mulher vítima de violência e garantir sua integridade física, psicológica e patrimonial prevê a Lei 11.340/06 em seu artigo 18 e seguintes, "MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA".

Maria Berenice Dias em seu livro "A Lei Maria da Penha na Justiça", ao comentar sobre os sujeitos ativo e passivo da violência doméstica nos traz que:

> Para a configuração da violência doméstica não é necessário que as partes sejam marido e mulher, nem que estejam ou tenham sido casados. Também na união estável – qua nada mais é do que uma relação íntima de afeto – a agressão é considerada como doméstica, quer a união persista ou já tenha findado. Para ser considerada a violência como doméstica, o sujeito ativo tanto pode ser um homem como outra mulher. Basta estar caracterizado o vínculo de relação doméstica, de relação familiar ou de afetividade, pois o legislador deu prioridade à criação de mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica contra a mulher, sem importar o gênero do agressor.
> A empregada doméstica, que presta serviço a uma família, está sujeita à violência doméstica. Assim, tanto o patrão como a patroa podem ser os agentes ativos da infração. Igualmente, desimporta o fato de ter sido o neto ou a neta que tenham agredido a avó, sujeitam-se os agressores de ambos os sexos aos efeitos da Lei. A parceira da vítima, quando ambas mantém uma união homoafetiva (art. 5º, parágrafo único), também responde pela prática de violência de âmbito familiar. Os conflitos entre mães e filhas, assim como os desentendimentos entre irmãs está ao abrigo da Lei Maria da Penha quando flagrado que a agressão tem motivação de ordem familiar.
> No que diz com o sujeito passivo, {sic} há a exigência de uma qualidade especial: ser mulher. **Nesse conceito encontram-se as lésbicas, os transgêneros, as transexuais e as travestis**, que tenham identidade com o sexo feminino. A agressão contra elas no âmbito familiar também constitui violência doméstica.
> Não só esposas, companheiras ou amantes estão no âmbito de abrangência do delito de violência doméstica como sujeitos passivos. Também as filhas e netas do agressor como sua mãe, sogra, avó ou qualquer outra parente que mantém vínculo familiar com ele podem integrar o pólo passivo da ação delituosa.
> Mas **há a possibilidade de o sujeito passivo não ser necessariamente a mulher**. A lei prevê mais uma majorante ao crime de lesão corporal em sede de violência doméstica (CP, art. 129, § 11): se o crime for cometido contra pessoa portadora de deficiência. **Seja de que sexo for o deficiente físico**, sendo alvo de lesão corporal, a pena de seu agressor é dilatada. Aliás, a hipótese deveria estar inserida era no artigo 61 do Código Penal, como agravante genérica, para todos os crimes cometidos contra pessoas portadoras de necessidades especiais, e não só na hipótese de lesão corporal doméstica. (DIAS, 2007, p. 41-2 grifo nosso)

Verifica-se pelo texto que a interpretação dada pela Excelentíssima Dr.ª Maria Berenice Dias, - eminente Juíza de Direito e defensora ferrenha dos direitos das mulheres, primeira mulher a ingressar na magistratura gaúcha e a primeira Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, - já vê a possibilidade de aplicação da Lei Maria da Penha em benefício de "sujeitos passivos" que não sejam do sexo feminino, mas que venham a sofrer violência doméstica ou familiar.

É evidente que a Lei Maria da Penha veio a contribuir, com mecanismos de coerção estatal, para a proteção da mulher, com a possibilidade de diminuição da violência que sofrem em suas relações domésticas, familiares e afetivas, através da imposição de sanções e mandamentos que fazem parte da chamada prevenção geral da lei. De um ponto de vista sociojurídico, representa um aumento do acesso das mulheres aos seus direitos civis, como nos afirma Bárbara Soares, citada por Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo:

> [...] o processo de redefinição de direitos, baseado em uma releitura desnaturalizante da vida social, encabeçada primordialmente pelas feministas, indicaria, também, uma expansão da democracia e uma extensão do sentido da individualidade. O lar, o casal e a família deixam de funcionar como mônadas impenetráveis, como núcleos decisórios, auto-referidos e possuidores de direitos próprios, para se desmembrarem em novas unidades socialmente significativas, competindo legitimamente e em igualdade de condições pelo acesso aos direitos civis. [5]

A luta da Sra. Maria da Penha Maia Fernandes não foi em vão, mas só conseguiu seu intento, - punir seu agressor,- após árdua luta pessoa,l e a Lei só se tornou realidade após obter apoio da OEA, que

5 AZEVEDO, **Sistema Penal e Violência de Gênero: análise sociojurídica da Lei 11.340/06.** Disponível em:< http://www.scielo.br/pdf/se/v23n1/a05v23n1.pdf> Acesso em: 11 set. 2013

pressionou o Governo Brasileiro.

Não questionamos aqui as conquistas feitas pelas mulheres na luta pela eliminação de qualquer tipo de violência que venham a sofrer, e muito menos queremos retirar ou diminuir esses direitos vem sequer questionamos a constitucionalidade da lei, como alguns o fazem, mas acima disto queremos que os direitos conquistados pelas mulheres sejam estendidos a outras pessoas, independentemente do sexo, especialmente as vulneráveis que também sofrem violência no âmbito doméstico, familiar ou em suas relações afetivas.

Em especial a aplicação imediata, conforme já vem sento feita, ponto que será explorado em outro capítulo, das medidas protetivas de urgência, como forma de preservar, *ad cautelum,* a integridade física, psíquica e o patrimônio de pessoas vulneráveis que estão sob o jugo da violência.

3. AS ALTERAÇÕES DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL FEITAS PELA LEI 12.403/11

A Lei 12.403, de 04 de maio de 2011 "altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências.

O art. 282 do CPP passou a ter a seguinte redação:

> "Art. 282. As **medidas cautelares** previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:
>
> I - ...
> § 6o A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)." (grifo nosso)

Verifica-se que o art. 282 trata da aplicação de **medidas cautelares**, que estão explicitadas no art. 319 e não de **medidas protetivas**, referenciadas na Lei Maria da Penha nos artigos 22 e 23. Mais à frente as modificações, introduzidas pela Lei 12.403/11, alteraram o art. 313 do CPP autorizando a decretação da prisão preventiva nos termos do art. 312.

> "Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:
> I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;
> II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;
> III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a **mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência**;
> IV - (revogado).

> Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida." (NR) (grifo nosso)

Note-se que nas modificações do art. 313, acima reproduzido, passa o legislador, no inciso III, a referir-se a "**medidas protetivas de urgência"**, institutos de proteção específicos da Lei Maria da Penha. Porém, não se refere unicamente às mulheres, mas inclui também: "[...]criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência[...]".

Não podemos considerar que o legislador tenha cometido um erro grosseiro ou misturado o que se entende por **medidas cautelares** e **medidas protetivas de urgência.**

Parece-nos explícito que o legislador, ao introduzir essa modificação no CPP, já tinha em mente a possibilidade de aplicação das **medidas protetivas de urgência**, que são exclusivas da Lei Maria da Penha, a outras pessoas vulneráveis, a fim de protegê-las da violência doméstica.

Esse também é o entendimento de Rogério Sanches Cunha, Promotor de Justiça de São Paulo:

> Conforme a Lei 11.340/2006 (art. 5.º), entende-se por violência doméstica e familiar toda a espécie de agressão (ação ou omissão) dirigida contra mulher (vítima certa) num determinado ambiente (doméstico, familiar ou de intimidade) baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial.
> De acordo com o Conselho da Europa, trata-se de "qualquer ato, omissão ou conduta que serve para infligir sofrimentos físicos, sexuais ou mentais, direta ou indiretamente, por meio de enganos, ameaças, coação ou qualquer outro meio, a qualquer mulher, e tendo por objetivo e como efeito intimidá-la, puni-la ou humilhá-la, ou mantê-la nos papéis estereotipados ligados ao seu sexo, ou recusar-lhe a dignidade humana, a autonomia sexual, a integridade física, mental e moral, ou abalar a sua segurança pessoal, o seu amor próprio ou a sua personalidade, ou diminuir as suas capacidades físicas ou intelectuais".
> A Lei, portanto, tem por finalidade proteger a mulher vulnerável no ambiente doméstico e familiar, vítima de preconceito e discriminação em razão do seu sexo. E no caso de vítima homem, ainda que vulnerável (p. ex: criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência)? Sustentei, desde o início, que a Lei 11.340/06, apesar de criada para a mulher, pode servir aos homens, aplicando-se-lhes as medidas protetivas de urgência quando constatada sua vulnerabilidade, bastando o Magistrado valer-se do seu poder geral de cautela.
> Esse raciocínio, hoje, parece estar positivado, pois com o advento da Lei 12.403/11, caberá prisão preventiva se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.
> A novel Lei, portanto, reforça o entendimento de que as medidas protetivas da Lei Maria da Penha não são exclusivas da mulher ofendida, mas de qualquer pessoa vítima dessa espécie de violência (não importando o sexo), desde que vulnerável (como criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência). (CUNHA, 2011.)

4. O PODER GERAL DE CAUTELA DO ARTIGO 798 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Neste capítulo, pretendemos demonstrar como a interpretação analógica *in bonam partem* do poder geral de cautela prescrito no Código de Processo Civil pode ser aplicado ao Processo Penal, a fim de prevenir, em benefício da vítima e da sociedade, maiores danos físicos, psicológicos ou materiais que possam ser causados pelo réu em casos de violência doméstica ou familiar, antes do julgamento da lide principal, qual seja, do devido processo penal que tem a pretensão de punir o possível agressor.

Nossa proposta aqui não é fazer um estudo sobre o poder geral de cautela ou das cautelares

aplicáveis ao processo civil, mas apresentar essa possibilidade jurídica que poderá, como já vem sendo feito, ser usada pelo juiz em situações especiais no processo penal, em especial, como disse acima, para beneficiar vítimas vulneráveis não especificamente protegidas pela Lei Maria da Penha.

4.1 Conceito do instituto no CPC

O Poder Geral de Cautela é a autorização dada ao Juiz pelo Estado para que, exercendo seu poder jurisdicional, possa aplicar medidas cautelares típicas previstas no CPC ou em outras leis; além de poder conceder, também, medidas cautelares atípicas ou inominadas, quando as medidas típicas ou nominadas não se revelem adequadas à garantia da efetividade do processo principal.

Nas palavras de Vicente Greco Filho (2003, p. 154): "A Medida cautelar é a providência jurisdicional protetiva de um bem envolvido no processo; o processo cautelar é a relação jurídica processual, dotada de procedimento próprio, que se instaura para a concessão de medidas cautelares."

O Poder Geral de Cautela encontra-se previsto no art. 5º, inc. XXXV da CF c/c art. 798 do CPC.

> Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

O processo cautela não objetiva solução definitiva da controvérsia em torno da relação jurídica material, mas previne, de forma emergencial e provisória, a situação da lide contra as alterações de fato ou de direito que possam ocorrer antes da decisão final no processo de conhecimento ou na satisfação do processo de execução.

Com essa atividade acautelatória, busca-se evitar o dano decorrente da inevitável demora do provimento jurisdicional: eis aqui o *periculum in mora*, um dos requisitos de concessão da liminar juntamente com o *fumus boni iuris*, caracterizado na probabilidade de um futuro provimento jurisdicional favorável ao autor.

Porém é preciso distinguir entre medida cautelar e processo cautelar, conforme explica o ilustre Vicente Greco Filho *apud* Paulo Lúcio Nogueira:

> [...] é preciso distinguir medida cautelar de processo cautelar, pois a medida cautelar é a providência jurisdicional protetiva de um bem envolvido no processo; o processo cautelar é a relação jurídica processual, dotada de procedimento próprio, que se instaura para a concessão de medidas cautelares. O processo cautelar é o instrumento natural para a produção e deferimento de medidas cautelares, mas nem todas as medidas cautelares são determinadas ou deferidas em processo cautelar. Algumas delas podem ser determinadas dentro do próprio processo de conhecimento ou de execução (como, p. ex., o arresto do art. 653) ou nos procedimentos especiais (ex., liminar no mandado de segurança); outras, por terem natureza mais administrativa, aparecem em simples procedimento que não chega a constituir uma relação processual (ex. notificações). (FILHO *apud* NOGUEIRA, 1994, p. 38-9)

4.2 Fundamento das Medidas Cautelares

Sabemos que o desenvolvimento do processo se dá através de sucessivos atos juridicamente organizados, e, desde seu início, esses atos demandam certo período de tempo para serem realizados, sendo que o transcurso deles, em especial se forem *in albis*, podem colocar em risco a sua efetividade.

As medidas cautelares se justificam na medida em, que no intervalo entre o surgimento da relação jurídica processual e o provimento jurisdicional final, passam ocorrer situações que prejudiquem a atuação jurisdicional ou tornem ineficazes sua prestação.

Assim, as medidas cautelares são formas de se garantir antecipadamente a defesa de determinados direitos até a final confirmação deles no término do processo.

A medida cautelar penal tem por fim garantir direitos e preservar situações, a fim de proteger a sociedade e a vítima, antes que maiores prejuízos sejam causados; é a antecipação de situação final prevista e altamente provável no processo, garantindo a finalidade pretendida dentro dele.

Ada Pellegrini Grinover afirma que: (GRINOVER, 2006, p. 399) "a medida cautelar é destinada não tanto a fazer justiça, mas também a dar tempo para que a justiça seja feita".

As medidas cautelares representam uma conciliação entre as exigências, frequentemente opostas da justiça: a da celeridade e a da ponderação; entre fazer as coisas céleres, porém, mal feitas, ou fazê-las bem feitas, porém tardias. As providências cautelares tendem, diante de tudo, a fazê-las céleres, desejando que o problema de fazê-las bem ou mal, isto é, que a justiça intrínseca da cautelar, se resolva mais tarde, com a necessária ponderação dentro do processo ordinário.

Dois são pressupostos essenciais para a possibilidade de aplicação das medidas cautelares: a urgência que a justifique e a aparência jurídica da pretensão.

É o *periculum in mora*, ou seja, a demora na solução final do processo, porém, não se trata somente do simples perigo na duração do processo, mas também é indispensável que tal perigo seja provado com elementos concretos e efetivos, revelando uma probabilidade concreta de o dano temido transformar-se em dano concreto.

Deve ainda ser demonstrada a aparência jurídica da pretensão, ou seja, o *fumus boni iuris* que é a probabilidade de um resultado favorável para o beneficiário da medida efetivada.

Ora, outro não é o caso da aplicação das medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha às pessoas vulneráveis vítimas de violência doméstica ou familiar, ainda que não sejam mulheres, quando em iminente perigo de serem novamente agredidas ou vilipendiadas em seus direitos básicos de segurança física, psicológica ou até patrimonial, por parte de agressores que em regra estão muito próximos ou tem fácil acesso às vítimas.

Mister se faz comprovar existente no caso o *periculum in mora*, ou seja, o perigo de, por exemplo, ser novamente agredida a vítima postulante das medidas protetivas, antes do fim do processo criminal que apura a agressão já sofrida. Bem como o *fumus boni iuris*, qual seja a real probabilidade de ser o réu condenado pela agressão.

4.3 Medidas Cautelares Penais de Caráter Pessoal

As medidas cautelares penais de caráter pessoal, em especial depois da Lei 12.403 de 04 de maio de 2011, podem ser divididas em duas espécies: as medidas cautelares de caráter pessoal prisionais e as não prisionais.

São medidas cautelares penais de caráter pessoal prisionais as prisões provisórias ou restritivas de liberdade, tais como: prisão temporária, flagrante, preventiva, prisão em decorrência de sentença condenatória recorrível e prisão em decorrência de pronúncia. Essas são prisões que visam acautelar as investigações policiais, durante um inquérito policial, ou criminais, durante o processo penal, anteriores a uma condenação.

Após a promulgação da Lei 12.403/11, foram introduzidas novas medidas cautelares não prisionais de caráter alternativo ou substitutivo à restritiva de liberdade, que o juiz deve observar antes de decretar uma prisão cautelar, assim como previsto no art. 319.

Diante das modificações introduzidas no CPP pela Lei 12.403/11, já se pode questionar a existência de prisões cautelares diversas da prisão preventiva (arts. 312 e 313 do CPP) e prisão temporária (Lei 7.960/89), uma vez ,que tendo chegado ao conhecimento do juiz a realização de uma prisão em flagrante, ele deverá, ou decretar a prisão preventiva fundamentadamente, ou aplicar uma ou mais medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319, ou, ainda, nos casos cabíveis, conceder a liberdade provisória com ou sem fiança.

4.4 O Poder Geral de Cautela no Processo Penal

Sabemos que, devido ao bem que tutela a liberdade individual, o processo penal tem sua autonomia limitada, podendo o juiz atuar dentro da denominada discricionariedade recognitiva, devendo verificar se os pressupostos previstos na lei penal, *in abastracto*, encontram-se presentes no caso concreto e, somente em caso positivo, poderá se valer do instrumento cautelar.

Assim, diante do caso concreto, o juiz deverá analisar a presença dos pressupostos das medidas cautelares, em especial do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, como já citados acima, e fundamentar objetivamente sua decisão, não bastando apenas a mera indicação de fatos que justifiquem a medida, ou a referência a simples suposição quanto à existência de uma das situações em que o legislador admite a medida.

Porém, nas palavras de Rogério Pacheco Alves:

> O desalentador quadro de medidas cautelares apresentado por nosso Código, não obstante todos os esforços levados a efeito pelo legislador nos últimos anos, contribui para a inegável ineficácia do processo criminal, distanciado-o, realisticamente, dos cânones de efetividade que tão de perto vêm informando a atual legislação processual civil.
> Tal realidade leva a que a prestabilidade da futura sentença de mérito se veja protegida por uma malha processual bastante pobre, conduzindo a que, em diversas hipóteses, os deletérios efeitos do tempo sobre o processo levem a um real esvaziamento da prestação jurisdicional, contribuindo,

> assim, para o desprestígio do chamado "sistema de justiça".
> A prova cabal do até aqui afirmado se verifica, de forma mais grave, no campo das ações penais condenatórias, no qual o principal instrumento garantidor da eficácia da prestação jurisdicional é a prisão cautelar, em suas diversas modalidades. Medida, no entanto, dada a gravidade de efeitos que decorrem do encarceramento durante o processo, bem assim em razão dos requisitos estabelecidos pelo Código de Processo Penal para a sua decretação, nem sempre cabível por falta de razoabilidade e proporcionalidade.
> Ou seja, diante dos exíguos mecanismos disponibilizados pela lei, o Juiz criminal, em muitas hipóteses, se vê diante da dicotomia do "prender" ou "não prender", o que, como conseqüência, ou o leva a decretar prisões cautelares desarrazoadas ou, ao contrário, a assistir, passivamente, o esvaziamento do processo, lavando as mãos qual Pilatos no credo, mesmo diante da premente necessidade de garantir a aplicação da lei penal, a instrução criminal ou mesmo a ordem pública.
> Segundo pensamos, seja no crime, seja no cível, sempre que houver uma concreta possibilidade de esvaziamento do exercício da função soberana de julgar, deve o Magistrado servir-se de mecanismos que razoavelmente o habilitem a garantir a sua jurisdição. E tal possibilidade vai encontrar no poder geral de cautela um dos seus mais poderosos instrumentos também na seara processual penal. (ALVES, 2002, p. 3)

Posiciona-se o autor acima favoravelmente ao poder geral de cautela no processo penal, porém cita que nem todos pensam assim:

> Com efeito, ao tratar do assunto especificamente no campo do processo penal, sustenta Romeu Pires de Campos Barros, induvidosamente uma das maiores autoridades no tema, que "A possibilidade jurídica na ação cautelar consiste em se verificar 'prima facie', se a medida cautelar pleiteada é admissível no estatuto processual ou em qualquer lei dessa natureza. Existe uma tipicidade processual não diferente da tipicidade de direito substancial. Portanto, importa verificar se o pedido do autor pode subsumir-se num dos modelos descritos nos preceitos normativos do direito vigorante. Inexistindo no ordenamento jurídico a medida cautelar pleiteada, não há possibilidade jurídica para o pedido do autor" (grifamos).
> Noutra passagem, que esclarece a adoção da noção de "tipicidade processual" em assemelhação à noção de "tipicidade de direito substancial", afirma o mesmo autor que "... o processo, sendo uma luta contra o tempo, instaura-se tendo em vista uma situação inicial e tende a alcançar uma situação final, e a fim de preservar a situação final dos eventos prejudiciais que possam obstacular a sua atuação, exige a antecipação da situação final. É o que ocorre com a prisão preventiva, que do lado estrutural, equipara-se a pena e que, por isso mesmo, somente poderá ser decretada quando ocorra uma infração punida com pena detentiva de liberdade, importando o exame de norma penal incriminadora para que essa medida seja imposta. Nisto consiste o aspecto material da norma cautelar". (ALVES, *op.cit.* p. 3-4)

Mas esta posição já é favorável em alguns tribunais, como a do TRF-4, em julgamento publicado em 20 de janeiro de 2010, que ratificou a utilização do poder geral de cautela do art. 798 do CPC, combinando-o com o art. 3º do CPP:

> Processo: ACR 20201 RS 2009.04.00.020201-3
> Relator(a): LUIZ FERNANDO WOWK PENTEADO
> Julgamento: 13/01/2010
> Órgão Julgador: OITAVA TURMA
> Publicação: D.E. 20/01/2010
> Ementa
> PENAL E PROCESSUAL PENAL. PODER GERAL DE CAUTELA DO MAGISTRADO. ARTIGO 798 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, C/C ARTIGO 3º DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DEFERIMENTO DE MEDIDAS CAUTELARES ATÍPICAS. POSSIBILIDADE. PRÁTICA, EM TESE, DO CRIME DE ESTELIONATO PREVIDENCIÁRIO. DENÚNCIA RECEBIDA. SUSPENSÃO DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO.
> A aplicação de medidas cautelares atípicas no âmbito do Processo Penal é viável com base no poder geral de cautela do magistrado previsto no artigo 798 do Código de Processo Civil, combinado com o artigo 3º, do Código de Processo Penal, bem como pelos postulados da

> razoabilidade e da proporcionalidade. A existência de procedimento de Justificação Administrativa em trâmite afasta o periculum in mora necessário para suspensão cautelar do benefício previdenciário, já que o INSS concluindo pela existência de irregularidade na concessão do benefício, poderá suspendê-lo ou cancelá-lo administrativamente, sendo despiciendo aguardar o trânsito em julgado da Ação Penal.O postulado da proporcionalidade também torna inviável o deferimento da medida, haja visto que a suspensão cautelar importa em gravame despropositado ou maior do que o necessário para a denunciada, a qual terá maiores possibilidades de defesa no procedimento administrativo referido.

Verifica-se que, a despeito de opiniões em contrário, existe a possibilidade de utilização pelo juiz de seu poder geral de cautela no processo penal, objetiva e materialmente nos casos já previstos em lei, como, por exemplo, no próprio CPP, no Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/80), Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei 7.492/86), Interceptação de comunicações telefônicas (Lei 9.296/96), Crimes Hediondos (Lei 8.072/95), Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503/97), Código de Propriedade Industrial (Lei 9.279/96), Lei de Drogas (Lei 11.343/06), Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06) e, por fim, a nova Lei 12.403/11 que alterou o CPP.

Não entraremos neste trabalho na discussão da aplicação do poder geral de cautela do juiz no processo penal, das chamadas medidas cautelares inominadas, existentes especificamente no CPC, já que não são essas que nos interessam.

Aqui, como vimos, tem o juiz a possibilidade de aplicação de seu poder geral de cautela no Processo Penal, observados os requisitos das cautelares, bem como sua existência positivada.

Tal possibilidade coaduna-se perfeitamente com nossa proposição de aplicação das medidas cautelares existentes na Lei Maria da Penha e em perfeita sintonia com a necessidade de se proteger as pessoas vulneráveis, quando vítimas de violência doméstica ou familiar ou em risco de sofrê-la, e quando presentes no caso concreto o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

5. DECISÕES JUDICIAIS E A APLICAÇÃO DE MEDIDAS PROTETIVAS ÀS PESSOAS DO GÊNERO MASCULINO VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

A aplicação de medidas protetivas contidas na Lei Maria da Penha às pessoas do gênero masculino na justiça brasileira, embora timidamente, já vem ocorrendo há algum tempo, conforme demonstraremos neste capítulo.

Recentemente estive participando na XXXI Semana Jurídica promovida pelo Centro Universitário de Rio Preto – UNIRP, sendo que uma das palestras foi ministrada pelo Exmo. Juiz de Direito da 5ª Vara Criminal e do Júri de São José do Rio Preto, Dr. Caio Cesar Melluso, que discorreu sobre o tema "Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher: a Lei 11.340/06 em debate".

Nesta oportunidade, visto que o tema discorrido estava ligado diretamente a este trabalho, perguntei-lhe qual era sua opinião sobre a aplicação das medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha às pessoas do gênero masculino vulneráveis em virtude da alteração promovida no CPP pela Lei 12.403/11 em seu art. 313, sobre a qual discorreremos mais a frente, tendo o mesmo respondido que era favorável, visto que, sendo o direito um ente dinâmico que deve acompanhar a evolução da sociedade e dando-se uma interpretação ampliativa à Lei Maria da Penha, neste aspecto de proteção às pessoas

vulneráveis, ele aplicaria as medidas, sendo o relacionamento familiar ou afetivo, homoafetivo ou não. Citou como rápido embasamento de sua posição a evolução do direito desde o chamado de 1ª geração até o atual, de 3ª geração, em que se tem que aplicar o direito, pensando-se na pessoa integrada a um grupo social e não mais individualmente, identificados por laços comuns de família, minorias étnicas, religiosas etc. [6]

Já em outubro de 2008, o Exmo. Juiz Dr. Mário Roberto Kono de Oliveira, do Juizado Especial Criminal Unificado de Cuiabá, aplicou medida protetiva de urgência requerida por um homem vítima de violência doméstica por parte de sua ex-mulher determinando que a mesma não se aproximasse do ex-marido a menos de 500 metros, bem como se abstivesse de ter qualquer contato com a vítima.

Naquela oportunidade o juiz argumentou que: "É sim, ato de sensatez, já que não procura o homem se utilizar de atos também violentos como demonstração de força ou de vingança. E compete à Justiça fazer o seu papel e não medir esforços em busca de uma solução de conflitos, em busca de uma paz social."[7]

Transcrevemos abaixo a decisão proferida pelo juizado:

> DECIDO: A inovadora Lei 11.340 veio por uma necessidade premente e incontestável que consiste em trazer uma segurança à mulher vítima de violência doméstica e familiar, já que por séculos era subjugada pelo homem que, devido a sua maior compleição física e cultura machista, compelia a "fêmea" a seus caprichos, à sua vilania e tirania.
> Houve por bem a lei, atendendo a súplica mundial, consignada em tratados internacionais e firmados pelo Brasil, trazer um pouco de igualdade e proteção à mulher, sob o manto da Justiça. Esta lei que já mostrou o seu valor e sua eficácia, trouxeram inovações que visam assegurar a proteção da mulher, criando normas impeditivas aos agressores de manterem a vítima sob seu julgo enquanto a morosa justiça não prolatasse a decisão final, confirmada pelo seu transito em julgado. Entre elas a proteção à vida, a incolumidade física, ao patrimônio, etc.
> Embora em número consideravelmente menor, existem casos em que o homem é quem vem a ser vítima da mulher tomada por sentimentos de posse e de fúria que levam a todos os tipos de violência, diga-se: física, psicológica, moral e financeira. No entanto, como bem destacado pelo douto causídico, para estes casos não existe previsão legal de prevenção à violência, pelo que requer a aplicação da lei em comento por analogia. Tal aplicação é possível?
> A resposta me parece positiva. Vejamos: É certo que não podemos aplicar a lei penal por analogia quando se trata de norma incriminadora, porquanto fere o princípio da reserva legal, firmemente encabeçando os artigos de nosso Código Penal: "Art. 1º. Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal."
> Se não podemos aplicar a analogia in malam partem, não quer dizer que não podemos aplicá-la in bonam partem, (sic) ou seja, em favor do réu quando não se trata de norma incriminadora, como prega a boa doutrina: "Entre nós, são **favoráveis ao emprego da analogia in bonam partem**: José Frederico Marques, Magalhães Noronha, Aníbal Bruno, Basileu Garcia, Costa e Silva, Oscar Stevenson e Narcélio de Queiróz" (DAMÁSIO DE JESUS – Direito Penal - Parte Geral – 10ª Ed. pag. 48) Ora, se podemos aplicar a analogia para favorecer o réu, é óbvio que tal aplicação é perfeitamente válida quando o favorecido é a própria vítima de um crime. Por algumas vezes me deparei com casos em que o homem era vítima do descontrole emocional de uma mulher que não media esforços em praticar todo o tipo de agressão possível contra o homem. Já fui obrigado a decretar a custódia preventiva de mulheres "à beira de um ataque de nervos", que chegaram a tentar contra a vida de seu ex-consorte, por pura e simplesmente não concordar com o fim de um relacionamento amoroso.
> Não é vergonha nenhuma o homem se socorrer ao Pode Judiciário para fazer cessar as agressões da qual vem sendo vítima. Também não é ato de covardia. È sim, ato de sensatez, já que não procura o homem/vítima se utilizar de atos também violentos como demonstração de força ou de vingança. E compete à Justiça fazer o seu papel de envidar todos os esforços em busca de uma solução de conflitos, em busca de uma paz social.
> No presente caso, há elementos probantes mais do que suficientes para demonstrar a necessidade de se deferir a medidas protetivas de urgência requeridas, pelo que defiro o pedido e determino à autora do fato o seguinte: 1. que se abstenha de se aproximar da vítima, a uma distância inferior a

6 Palestra proferida por Dr. Caio Cesar Melluso na XXXI Semana Jurídica da UNIRP, em São José do Rio Preto, em 01 de outubro de 2013.
7 Disponível em:<www.conjur.com.br/2008-out-30/lei_maria_penha_aplicada_proteger_homem>. Acesso em: 02 out. 2013.

> 500 metros, incluindo sua moradia e local de trabalho; 2. que se abstenha de manter qualquer contato com a vítima, seja por telefonema, e-mail, ou qualquer outro meio direto ou indireto. Expeça-se o competente mandado e consigne-se no mesmo a advertência de que o descumprimento desta decisão poderá importar em crime de desobediência e até em prisão. I.C.[8] (grifo nosso)

No caso a seguir, do Rio Grande do Sul, o juiz reconheceu o direito da vítima de violência afetiva em decorrência de um relacionamento findo homossexual. Concedeu medidas protetivas com base na Lei Maria da Penha, propugnando pelo princípio da igualdade de nossa Carta Magna às pessoas em situação de vulnerabilidade, conforme podemos ver abaixo:

> Vistos.
> E. S. N. postula que lhe seja concedida medida protetiva por conta de agressão sofrida e ameaças proferidas por A. A. F., pessoa com quem sustenta ter tido um relacionamento amorosos por mais de um ano.
> A Lei 11.340/2006 originalmente visou proteger as mulheres contra a violência doméstica conforme o claro comando de seu art. 1º.
> Alguma celeuma rendeu o texto legislativo por conta da leitura apressada em cotejo com o art. 5º, I, da Constituição Federal que iguala homens e mulheres em direitos e obrigações. Hermenêutica açodada poderia levar ao dilema que a lei não poderia criar um privilégio, no caso o amplo sistema protetivo, apenas à mulher.
> Todavia, a denominada Lei Maria da Penha não é caso isolado na legislação brasileira. Tratar de forma diferenciada é justamente instrumento para igualar. O direito ao bem estar, visto isso em um conceito por demais ampliado, é o mesmo para todos. Como os indivíduos não são iguais, a lei pode ser instrumento a garantir meios diferenciados aos desiguais justamente para atingir a igualdade.
> O raciocínio ainda merece evolução, contudo, até por conta de que a Lei 11.340/2006 concebeu uma série de instrumentos protetivos extremamente pertinentes à pacificação social, abandonando o falido sistema do Juizado Especial Criminal, então exclusivo, de ênfase demasiada no acordo, meio mais fácil, mesmo em situações de violência, com a mínima força coativa do Estado.
> A mulher é inegavelmente vítima histórica da violência. O comando masculino até os dias atuais, ou ao menos até recentemente, acabou relegando o indivíduo feminino a um papel de submissão na sociedade.
> Tal consideração merece ser feita para se lançar em seguida a afirmação também verdadeira de que a mulher foi vítima por ser mais fraca na posição social, na estrutura jurídica ulterior aos limites do direito de família, pelos compromissos atinentes à maternidade e, não se olvide, pela própria desigualdade física.
> **Destarte, não é só a mulher que sofre violência. Todo aquele em situação vulnerável, ou seja, enfraquecido, pode ser vitimado.** Ao lado do Estado Democrático de Direito, há, e sempre existirá, parcela de indivíduos que busca impor, porque lhe interessa, a lei da barbárie, a lei do mais forte. E isso o direito não pode permitir!
> Dessa visão do direito como mecanismo legítimo para alcance da paz social, **há de se buscar o mandamento da Magna Carta** de que "todos são iguais, sem distinção de qualquer natureza" (art. 5º, "caput") na sua correta exegese, a de que, **em situações iguais, as garantias legais valem para todos.** Vale dizer, portanto, de que todo aquele vítima de violência, quando mais de ordem doméstica, merece a proteção da lei, ainda que evidentemente do sexo masculino.
> A seu turno, a vedação constitucional de qualquer discriminação e mesmo a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República, insculpido no art. 1º, III, da Carta Política, obrigam que se reconheça a união homoafetiva como fenômeno social, merecedor não só de respeito como de proteção efetiva com os instrumentos contidos na legislação.
> Nesse quadro, verifica-se com clareza que E. S. N., enquanto sedizente vítima de atos motivados por relacionamento recém findo, ainda que de natureza homossexual, tem direito à proteção pelo Estado prevista no direito positivo.
> Isso posto, reconheço a competência do Juizado de Violência Doméstica, inserido nesta Segunda Vara Judicial, decreto a medida protetiva de proibição a A. A. F. de aproximar-se a menos de 100 metros de E. S. N. e determino a reunião com o processo 2.10.0002235-6, investigativo que tomará o procedimento da Lei 11.340/2006.

8 Disponível em:<www.conjur.com.br/2008-out-30/lei_maria_penha_aplicada_proteger_homem>. Acesso em: 02 out. 2013.

> Intimem-se. Expeça-se alvará de salvo-conduto. Apensem-se.
> Em 23/02/2011
> Osmar de Aguiar Pacheco,
> Juiz de Direito. (grifo nosso)[9]

Da mesma forma o Juiz Rafael Fleck Arnt, da Comarca de Dionísio Cerqueira, no oeste de Santa Catarina, em julho de 2009, também aplicou medida protetiva a favor de um ex-marido vítima de violência doméstica, proibindo a ex-mulher de se aproximar dele. Para tanto também invocou o princípio da igualdade e "desde que preenchidos os requisitos legais, especialmente quanto à **hiposuficiência (vulnerabilidade)** da parte ofendida, violada em relação praticada no ambiente doméstico ou dela decorrente". (grifo nosso)

Em outra decisão, desta feita do Rio de Janeiro, também de 2011, o Exmo. Juiz Dr. Alcides da Fonseca Neto, usando do poder geral de cautela do art. 797 do CPC, também em decorrência de uma união homoafetiva masculina, aplicou medidas protetivas em favor da vítima do sexo masculino, como podemos ver em trecho transcrito da sentença, abaixo:

> Assim, a medida cautelar de "proibição de aproximação do ofendido" mostra-se imperativa, no caso em exame, pois visa garantir condições mínimas assecuratórias da incolumidade pessoal da apontada vítima de violência física. Além do mais, garantirá, de forma segura, a permanência da citada vítima em sua residência até o julgamento definitivo dos fatos.
> Assim, o artigo 797 do Código de Processo Civil autoriza o juiz a adotar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação, com fundamento no denominado Poder Geral de Cautela.
> Isto significa dizer que deverá o Magistrado, através do exercício do poder geral de cautela, autorizar a prática de determinados atos, não previstos em lei, para garantir o exercício da atividade jurisdicional, enquanto não puder efetivá-la.
> *In casu*, o deferimento da medida é necessário para resguardar a integridade física do ofendido até que se profira a decisão final.
> Insta asseverar, ainda que, no caso em exame, estão presentes os requisitos autorizadores da concessão da medida cautelar, quais sejam: o *fumus boni iuris,* traduzidos pelos depoimentos e laudos acostados ao processo, que atestam a gravidade da conduta imputada ao réu, contra o ofendido, bem como o *periculum in mora,* demonstrado pelo risco potencial de o réu voltar a agredir o ofendido, caso o encontre.
> Por fim, importa finalmente salientar que a presente medida, de natureza cautelar, é concedida com fundamento na Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha), muito embora esta Lei seja direcionada para as hipóteses de violência doméstica e familiar **contra a mulher.**
> Entretanto, a especial proteção destinada à mulher pode e deve ser estendida **ao homem** naqueles casos em que ele também é vítima de violência doméstica e familiar, eis que no caso em exame a relação homoafetiva entre o réu e o ofendido, isto é, **entre dois homens**, também requer a imposição de medidas protetivas de urgência, até mesmo para que seja respeitado o Princípio Constitucional da Isonomia.[11]

Em outra decisão inédita, noticiada pelo site de notícias "R7", um juiz do 2º Juizado criminal do Gama, região administrativa do Distrito Federal, aplicou medida protetiva da Lei Maria da Penha em favor de um **ex-namorado**, vítima da fúria de sua **ex-namorada** inconformada com o fim do relacionamento. As medidas aplicadas foram a proibição de se aproximar seja por carta, telefone ou qualquer meio de comunicação e o dever de permanecer afastada por pelo menos 150 metros da vítima, sendo a medida cautelar concedida para prevenir novas práticas criminosas da agressora contra a vítima.[12]

9 Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/juris/1004.pdf> Acesso em: 04 set. 2013.
10 Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,juiz-aplica-lei-maria-da-penha-a-uma-mulher,397683,0.htm> Acesso em: 04 set. 2013.
11 Disponível em:<http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/juris/1192__5dc3c91fe16b09da19e2f923a5b55291.pdf> Acesso em: 04 set. 2013.
12 Disponível em:<http://noticias.r7.com/distrito-federal/noticias/juiz-aplica-lei-maria-da-penha-a-favor-de-rapaz-e-proibe-que-a-ex-namorada-se-aproxime-dele-20121112.html> Acesso em 04 set. 2013

CONCLUSÃO

A violência entre os seres humanos é intrínseca a sua existência. Desde a época em que os *homo erectus, habilis e sapiens* se organizavam em grupos para garantir sua sobrevivência e se defender de outros grupos para garantir seu território ou alimento ele vem praticando violência entre si.

A evolução do homem modificou as formas da prática dessa violência, mas não a essência dos motivos por que a pratica. A disputa por território, alimento, poder, dominação, propriedade, o ódio, a paixão etc., continuam a ser os principais motivos do exercício da violência entre os homens.

Dentro desse quadro, vamos encontrar a violência praticada dentro do seio da família e, consequentemente, do lar, do domicílio.

É certo, como se verifica pela própria história da Lei Maria da Penha ,que a violência praticada pelo homem contra as mulheres em consequência de relacionamentos afetivos e familiares era ainda e continua sendo, infelizmente, uma das principais causas desse tipo de ocorrência.

A Lei Maria da Penha veio, mesmo que tardiamente no Brasil, proporcionar mais alguns mecanismos à justiça no intuito de contribuir com a diminuição dessa violência praticada contra as mulheres no seio familiar ou doméstico.

Porém verificamos que essa violência familiar e/ou doméstica não é praticada somente contra as mulheres, mas também estão sujeitas a ela outros componentes da família como as crianças, os idosos, os deficientes de qualquer natureza e os doentes, pessoas vulneráveis que não contam com legislação específica capaz de lhes proporcionar meios de proteção como a instituída pela Lei Maria da Penha.

A Constituição Brasileira traz enraizada em seus princípios e fundamentos a proteção dos direitos e garantias fundamentais de todos sem qualquer tipo de discriminação.

Vimos que os princípios constitucionais são, conforme Bandeira de Mello (MELLO, p. 450), "mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência,...".

Assim não são normas que se encerram em si mesmas, mas mandamentos que devem servir e nortear a composição e interpretação do sistema normativo pátrio, dentre eles vamos encontrar a Lei Maria da Penha.

Dentre esses princípios, exploramos principalmente o da igualdade, fundamental para a composição da lógica interpretativa aqui proposta.

O princípio da igualdade está colocado logo no art. 5º da Constituição "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza,..." e como direito e garantia individual é cláusula pétrea de acordo com o art. 60, § 4º, inciso IV.

Porém esse é um princípio muito debatido, com posições diversas entre os autores quanto à amplitude de sua aplicabilidade. Conforme José Afonso da Silva (SILVA, p. 211-12) os homens têm aspectos de igualdade e de desigualdade. Assim é primordial encontrar-se a medida certa ao analisar-se o caso concreto em que se vai aplicar o princípio, pois nem sempre a igualdade será sinônimo de justiça.

Conforme demonstramos em capítulo próprio, o princípio, de acordo com os autores citados, tem

pelo menos um aspecto substancial e um formal (BASTOS, p. 165) e o que devemos buscar é o entrelaçamento entre ambos na aplicação do princípio, perfeitamente compatível quando o fazemos na possibilidade de aplicação pelo juiz das medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha às pessoas vulneráveis.

A aplicação do princípio da igualdade serve aqui não para atacar a lei, mas para harmonizá-la com a Constituição, quando procuramos nesse sentido integrar a igualdade substancial com a formal.

Protege também a Constituição, especificamente, à família, conforme previsto no seu art. 226, determinando, conforme seu parágrafo 8º, que "O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações."

Assim verificamos que a legislação infraconstitucional deve, para harmonizar-se com ela, buscar meios para proteger todos os integrantes da família de forma a coibir a violência "no âmbito de suas relações", e não somente um dos integrantes dela, como faz a Lei Maria da Penha Com isso, encontramos aqui mais um argumento para integrar a referida lei aos mandamentos constitucionais e, na falta de outra legislação, autorizar aos magistrados a aplicação da existente a fim de garantir a proteção dos outros membros da família, além das mulheres, protegendo-os da violência que possam vir a sofrer.

Da mesma forma, baseado nos princípios da igualdade, não discriminação e proibição da discriminação das pessoas em razão do sexo, decidiu o STF, ao julgar a ADI 4277-DF e ADPF 132-RJ, em 05 de maio de 2011, ser legal o casamento homoafetivo, incluindo portanto, as famílias formadas por pessoas com relacionamento homoafetivo, como protegidas pelos mesmos princípios e mandamentos constitucionais que as famílias heterossexuais. Aplicáveis a elas, portanto, as mesmas possibilidades interpretativas acima descritas para o uso da Lei Maria da Penha na proteção das vítimas de violência doméstica ou familiar.

Encontramos também um indicativo de que legislador já prevê a possibilidade de aplicação das medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha a outras pessoas além das mulheres nas modificações feitas no CPP pela Lei nº 12.403/11. Ao tratar da admissibilidade da decretação da prisão preventiva pelo magistrado nos casos em que fosse necessário de acordo com o próprio CPP, incluiu em seu art. 313, inciso III, essa possibilidade quando "o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

Ora, desnecessário seria o legislador citar no texto legal mais do que simplesmente as mulheres, uma vez que a aplicação das medidas protetivas independeria de sua condição de criança, adolescente, idosa, enferma ou com deficiência. Assim, forçoso concluirmos que o legislador ao acrescentar essas outras pessoas vulneráveis, a elas também queria estender as proteções daquelas medidas protetivas da Lei Maria da Penha, fato que pode ser utilizado em uma analogia *in bonam partem*.

Somando-se a isso, pode ainda o juiz utilizar-se de seu poder geral de cautela, também em uma analogia *in bonam partem*, contido nos artigos 797 e 798 do CPC.

Claro que a aplicação desse instituto tem suas limitações e deve ser utilizado de forma parcimoniosa e, como qualquer cautelar, em situações graves em que a situação emergencial exija uma decisão rápida a fim de garantir direito da vítima que, se não preservado, pode sofrer consequências graves

até o final julgamento do processo.

Por isso necessário observar-se a presença indispensável do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*.

Conforme afirma Ada Pellegrini Grinover (GRINOVER, 2006, p. 399) "a medida cautelar é destinada não tanto a fazer justiça, mas também a dar tempo para que a justiça seja feita".

A aplicabilidade do chamado poder geral de cautela no processo penal encontra amplo debate entre a doutrina e a jurisprudência, porém já é defendido e aplicado por vários doutrinadores e magistrados em todo país, conforme podemos demonstrar em capítulo próprio do trabalho.

Vários já são os casos em que o judiciário vem aplicando as medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha em favor de pessoas vulneráveis do sexo masculino vítimas de violência doméstica e familiar, sejam elas relacionadas a relacionamentos homo ou heteroafetivos.

Em todos os casos, conforme demonstramos, os magistrados tem se utilizado dos argumentos aqui expostos para fundamentar sua decisão de aplicação das medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha.

Assim entendemos perfeitamente possível, independentemente de ser a lei inconstitucional ou não, a aplicação de tal instituto, observando-se os princípios da igualdade e da não discriminação, utilizando-se o juiz de seu poder geral de cautela em uma analogia *in bonam partem,* a fim de proteger também as vítimas de violência doméstica ou familiar além das mulheres, o que representa uma evolução na interpretação da legislação dentro do chamado Direito Penal de 3ª geração, conforme nos disse o respeitado juiz Dr. Caio Cesar Melluso.

E, nas palavras de outro juiz Dr. Mário Roberto Kono de Oliveira, "compete à Justiça fazer o seu papel e não medir esforços em busca de uma solução de conflitos, em busca de uma paz social."

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Rogério Pacheco. **O Poder Geral de Cautela no Processo Penal.** Disponível em: :<https://www.google.com.br/search?output=search&sclient=psy-ab&q=poder+geral+de+cautela+no+processo+penal&btnK=> Acesso em: 27 set. 2013.

ARAUJO, L. A. D.; NUNES JR, V. S. **Curso de Direito Constitucional.** 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo. **Sistema Penal e Violência de Gênero: análise sociojurídica da Lei 11.340/06.** Disponível em:< http://www.scielo.br/pdf/se/v23n1/a05v23n1.pdf> Acesso em: 11 set. 2013.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional.** 16. ed., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

BRASIL. ADI nº 4277/DF. **STF, 2011.** Disponível em:<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000180733&base=baseAcordaos> Acesso em: 11 jul. 2013

_____. ADPF nº 132/RJ. **STF, 2011.** Disponível em:<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000180731&base=baseAcordaos> Acesso em: 11 jul. 2013.

_____. Constituição (1988). Brasília: Senado. 1988.

_____. Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal .** Brasília: Senado, 1940.
_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil .** Brasília: Senado, 2002.

_____. Lei n. 11340, de 07 de agosto de 2006. **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 Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências .** Brasília: Senado, 2006.

_____. Lei n. 12.403, de 04 de maio de 2011. **Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências.** Brasília: Senado, 2011.

_____. Tribunal Regional Federal (4ª Região). Apelação criminal n. 20.201-RS (2009.04.00.020201-3). Relator: Juiz Luiz Fernando Wowk Penteado. Porto Alegre, 20 de janeiro de 2010. Disponível em: <http://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17118459/apelacao-criminal-acr-20201-rs-20090400020201-3-trf4>. Acesso em: 27 set. 2013.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional.** 17. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

CUNHA, Rogério Sanches. **Homem que apanha.** Disponível em:< http://www.blogdoacelio.com.br/01/juridico/artigo-lei-maria-da-penha-serve-para-proteger-homens-tambem/> Acesso em: 19 set. 2013.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Lei Maria da Penha, afirmação da igualdade.** Disponível em< http://www.moradiaecidadania.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=1373&Itemid=382>. Acesso em: 17 set. 2013.

_____. **Novos Rumos do Direito das Famílias.** Disponível em:<http://www.mariaberenice.com.br/uploads/17_-_novos_rumos_do_direito_das_fam%EDlias.pdf> Acesso em: 04 set. 2013.

_____. **A evolução da família e seus direitos.** Disponível em:<http://www.mariaberenice.com.br/uploads/7_-_a_evolu%E7%E3o_da_fam%EDlia_e_seus_direitos.pdf> Acesso em: 04 set. 2013.

FILHO, Agassiz Almeida. **Fundamentos do Direito Constitucional.** 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GONÇALVES, Carlos Eduardo. **As Medidas Cautelares no Processo Penal.** 2013. 75f. Monografia (Especialização) – Pós-Graduação em Processo Penal, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013. Disponível

em:<http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/biblioteca_videoteca/monografia/Monografia_pdf/2013/CarlosEduardoGoncalves_Monografia.pdf>. Acesso em: 19 set. 2013.

GRINOVER, A. P.; CINTRA, A. C. A.; DINAMARCO, C. R. **Teoria Geral do Processo.** 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal.** 22. ed. São Paulo, v. 1, Saraiva. 1999.

JUIZ aplica Lei Maria da Penha a uma mulher. Disponível em:<http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,juiz-aplica-lei-maria-da-penha-a-uma-mulher,397683,0.htm> Acesso em: 04 set. 2013.

JUIZ aplica Lei Maria da Penha a favor de rapaz e proíbe que ex-namorada se aproxime dele. Disponível em:<http://noticias.r7.com/distrito-federal/noticias/juiz-aplica-lei-maria-da-penha-a-favor-de-rapaz-e-proibe-que-a-ex-namorada-se-aproxime-dele-20121112.html> Acesso em 04 set. 2013

LEI Maria da Penha é aplicada para proteger homem. Disponível em: <www.conjur.com.br/2008-out-30/lei_maria_penha_aplicada_proteger_homem>. Acesso em: 02 out. 2013.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal.** 17. ed. São Paulo, v. 1, Atlas, 2001.

MOTA, T. S.; ROCHA, R. F.; CAMPOS MOTA, G. B. **Família – Considerações gerais e historicidade no âmbito jurídico.** Disponível em:< www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8845> Acesso em: 20 set. 2013.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Curso Completo de Processo Civil.** 5. Ed. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 1994.

NETO, Alcides da Fonseca. **Sentença.** Disponível em:<http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/juris/1192__5dc3c91fe16b09da19e2f923a5b55291.pdf> Acesso em: 04 set. 2013.

OSMAR, de Aguiar Pacheco. **Sentença.** Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/juris/1004.pdf> Acesso em: 04 set. 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1982.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1986.

POSSÍVEIS CAMINHOS INTERNACIONAIS PARA A *LAVAGEM* DE CAPITAIS

Diego Pereira Machado[1]

Sumário: 1. Introdução; 2. Possíveis caminhos internacionais; 3. Países com tributação favorecida (*tax havens* ou *paraísos fiscais*); 4. Centros *off-shore;* 5. Contas CC-5 ou Transferências Internacionais em Reais (TIR); 6. Especialização profissional, *networks* ilícitos e *lavagem* de capitais; 7. Crítica à postura do Brasil quanto ao tema; 8. Conclusão; Referências.

1. Introdução

Nas aulas que ministramos em cursos de pós-graduação, mais especificamente para as disciplinas de Direito Penal Internacional e Direito Tributário Internacional, deparamo-nos com mecanismos disponíveis interna e internacionalmente que facilitam a prática de crimes do *colarinho branco*, especialmente a *lavagem* de capitais.

Dessa forma, fomentados pelo próprio senso crítico dos nossos alunos, estudaremos alguns dos principais caminhos adotados pelos *lavadores* para *limpar* os lucros decorrentes da prática de crimes macroeconômicos.

2. Possíveis caminhos internacionais

Com a internacionalização da economia, o consequente fluxo internacional de riquezas e a impossibilidade da máquina burocrática estatal de controlar a migração de valores (BARROS, 2004), os recursos da economia utilizados pelos investidores e operadores financeiros para movimentarem seus investimentos, não restaram disponíveis unicamente àqueles, mas sim também a especuladores e manipuladores de riquezas das mais diferentes origens.

Conhecidos exemplos de recursos econômicos e financeiros, explorados tanto para fins legais como ilegais, são os *paraísos fiscais* e as, outrora tão utilizadas no Brasil, contas CC-5 (ou Transferências Internacionais em Reais – TIR). Essas contas CC-5 foram criadas pela Carta Circular 05 de 1969, que regulamentava as contas em moeda nacional mantidas no País, por residentes no exterior, carta que foi revogada há cerca de quinze anos. Hoje, as disposições sobre esses mecanismos constam do Capítulo 13 do Título 1 do Regulamento do Mercado de Câmbio e Capitais Internacionais.

A utilização de *paraísos fiscais*, contas CC-5 e empreendimentos situados no exterior por

1 Especialista em Direito Processual Penal e Civil (UPF - RS). Mestre em Direito (Unitoledo - SP). Doutorando em Direito (Coimbra - Portugal). Professor e palestrante exclusivo da Rede de Ensino LFG (SP), nas matérias de Direito Internacional, Direito Comunitário e Direitos Humanos, em cursos preparatórios para concursos públicos e em programas de pós-graduação. Participante do Cambridge Law Studio (Cambridge Inglaterra). Professor do programa Prova Final da TV Justiça e do Portal Atualidades do Direito. Autor de livros e artigos na área jurídica. Palestrante. Procurador Federal (AGU). Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Internacional Seccional Mato Grosso. Membro-associado da ONG Transparência Brasil

empresas ou investidores pode se dar de forma legítima e legal, haja vista que muitas vezes, conforme ensinamentos de Heleno Torres (2001), estamos frente a um processo de planejamento tributário[2], em que a redução do custo fiscal torna-se elemento decisivo de competitividade num mercado capitalista. Ocorre que os *lavadores, astutamente*, acabaram por explorar os mesmos recursos utilizados pelos operadores financeiros.

Apenas para exemplificar o quanto são procurados alguns recursos criados pela globalização, o jornal Zero Hora (24.10.04) já informava que, nos anos 70 do século XX, o mundo possuía o equivalente a 25 *paraísos fiscais*; hoje já possui um número aproximado de 63. De outra banda, a *Tax Justice Network* (Rede Mundial para Justiça Fiscal) afirma que, na verdade, podem existir no planeta mais de 72 *paraísos fiscais*. O mesmo jornal destaca ainda que são criadas cerca de 150 empresas *fantasmas* todo ano, e que os *paraísos fiscais* têm apenas 1,2 % da população mundial, mas detêm 26% dos bens das multinacionais americanas.

Como se apercebe, há teia de possíveis caminhos disponíveis à exploração pelos macrodelinquentes. A *lavagem* de capitais, requintado delito que se apresenta como processo de *branqueamento* posterior à prática de outra conduta criminosa, com fins de dissimular o rastro dos capitais ilícitos, é conduta que bem se amolda ao perfil atual da economia. A economia moderna possui diversos recursos dotados de sigilosidade, segurança e rapidez capazes de tornar a prática de crimes do *colarinho branco* cada vez mais rentável.

3. Países com tributação favorecida (*tax havens* ou *paraísos fiscais*)

Com o processo de globalização em plena e constante ebulição, a competitividade em escala internacional ganhou proporções nunca antes presenciadas. Os investidores buscam o melhor preço, qualidade e lucratividade; razão que os leva a buscar o menor custo fiscal em suas operações (TORRES, 2001).

Essa necessidade dos investidores levou muitos países a oferecerem condições que fossem ao encontro dos anseios do capital, gerando, assim, uma forma de concorrência fiscal internacional desenfreada e abusiva, que ocasionou, de acordo com Torres (2001), baseado nos dados da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), o surgimento dos chamados países com tributação favorecida (*tax havens*) ou *paraísos fiscais*. Os Estados com tributação favorecida (*tax havens*), além de servirem de refúgio para empresas que fugiam dos *infernos fiscais* (países com pesada carga tributária), também começaram a ser utilizados para a prática de crimes, como a sonegação fiscal, a evasão de divisas, a corrupção e a *lavagem* de capitais.

Os *paraísos fiscais* surgiram em decorrência da disputa surgiram por causa da ocorrência fiscal internacional entre os países, que visavam atrair investimentos. São regiões no mundo que desenvolveram condições ideais (com baixa carga tributária e sigilosidade ampla em todas as operações) para a prática de crimes tributários (ex.: sonegação fiscal), crimes contra o sistema financeiro (ex.: evasão de divisas), crimes contra a administração pública (ex.: corrupção passiva, concussão) e crimes contra a ordem

2 Elisão fiscal, que consiste em prática lícita com fins de se pagar menos tributos e é praticada antes da ocorrência do fato gerador, não se confunde com evasão fiscal, que consiste ato ilícito, resultante de sonegação, fraude, conluio, simulação, ilusão, etc, praticada depois da ocorrência do fato gerador do tributo (LOVATTO, 2003).

econômico-financeira (ex.: *lavagem* de capitais). Por essa razão, podem ser considerados verdadeiros *paraísos criminais*, "razão da manutenção do crime organizado no seio das nações, um verdadeiro refúgio (*tax haven*) para a manutenção dos resultados das práticas delituosas" (TORRES, 2001, p. 84).

Jayme de Mariz Maia (2001) equiparou referidos países aos grandes centros financeiros e destacou o baixo custo em abrir e manter empreendimentos (nas Ilhas Cayman, para funcionamento de um banco, é cobrada uma taxa anual de apenas U$$ 15.000,00). Rogério P. Jordão (2000) os intitulou como centros mundiais do dinheiro *sujo* e Waldemar Bargieri os conceitua como: "*(...) lugares onde não se cobram impostos da forma tradicional, como nós conhecemos. Em vez disso, cobram-se apenas taxas referentes à instalação de algum empreendimento, que pode ser, até mesmo, uma simples caixa postal. Isso significa que o 'empreendimento' não passa de um 'CGC', necessariamente entre aspas, já que é um número que nem precisa ter sede. Os empreendimentos em paraísos fiscais são sociedades anônimas – tão anônimas que aparentemente não têm nenhum dono. Sobrevivem apenas do endereço postal, utilizado para receber extratos bancários e demais correspondências, e seus interesses são movimentados por procuradores, através de procurações passadas nos cartórios destes lugares. Eu costumo dizer que as empresas de paraísos fiscais têm como único funcionário um coqueiro – pensando, logicamente, nas belas paisagens de alguns paraísos fiscais das Antilhas*" (1998, p. 13, grifo meu).

Segundo a Rede Mundial para a Justiça Fiscal, há três razões que levam ao uso dos *tax haven* (evitar impostos; evitar que as pessoas saibam o que se esta fazendo; ou se evitar a regulação pelas autoridades) e classifica dois tipos de atividades ilegais realizadas nos *tax havens*: as relacionadas com a corrupção e as com a evasão.

O Brasil tem consciência do (in)correto (ab)uso dos *paraísos fiscais*, tanto que o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), em uma de suas primeiras Cartilhas sobre *Lavagem* de Dinheiro já havia se manifestado que: "tanto os paraísos fiscais quanto os centros off-shore compartilham de uma finalidade legítima e uma certa justificação comercial. No entanto, os principais casos de lavagem de dinheiro descobertos nos últimos anos envolvem organizações criminosas que se aproveitaram, de forma generalizada, das facilidades oferecidas por eles para realizarem manobras ilegais".

De acordo com Antônio C. R. do Amaral (2003), os *paraísos fiscais* possuem características peculiares, dentre as quais se destacam: baixa ou nenhuma tributação; sigilo bancário, financeiro, societário e comercial; ausência de controle sobre a origem, localização e destino de valores ou bens; liberdade de conversão de moedas; falta de regras rígidas de gestão e contabilidade; inexistência de acordos internacionais para troca de informações; existência de normas penais brandas; e regimes políticos e situação institucional estáveis.

Esses critérios subjetivos não são, entretanto, os únicos a determinar se um país é um *tax havens*. O Brasil, por exemplo, se utiliza de critérios taxativos, por meio da edição da Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal n° 1037/2010, que relaciona os países ou dependências com tributação favorecida e regimes privilegiados.

Por questões didáticas, Torres (2001) classifica os países de acordo com os favorecimentos oferecidos. Há os países com regime tributário favorecido (*paraísos fiscais*), os com regime societário favorecido (*paraísos societários*), os com regimes bancário e financeiro favorecidos (*paraísos bancários*)

e os com regime penal favorecido (*paraísos penais*). Muitos apresentam uma forma híbrida, verdadeiros *paraísos criminais*.

Embora seu uso possa fazer parte do planejamento tributário de algumas empresas para economizar no pagamento de tributos, os *paraísos fiscais* começaram a ser explorados com fins ilegais e de forma descontrolada. A danosidade, mesmo com fins legítimos para economia de tributos, gera um descontrole fiscal em escala mundial, levando países que adotam sistemas tributários tradicionais a uma verdadeira *erosão fiscal* (TORRES, 2001), resultando num tratamento desigual entre o contribuinte que mantém seu capital num país não considerado *paraíso fiscal*, pois o mesmo acaba arcando com o não pagamento de impostos pelas empresas que se utilizam dos *tax haven*.

4. Centros *off-shore*

Várias são as figuras societárias possíveis de serem constituídas nos *paraísos fiscais*, mas a mais comum, principalmente para fins de *lavagem* é a *off-shore.* Estes centros são "pessoas jurídicas constituídas com capital pertencente a pessoas não-residentes, para exercerem atividades da matriz fora do território do Estado onde-se encontra localizada" (TORRES, 2001, p. 111).

Referidos centros se constituem em formas de empresas *tradding* (empresas comerciais atacadistas que operam basicamente a importação e exportação), *holding* (captam as receitas oriundas de suas controladas e para a ulterior distribuição de dividendos) ou prestadoras de serviço (TORRES, 2001). De forma mais restritiva, na acima citada cartilha sobre *lavagem* de capitais, o COAF os conceitua como centros bancários extraterritoriais não submetidos ao controle das autoridades administrativas.

Além de *tradding, holding* e prestadoras de serviços, outras formas de *off-shore* podem ser encontradas. Torres (2001) destaca as *captive banks*, que prestam serviços bancários ao grupo do qual fazem parte; a *base company,* especializadas na compra e venda de bens ou prestações de serviços de diversas naturezas (financeiros, locação de bens, atividades de marketing, etc); as *exmpt company,* sociedades com isenções de impostos sobre os rendimentos percebidos; e as *international business companies*, que são sujeitas a uma normativa societária variável, caracterizada por obrigações simplificadas e com um regime fiscal favorável para os ganhos que derivam de atividades no exterior.

De acordo com dados da CLM *Software*, os bancos brasileiros possuem cerca de 57 agências ou subsidiárias (*off-shore*) nas Ilhas Cayman, sendo apenas 12 com presença física. Nas Bahamas são 31 agências ou subsidiárias de bancos brasileiros autorizados a operar pelo Banco Central do Brasil (BACEN). Na verdade, há um canal virtual entre os empreendimentos destes *paraísos fiscais* e o Brasil, que torna a remessa e recebimento de dinheiro um processo rápido, sigiloso e seguro. Não é à toa que anualmente, de acordo com o Banco Central, conforme informações do JB Online, cerca de U$$ 16,7 bilhões são remetidos pelos brasileiros para o exterior para serem *lavados*, e cerca de 17% (U$$ 21,239 bilhões) dos investimentos estrangeiros diretos no Brasil em 2001 se originaram de *paraísos fiscais*.

5. Contas CC-5 ou Transferências Internacionais em Reais (TIR)

Embora tenha saído de cena a conta CC-5, em razão de sua substituição por mecanismos, teoricamente, menos ineficientes, é preciso reconhecer que durante sua existência, conforme normativa originária, foram presenciadas as mais audaciosas remessas para o exterior de dinheiro *sujo*. Trata-se de uma das mais bem sucedidas invenções do Poder Público para facilitar e fomentar a *lavagem* de capitais.

Há vários recursos que oferecem certa segurança para a remessa e o recebimento dos lucros obtidos com a prática de crimes graves, como o narcotráfico e a corrupção, que facilitam o acesso às empresas situadas nos *paraísos fiscais*. No mercado de capitais do Brasil, conta-se com as contas CC-5 (contas de não-residentes), hoje com nomenclatura diferente e regras mais rígidas para sua utilização, contudo, com a mesma aptidão espúria.

As normas sobre as CC-5 disciplinam a abertura, movimentação e cadastramento de contas em moeda nacional tituladas por pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas no exterior. Os correntistas dessas contas podem operar com talões de cheque, fazer depósitos em moeda estrangeira e receber remessas do exterior.

De acordo com a *Tax Justice Network* (Rede Mundial para Justiça Fiscal), com base em relatório de auditores da Receita Federal, "a Circular 2.677 – reguladora da CC-5 – permite a remessa ilegal porque não exige qualquer documentação, abrindo a possibilidade de uso dos 'laranjas', encobrindo os verdadeiros autores das remessas de recursos originados de caixa dois, narcotráfico, corrupção e sonegação". Prova dessa inadequada fiscalização é que, de acordo com dados também da Receita Federal, com base nos estudos de Barros (2004), entre 1998 a 2002, cerca de R$ 4,3 bilhões foram remetidos ilegalmente por cerca de 689 pessoas físicas e jurídicas residentes no Brasil, as quais nem sequer entregaram declaração de Imposto de Renda, sem esquecer, também, que as movimentações ilegais de dinheiro dos brasileiros, de acordo com o Banco Central, no ano de 2004, chegaram a U$$ 16,7 bilhões.

Blanco Cordero, citado por Bonfim (2005), alerta nesse sentido, mesmo que os bancos "(...) exijam a identificação de seus clientes, o elevado volume de transferências eletrônicas, seu caráter instantâneo, e a importância deste meio financeiro (...) são circunstâncias que determinam que seja uma área difícil de vigiar". As normas atuais ainda que tentem dificultar o uso ilegal, endurecendo a fiscalização das transferências acima de R$ 10.000,00, possuem duvidosa eficácia frente aos métodos empregados pelos criminosos, como a utilização de pessoas interpostas, de fácil aliciamento.

No entanto, é de se reconhecer que após os escândalos que envolveram Bancos situados em Foz do Iguaçu,[3] no Paraná, as contas CC-5 restaram desprestigiadas para os *lavadores.* A Resolução 3.265/05 e a Circular 3.280/05 reduziram "sobremaneira a importância das 'Contas CC-5'" (SCHMIDT; FELDENS, 2006, p. 132).

3 O Tribunal de Contas da União, em 1999, em voto da lavra do Ministro Adylson Motta (processo 928.358/1998-4), decidiu por considerar ilegais as concessões feitas por um Diretor do BACEN aos Bancos do Brasil, do Estado do Paraná, do Estado de Minas Gerais, Araucária e Real, situados em Foz do Iguaçu, para que não precisassem observar as medidas de controle impostas pela Lei

6. Especialização profissional, *networks* ilícitos e *lavagem* de capitais

Todos os recursos citados, de forma não exaustiva, estão incluídos nas inúmeras técnicas utilizadas pelos *lavadores*. A manipulação dos mesmos exige um mínimo de preparo técnico, o qual pode ser encontrado em serviços oferecidos por profissionais especializados. O GAFI/FATF (Financial Action Task Force on Money Laudering), em seu relatório 2003/2004, classificou estes profissionais que prestam serviços à *lavagem* de *financial experts* ou *gatekeepers*.

Todo o processo de *lavagem* tem sido conduzido por profissionais especializados, cuja participação no processo de *branqueamento* não pode ser ignorada. Tais profissionais manipulam e criam um ambiente que garante lucratividade e sigilosidade. Hodiernamente, utilizam-se de métodos que passam despercebidos pelas autoridades fiscalizadoras das operações e transações efetuadas, como as operações *de cabo*, desenvolvidas pelos popularmente conhecidos *doleiros*.

Juntamente com a filtragem econômica e política, tendente a garantir a impunidade das operações de *lavagem* de capitais, mais recentemente, foram verificadas as filtragens de natureza operativa: os profissionais.

A filtragem pode encontrar fundamento no poder econômico ou político que acompanha a criminalidade não convencional ou pode ser verificada através da mais nova forma de abuso de poder, responsável por uma nova forma de filtragem, ou seja, de uma nova forma de garantia da impunidade e lucratividade delitiva, que é a especialização profissional ou filtragem operativa (CERVINI, 2001). Tal mecanismo mantenedor da impunidade está diretamente ligado com o desenvolvimento de canais de comunicação e de apoio técnico e material entre organizações criminosas, os *networks* ilícitos.

A característica da impessoalidade, constantemente destacada pela doutrina como presente na macrocriminalidade econômica, não está claramente presente quando os *networks* ilícitos são utilizados para reciclagem. Cervini assevera que para "el delito organizado transnacional resulta mucho más económico y seguro confiar en determinados canales privilegiados de comunicación e intercambio, capaces de garantizar un cierto 'estándar de fiabilidad ilícita'" (2001, p. 68).

Esses canais de serviços são os *network* ilícitos, que estão inseridos em sistemas mais amplos. A existência de tais canais de comunicação e intercâmbio garantem a solidariedade, proteção e assistência técnica ou material, bem como características de confiabilidade e "estandarización típica de la burocracia, así como de la elasticidad y la fiabilidad" (CERVINI, 2001, p. 69) entre diferentes organizações criminosas.

A manipulação dos canais supramencionados por agentes com domínio funcional operativo dos recursos tecnológicos representa o novo *modus operandi* da delinquência econômica, a qual os americanos denominam *occupational crime* (OLIVEIRA, 1995). Esta manipulação dos mecanismos econômicos é colocada em prática através de ondas de *hot money* (fluxos rápidos) e *cascatas* financeiras, que atravessam as fronteiras instantaneamente, sem interferência estatal (CERVINI, 2001).

Um clássico exemplo de bem sucedida relação entre *lavagem* de capitais, *paraísos fiscais* e especialização profissional é o caso de Franklin Jurado. A cartilha elaborada pelo COAF narra que este economista colombiano formado, em Harvard, coordenou a *lavagem* de cerca de US$ 36 milhões em

lucros obtidos por José Santacruz-Londono com o comércio ilegal de drogas. Durante três anos, Jurado transferiu dólares de bancos panamenhos para mais de 100 contas diferentes em 68 bancos de nove países, mantendo os saldos abaixo de US$ 10.000,00 para evitar investigações. Transferiu os fundos para a Europa e posteriormente para empresas de fachada (*shell companies*)[4]. Por fim, remeteu os fundos à Colômbia, através de investimentos efetuados por companhias européias em restaurantes, construtoras e laboratórios pertencentes à organização criminosa de Santacruz.

Os profissionais especializados, com destaque para escritórios de advocacia, não só prestam serviços operacionais para os *lavadores*, como também oferecem procuradores para contas bancárias e empresas *fantasmas*, um serviço completo. De acordo com a revista Época (20.05.04), constantemente vêm para o Brasil, por intermédio do Uruguai, representantes de escritórios de consultoria jurídica com empresas prontas em formulários. Literalmente: é só preencher e pagar. Referido periódico também informou que há escritórios de contabilidade que contratam pessoas físicas só para *emprestar* ou *vender* seus dados pessoais para a constituição de quadros societários de empresas *fantasmas*, os *laranjas*.[5]

Acontecimentos recentes em nível nacional comprovaram que há uma grande oferta de profissionais especializados na prática de crimes econômicos. Em decorrência dos escândalos do caso Banestado e de denúncias contra a gestão passada do governo federal sobre a prática de crimes contra a Administração Pública, os *doleiros* ganharam notoriedade. Sua participação no processo de *lavagem* passou a ser decisiva, porque referidos operadores oferecem serviços em que há um vínculo com o cliente *lavador* de confiabilidade, não mais exploram recursos como as contas CC-5, mas sim contas correntes de residentes no país, que podem ser abertas em qualquer *site* de qualquer banco, e contas de outros *doleiros* no exterior, em quase cem por cento dos casos em *paraísos fiscais*, tudo através da operação *de cabo*.

A diferença entre *doleiros* e os demais profissionais especializados, que atuam no mercado com respaldo legal, é que aqueles agem, em linhas gerais, à margem da lei, operando verdadeiras instituições financeiras sem autorização legal, efetuando operações de câmbio não autorizadas e mantendo em contas correntes valores não declarados,[6] através de casas de câmbio e turismo, importadores e exportadores, *factoring* e fomento, corretores de câmbio e valores mobiliários, conforme a representação da Polícia Federal do Paraná, endereçada em 19.08.04 ao Juiz Federal da 2ª Vara Federal Criminal de Curitiba (PR) (Processo Judicial n° 2003.70.00.030333-4).

A combinação de *doleiros*, contas CC-5, *paraísos fiscais* e *lavagem* de capitais, no caso de remessa de dinheiro ilegal do Banestado, obrigou a Polícia Federal do Paraná, conforme a representação supramencionada, a reconhecer a existência de "um verdadeiro sistema financeiro paralelo globalizado", que movimentou ilegalmente cerca de R$ 33 bilhões, só entre 1999 e 2002.

4.595/64, Resolução do CMN 1.946/92 e Circular 002.677/96. O irregular ato de concessão permitia depósitos em espécie, sem identificação de origem e destino dos recursos, bem como da natureza do pagamento, liberando, implicitamente, as CC-5 para fins criminosos.

5 "Empresa de 'fachada' é uma organização que só existe na aparência e que participa, ou aparenta participar, do comércio legítimo (...). A empresa fictícia é aquela que geralmente só existe no papel, ou seja, não participa efetivamente do comércio" (BARROS, 2004, pp. 64-65).

"'Laranja' há três tipos: a) pessoas ingênuas, simples, que, não tendo capacidade econômica, são utilizados nas transações ilegais e até podem ignorar a operação de 'lavagem'; b) pessoa que 'cede' ou 'empresta' seus documentos, mediante o pagamento de determinada quantia, permitindo a sua utilização para finalidade que desconhece; c) pessoa que, além de 'emprestar' seu nome, alicia outros 'laranjas' para o trabalho. (...) Testa-de-ferro, por sua vez, é o indivíduo que se empresta como sendo responsável por atos ou empreendimentos de outrem (...)" (BARROS, 2004, p. 64). Alécio Adão Lovatto preceitua que o testa-de-ferro será responsabilizado, ou não, a depender do elemento subjetivo, se "agiu com dolo não; agiu sob pressão ou não, ameaça de perda do emprego" (2003, p. 45).

6 "Art. 22. Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País. Pena – Reclusão, de 2 a 6 anos, e multa" e "Art. 6°. Induzir ou manter em erro sócio, investidor ou repartição pública competente, relativamente a operação ou situação financeira, sonegando-lhe informação ou prestando-a falsamente. Pena – Reclusão, de 2 a 6 anos, e multa", ambos da Lei 7.492/86.

Em relação ao uso da especialização profissional, em 2003, com a revisão das 40 Recomendações, o GAFI/FATF incluiu como responsáveis de reportar operações suspeitas advogados e contadores (Recomendação n° 12). Medida de certa forma ineficiente, mas que demonstra a preocupação da sociedade internacional em coibir o abuso da especialização profissional para o processo de *lavagem*, tão comum nos *paraísos fiscais*.

A operação *de cabo*, *dólar-cabo* ou *euro-cabo*, foi detalhada pelo Procurador da República João Marques Brandão Neto, no Relatório Parcial da Investigação sobre as empresas Casa R. Câmbio e Turismo Ltda. e Q. Câmbio e Turismo Ltda. Conforme o Procurador, na operação *de cabo,* o que se tem é uma relação de confiança com o cliente (comprador ou vendedor de moeda estrangeira) e o *doleiro*. Quando o fim é remeter dinheiro *sujo* para o exterior, o cliente *lavador* deposita os valores em reais numa conta corrente do *doleiro* no Brasil, e este, normalmente dentro dum prazo de 48 horas, determina/ordena um débito (*outgoing wire*) na sua conta no exterior do equivalente em moeda estrangeira, para transferência ou depósito/crédito (*incoming wire*) em uma conta que o cliente indicar. O *doleiro* também pode determinar, após receber os valores em reais, que outro *doleiro* no exterior deposite o equivalente em dólares em uma conta de seu cliente. Dessa forma, o *doleiro* permanece com os reais no Brasil e o cliente com o equivalente em moeda estrangeira no exterior. A operação inversa, remessa de valores do exterior para o Brasil, pode ser com a mesma operação *de cabo*; só que o cliente vai debitar em sua conta no exterior em favor de uma conta do *doleiro* também no exterior, para receber em reais do mesmo *doleiro* ou de uma Casa de Câmbio, aqui no Brasil.

As operações colocadas em prática pelos *doleiros* indiciam que existe uma verdadeira rede bancária paralela sem fronteiras e imune à fiscalização do Banco Central, porque não há registro no seu sistema (SISBACEN). Os *doleiros* estão "aproximados pelos modernos meios de comunicação e de acesso às redes bancárias nacionais e estrangeiras; os 'doleiros' de todas as partes do país relacionam-se entre si" (SCHIMIDT; FELDENS, 2006, p. 222).

Essa paradoxal complexidade das técnicas de *lavagem*, que dificulta o trabalho de fiscalização administrativa e da *persecutio criminis*, contrasta com a facilidade de se explorar os recursos disponíveis à *lavagem*, como a abertura de contas correntes e sociedades empresariais em diferentes lugares, com um custo baixo. Há, conforme demonstrado, participação direta de uma rede bancária internacional e um mercado de capitais especializados na *lavagem* de dinheiro, com processo operacional "revestido de sofisticada complexidade, mas bastante seguro, com o firme propósito de facilitar o fluxo de dinheiro, ao mesmo tempo em que acarreta dificuldades para o esclarecimento dessas operações (...)" (SILVA, 2001, p. 95). Prova deste ambiente bancário propício à prática de crimes é encontrada na fundamentação do voto do Ministro Adylson Motta do Tribunal de Contas da União, no processo 928.358/1998-4, que concluiu que faltou "um comportamento pro ativo da fiscalização cambial" (do Banco Central) em relação às bilionárias operações ilegais de remessa de valores ao exterior que ocorriam em Foz do Iguaçu, Paraná, no caso outrora citado.

Tem-se, dessa forma, de acordo com o entendimento de Oliveira (1995), que a conduta delitiva econômica é conduzida e executada astuta e racionalmente, com tecnicismo e anonimato, com o uso abusivo do poder econômico, político ou operativo.

7. Crítica à postura do Brasil quanto ao tema

Com arrimo em tudo que se expôs, não seria frutífera a presente exposição se não propuséssemos uma visão crítica, até mesmo em respeito aos inúmeros debates que pudemos travar durante as aulas que mencionamos no limiar deste escrito. Para tanto, utilizar-nos-emos de balizas do Direito Tributário Internacional e do Direito Penal Internacional.

O crime do *colarinho branco* é um problema universal, principalmente quando seus maléficos reflexos são sentidos em diferentes países. É o caso da exploração de *paraísos fiscais* e centros off-shore para tal fim. Destarte, é compreensível que haja uma pressão para que os Estados adotem uma política criminal compatível com os crimes econômicos, marcados pela internacionalidade.

Entretanto, nem sempre essa postura desejada é a adotada. Tem-se deparado com um Estado que circunda suas atividades unicamente em torno do Direito Penal Clássico, ou seja, modifica o Código Penal ou elabora Leis sobre o tema (criminalidade do *colarinho branco*) e nada mais é perfectibilizado. Há uma criminalização desenfreada de comportamentos que o Poder Legislativo entende, a seu alvedrio, socialmente inadequados, legislando com base num juízo unicamente emotivo e não racional, editando leis e agravando penas, sem se basear em critérios que primem pelo equilíbrio, desrespeitando, por conseguinte, os princípios da proporcionalidade entre as condutas anti-sociais, bens jurídicos lesados ou ameaçados de lesão e a dosimetria das penas.

O Estado deve se postar equidistante em relação ao crime tradicional e o crime econômico; ambos demandam repressão, todavia, os mesmos exigem posturas diferenciadas. É perfeitamente perceptível que a movimentação do aparato estatal para reprimir e até, eventualmente, prevenir o crime tradicional cometido em território nacional pelo agente pobre, excluído ou *favelado* (o *bandido*) não apresenta demasiadas dificuldades. Contudo, direcionar o foco para o criminoso não convencional, astuto, pertencente a uma classe social privilegiada, com um *modus operandi* distante do comumente enfrentado pelas polícias ostensiva e judicial e amparado por um consistente grupo de profissionais especializados, mostra-se dispendioso.

A *lavagem* de capitais é um crime econômico por excelência, internacionalizado, informatizado, operacionalizado por profissionais especializados; complexo quanto aos métodos empregados, com técnicas e fases cambiantes e co-relacionado a condutas prévias ilícitas de alta rentabilidade. Exige, dessa forma, uma política calcada com essas peculiaridades.

Eventuais autores de infrações penais não podem quedar impunes pelo simples fato de transporem uma fronteira entre Estados, tudo sob o manto da territorialidade, afastando, por consequência, a aplicação da lei penal interna. Essa lógica aplica-se também ao dinheiro obtido ilicitamente; sua remessa para *paraísos fiscais* não pode significar segurança de investimentos e garantia de lucratividade para a delinquência econômica.

Felizmente, o combate a esta espécie de crime no Brasil começa a assumir, ainda que contidamente, contornos de modernidade. Tal evolução não é mais rápida e nem mais intensa, porque ainda persiste uma imaturidade dos nossos legisladores e a ideia de que a panaceia para combater todas as manifestações da criminalidade está na criação de tipos penais e em penas mais severas, sem levar em

conta o longo caminho que se percorre para chegar a uma condenação penal, a qual passa por colheita de provas muitas vezes de abrangência internacional.

8. Conclusão

A nossa conclusão materializar-se-á em poucas palavras. Contudo, adverte-se, já pedindo escusas ao leitor, que o fechamento do trabalho tem um tom mais opinativo-político que técnico-científico.

Dessa feita, a dimensão dada ao crime de *lavagem* de capitais, com o direcionamento para os possíveis caminhos internacionais a serem utilizados pelo *lavador*, mostrou-se necessária, pois, caso contrário, a *persecutio criminis* brasileira se resumirá à repressão de casos pontuais e unicamente simbólicos, ao mero deleite midiático, sem realmente extirpar a pestilencial impunidade que já galga os limites da insuportabilidade.

Referências

AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues do. O fim dos paraísos fiscais? *Integração Econômica*, São Paulo, ano 2, n. 5, p. 6, out./nov./dez. 2003.

BARGIERI, Waldemir. Paraísos Fiscais e Lavagem de Dinheiro. AFRESP/FAZESP/PROMOCAT. *Revista AFRESP de Tributação*, São Paulo, v.35, n.6, p. 13-23, jan./mar. 1998.

BARROS, Marco Antonio. *Lavagem de Capitais e obrigações civis correlatas*: comentários, artigo por artigo, à Lei n° 9.613/98. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

BONFIM, Márcia Monassi Mougenot; BONFIM, Edílson Mougenot. *Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Malheiros, 2005.

CERVINI, Raúl. *Criminalidad organizada y lavado de dinero.* In: COPETTI, André (org.). *Criminalidade moderna e reformas penais*: estudos em homenagem ao Prof. Luiz Luisi. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

CLM SOFTWARE. *Principais paraísos fiscais no mundo*: e países na lista negra do GAFI. Disponível em: <http://www.clm.com.br>. Acesso em: 15 jan. 2005.

JORDÃO, Rogério Pacheco. *Crime (quase) perfeito*: corrupção e lavagem de dinheiro no Brasil. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2000.

KISCHINHEVSKY, Marcelo. Lavagem de dinheiro gira U$$ 2,8 tri: brasileiros mantêm U$$ 40,1 bilhões em paraísos fiscais, mostra estudo. *JB Online Economia*, São Paulo, 13 jul. 2003. Disponível em: < >. Acesso em: 24 dez. 2003.

LOVATTO, Alécio Adão. *Crimes Tributários*: aspectos criminais e processuais. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

LUZ, Cátia et al. Lavanderia no exterior. *Revista Época,* São Paulo, 15 jul. 2004. Disponível em: <http//revistaepoca.globo.com/Epoca/0,,EPT1018118-3771,00.html>. Acesso em: 15 jul. 2004.

MAIA, Jayme de Mariz. *Economia Internacional e Comércio Exterior*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MINISTÉRIO DA FAZENDA. Conselho de Controle de Atividades Financeiras. *Cartilha sobre Lavagem de Dinheiro.* Disponível em: < https://www.fazenda.gov.br/coaf/portugues/publicacoes/cartilha.htm >. Acesso em: 20 jul. 2004.

NETO, João Marques Brandão. *Relatório parcial da investigação sobre as empresas Casa R. Câmbio e Turismo Ltda. e Q. Câmbio e Turismo Ltda.:* (autores, co-autores e partícipes). Blumenau: MP, 27 nov. 2003. Relatório do Ministério Público Federal.

OLIVEIRA, Willian Terra de. Algumas questões em torno do novo Direito Penal Econômico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 3, n. 11, p. 231, jun./set. 1995.

OS PARAÍSOS fiscais se alastram pelo mundo. *Zero Hora*, Porto Alegre, 24 out. 2004.

SCHMIDT, Andrei Zenkner; FELDENS, Luciano. *O Crime de Evasão de Divisas*: A Tutela do Sistema Financeiro Nacional na Perspectiva da Política Cambial Brasileira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, César Antônio. *Lavagem de Dinheiro*: uma nova perspectiva penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TAX JUSTICE NETWORK. Tax Research Limited. *Briefing Paper*: The price of offshore. Disponível em: <//http:www.taxjustice.net>. Acesso em: 15 jul. 2005.

TORRES, Heleno. *Direito Tributário Internacional*: planejamento tributário e operações transnacionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BANCO DE DADOS GENÉTICO PARA FINS CRIMINAIS E SUA APLICAÇÃO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Fábio Rocha Caliari[1]

Flávia Cristina Correia Brito[2]

RESUMO: O presente trabalho tem como escopo as formas de identificação criminal, em especial, o banco de dados genético para fins criminais. Criado para diversas finalidades, o banco de dados genético vem sendo uma importante ferramenta para diversas áreas, inclusive para processo penal, sendo ela importantíssima para a resolução de diversos conflitos, ou ainda motivo para as discussões de diversos direitos constitucionais, como a privacidade e a intimidade. Sem ter a pretensão de esgotar o assunto, analisaremos os aspectos jurídicos que envolvem a criação de um banco de dados genético para fins criminais e seus efeitos.

PALAVRAS CHAVE: banco de dados genético - processo penal - identificação

INTRODUÇÃO

Desde os primórdios da humanidade, o homem sempre considerou importante a identificação, fazendo com que a sociedade saiba com exatidão quem é quem dentro de sua comunidade.

As evidências, relatadas em nossa história referente à identificação, começam na Antiga Babilônia, durante o reinado de Hamurabi, de 1955 á 1913 antes de Cristo, com os contratos que eram selados com os dedos. Na China, haviam selos de argila, onde eram fixadas as impressões digitais e atrás colocada uma escrita chinesa que representava o nome da pessoa que gravou a impressão digital.[3]

Com a evolução da identificação, a Historia marca um divisor de águas que se dá com o advento do uso das impressões digitais, fato esse que ocorreu no século XIX principio do século XX.[4]

Posteriormente, a ciência teve grandes influências e houve um avanço significativo na seara técnico cientifica; avanços que, por terem se dado de forma tão eficiente, provocaram indagações morais e éticas de grande importância. Exemplo fático é o estudo de material genético humano, a partir da manipulação do ADN (Acido Desoxirribonucléico). Esse contexto abriu para o Direito uma série de possibilidades e implicou novos embates a serem resolvidos, aumentando significativamente as maneiras de obtenção das provas processuais.

Atualmente, o afã de identificação criminal do autor de um crime está bastante acessível. Pode se tornar objeto de avaliação qualquer tipo de fluido corporal desvalido na cena do crime, tornando-se um

1 Advogado, Assessor Jurídico, Professor de Direito Penal, Direito Processual Penal e Prática Jurídica pelo Centro Unificado de Educação Barretos. Professor de Direito Penal no Instituto Municipal de Ensino Superior de Bebedour/SP. Especialista em Processo Civil pelo Centro Unificado de Educação Barretos e Mestre em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC-SP. Coordenador do Projeto OAB vai à Escola, 87ª. Subsecção da OAB - Bebedouro/SP. Membro da Diretoria (Secretário) da Casa Santo Expedito, abrigo de adolescentes em situação de risco e abandono, Bebedouro/SP. Possui graduação em Direito pela Fundação Educacional de Barretos.

2 Aluna do Curso de Direito da Faculdade Barretos.

3 FIGINI, Adriano Roberto da Luz; LEITÃO E SILVA, José Roberto; JOBIM, Luiz Fernando; SILVA, Moacyr da. **Identificação humana.** 2 Edição. Editora Milenniu, 2003.

4 LORENTE ACOSTA, José Antonio**. Identificación genética criminal: importância médico legal de las bases dedatos de adn. In: Romeo Casabona, Carlos Maria (ed.). Bases de datos de perfiles de adn y criminalidad.Bilbao-Granada**. Editora Comares, 2002.

indicio de grande importância. É justamente nesse momento que encontramos os conflitos de interesse e interpretações. A criação de um Banco de Dados Genético para fins Criminais requer grande avaliação e cautela, pois não pode ser utilizado como a panacéia da política criminal, necessita cuidados. Um dos objetivos desse trabalho é elucidar que o Banco de ADN poderá ser utilizado como um meio de identificação criminal, sem atingir a autonomia e intimidade, pautando-se nas garantias constitucionais e alinhando-se com a tão precisa justiça social. Há uma necessidade urgente de discutirmos o tema, pois o Banco de Dados genéticos para fins Criminais é um fato irreversível mundialmente. Somente desse forma, o Direito e a Ciência irão encontrar meios para a melhor aplicação e criação do Banco de ADN em nosso pais.

PRINCÍPIOS PENAIS, PROCESSUAIS PENAIS, GERAIS E OS INERENTES AO BANCO DE DADOS GENÉTICO

Como em todo o mundo jurídico, o processo penal é regido por vários princípios que representam as normas gerais da politica jurídica de um país.

Num país democrático, o processo penal torna-se ferramenta da liberdade do indivíduo. Quando o Código de processo penal foi promulgado, em 1942, o país tenta se adequa às necessidades da sociedade, sempre procurando buscar a tutela dos direitos e interesses daqueles que são agentes de tais direitos.

Segundo Fábio Ramazzini Bechara e Pedro Franco de Campos[5]:

> Constituem as ideias fundamentais e informadoras da organização jurídica de uma nação. Os princípios gerais do direito não são meros critérios diretivos nem juízos de valor simplesmente, são autênticas normas jurídicas em sentido substancial, pois estabelecem modelos de conduta.

Diante do exposto, passar-se-á ao estudo dos principais princípios que norteiam o direito processual penal brasileiro referente ao banco de ADN:

PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade garantido no inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal, diz: Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal - redação que pouco difere daquela contida no art. 1 º do Código Penal.

Tal princípio é o mais importante do Direito Penal, pois, dele se extrai o art. 1 º do Código Penal, não se fala na existência de crime se não houver uma lei definindo-o como tal. A lei é a única fonte do Direito Penal quando se quer proibir ou impor condutas sob a ameaça de sanção. Tudo o que não for expressamente proibido é lícito em Direito Penal.

5 BECHARA, Fábio Ramazzini; CAMPOS, Pedro Franco.

O principio da legalidade originou-se com a Carta Magna Inglesa, de 1215, editada ao tempo do Rei João Sem Terra, cujo art. 39 vinha assim redigido:

> Nenhum homem livre será detido, nem preso, nem despojado de sua propriedade, de suas liberdades ou livres usos, nem posto fora da lei, nem exilado, nem perturbado de maneira alguma; e não poderemos, nem faremos pôr a mão sobre ele, a não ser em virtude de um juízo legal de seus pares e segundo as leis do País.

O princípio da legalidade foi previsto expressamente em todos os Códigos Penais Brasileiros, desde o Código Criminal do Império, de 1830, até a reforma da parte geral do Código de 1940, ocorrida em 1984.

Atribui-se a formulação latina do princípio da reserva legal *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege* - a Feuerbach[6], asseverava que:

> I) Toda imposição de pena pressupõe uma lei penal (nullum poena sine lege). Por isso, só a cominação do mal pela lei é o que fundamenta o conceito e a possibilidade jurídica de uma pena. 11) A imposição de uma pena está condicionada à existência de uma ação cominada (nulla pena sine crimine). Por fim, é mediante a lei que se vincula a pena ao fato, como pressuposto juridicamente necessário. O fato legalmente cominado (o pressuposto legal) está condicionado pela pena legal (nullum crimen sine poena legale). Consequentemente, o mal, como consequência jurídica necessária, será vinculado mediante lei a uma lesão jurídica determinada.

Na primeira parte do art. 70. da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 já se afirmava: Ninguém pode ser acusado, detido ou preso, senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por ela prescritas.

O princípio da legalidade possui quatro funções fundamentais:

> 1 a) proibir a retroatividade da lei penal (nullum crimen nulla poena sine lege praevia);(Principio da Anterioridade ou da Irretroatividade da lei Penal)
> 2a) proibir a criação de crimes e penas pelos costumes (nullum crimen nulla poena sine lege scripta);(Principio da Reserva legal ,A lei penal tem que ser escrita)
> 3a) proibir o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas (nullum crimen nulla poena sine lege stricta);(Proibição da analogia in mallam partem)
> 4a) proibir incriminações vagas e indeterminadas (nullum crimen nulla poena sine lege certa).(Princípio da Taxatividade)

Definição precisa da conduta proibida ou imposta, sendo vetada, assim, fundamentando tal princípio, a criação de tipos que contenham conceitos vagos ou imprecisos.

6 Feuerbach, Tratado de Direito Penal

PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE

O princípio da culpabilidade, ademais, tem como finalidade a abolição da responsabilidade puramente objetiva, pois determina que se realize uma avaliação do fato em face do agente.

Antes de utilizar esses fundamentos de crime, a responsabilidade se embasava no princípio do *versari in re illicita*, segundo o qual todo aquele que tivesse realizado uma conduta errada deveria ser responsabilizado por ela, independentemente de qualquer outra condição.

No direito moderno, a culpabilidade tem por embasamento o fato e não as tendências ou disposições do autor. Com a culpabilidade se pronuncia sobre o autor, pessoalmente, em implicação do fato por ele praticado e não de seu caráter, conduta de vida ou falhas pessoais, um juízo de inconformidade, pelo qual se afirma sua responsabilidade frente à ordem jurídica. Trata-se, assim, de um juízo jurídico e não moral.

De acordo com as ponderações proposta por Batista[7] se extrai:

> O principio da culpabilidade deve ser entendido, em primeiro lugar, como repúdio a qualquer espécie de responsabilidade pelo resultado, ou responsabilidade objetiva. Mas deve igualmente ser entendido como exigência de que a pena não seja infligida senão quando a conduta do sujeito, mesmo associada causalmente a um resultado, lhe seja reprovável.

Ainda Batista conclui:

> O principio da culpabilidade impõe a subjetividade da responsabilidade penal. Não cabe, em direito penal, uma responsabilidade objetiva, derivada tão-só de uma associação causal entre a conduta e um resultado de lesão ou perigo para um bem jurídico. È indispensável a culpabilidade. No nível do processo penal, a exigência de provas quanto a esse aspecto ao aforisma "culpabilidade não se presume". A responsabilidade penal é sempre subjetiva.[8]

De acordo com o doutrinador Bitencourt[9] a culpabilidade possui diversos sentidos:

> Em primeiro lugar, a culpabilidade, como fundamento da pena, refere-se ao fato de ser possível ou não a aplicação de uma pena ao autor de um fato típico e antijurídico, isto é, proibido pela lei penal. Para isso, exige-se a presença de uma série de requisitos – capacidade de culpabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade da conduta – que constituem os elementos positivos específicos do conceito dogmático de culpabilidade. A ausência de qualquer desses elementos é suficiente para impedir a aplicação de uma sanção penal. Em segundo lugar, a culpabilidade, como elemento da determinação ou medição da pena. Nessa acepção a culpabilidade funciona não como fundamento da pena, mas como limite desta, impedindo que a pena seja imposta aquém ou além da medida prevista pela

7 BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro, 9ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004.
8 BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro, 9ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004.
9 BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral volume I, 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

> própria idéia de culpabilidade, aliada, é claro, a outros critérios, como importância do bem jurídico, fins previstos etc.

Resumindo, pelo principio em exame, não há pena sem culpabilidade, decorrendo daí três consequências materiais: a) não há responsabilidade objetiva pelo simples resultado; b) a responsabilidade penal é pelo fato e não pelo autor; c) a culpabilidade é a medida da pena.

Segundo Tavares[10]

> O juízo de culpabilidade se inicia como um juízo negativo da capacidade de motivação. Esse juízo deve ser emitido como uma condição essencial da culpabilidade em um estado de garantia e não pode ser substituído por outras formulações, sob pena de vir a se confundir com um juízo puramente moral.

Nesse sentido, o princípio da culpabilidade dever ser compreendido como um elemento de garantia e não mais como manifestação moral, que está de acordo com uma ordem constitucional orientada pelo princípio da *ultima ratio*.

PRINCÍPIO DA INADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA

Trata-se de princípio inscrito no artigo 5°, LVI da CF/88. Constitui uma exceção à regra insculpida no Código de Processo Penal, segundo a qual, aprioristicamente, são permitidos quaisquer meios de prova.

Pode ser considerado prova tudo aquilo capaz de convencer alguém da existência de um determinado fato ou da veracidade de uma certa alegação. O CPP regula apenas alguns dos meios de prova, fazendo-o de forma exemplificativa.

Conforme Luiz Francisco Torquato Avolio:[11]

> Por prova ilícita, ou ilicitamente obtida, é de se entender a prova colhida com infração a normas ou princípios de direito material, sobretudo de direito constitucional, porque, como vimos, a problemática da prova ilícita se prende sempre à questão das liberdades públicas, onde estão assegurados os direitos e garantias atinentes à intimidade, à liberdade, à dignidade humana; mas, também, de direito penal, civil, administrativo, onde já se encontram definidos na ordem infraconstitucional outros direitos ou cominações legais que podem se contrapor às exigências de segurança social, investigação criminal e acertamento da verdade, tais os de propriedade, inviolabilidade do domicílio, sigilo da correspondência, e outros. Para a violação dessas normas, é o direito material que estabelece sanções próprias.

Estão listados no referido diploma legal aqueles meios de prova mais comuns à época de sua

10 TAVARES, Juarez. **Culpabilidade e individualização da pena**. Cem Anos de Reprovação. Rio de Janeiro: Revan, 2011.p. 133.
11 AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 4ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p.51

edição. Em se tratando de enumeração meramente exemplificativa e não exaustiva, são permitidos outros meios de prova que não aqueles listados.

O ingresso no processo de uma prova obtida por meio ilícito impõe a ele a sanção de nulidade. O juiz não deverá nem poderá valorar sua sentença com base nessa prova, pois estaria violando não só o disposto no art. 5º, LVI, da CRFB, como também a regra do inciso IX do art. 93 do mesmo diploma legal, pois, se assim o fizer, a fundamentação da sentença será com base em uma prova ilegal e, portanto, viciada[12] .

Segundo Tathiana Amorim[13]:

> Prova ilícita, como declara a Constituição, é a obtida com violação de um princípio de direito material, sendo esta ampla e não restringindo somente a lei. O espaço probatório no processo penal há de ser mais amplo em razão da relevância dos interesses que delimitam seu conteúdo. É cediço que a vedação da prova não se limita ao meio escolhido, mas igualmente aos resultados que poderão advir com a utilização deste mesmo meio de prova.

Assim, tem-se que o CPP consagra a liberdade quanto aos meios de prova. Todavia, essa liberdade possuí limites: é vedada a prova ilícita.

Prova ilícita é todo aquele meio de prova produzido em contrariedade ao Direito, com infração de normas do ordenamento jurídico vigente. A prova que ferir qualquer norma, seja ela penal ou não, é considerada prova ilícita.

Não existem grandes dúvidas com relação à proibição das provas ilícitas. Entretanto, muito se discute a respeito da constitucionalidade das provas derivadas das provas ilícitas. São casos onde a prova, em si, é lícita; porém só foi possível chegar à sua produção a partir de uma prova anterior ilícita.

> **Os meios probatórios que atentem a dignidade humana, tais como a tortura, o lie detector, o soro da verdade etc., não são admitidos, por serem provas consideradas ilícitas.**[14]

Quanto à validade dessas provas, existe uma profunda divergência doutrinária. No entanto, em votação recente, prevalece no STF o entendimento de que a prova derivada da prova ilícita também infringe o Direito, sendo igualmente ilícita, pelo que o direito brasileiro acabou por adotar a teoria do "fruits of the poisonous tree", de origem norte-americana.

PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Esse princípio originou-se na Declaração dos Direitos dos Homens e dos Cidadãos, em 1971, seu art. 11:

12 RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris 2010. p.480
13 AMORIM, Tathiana de Melo Lessa Amorim. Psicografia como meio de prova: para além do tecnicismo jurídico. Disponível em: http://www.advogado.adv.br/artigos/2007/tathianademelolessaamorim/psicografia.htm. Acesso em: 26 jul 2013.
14 AQUINO, José Carlos Gonçalves Xavier de. Manual de processo Penal. 2ª. Ed.rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. **p.238-239**

> Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa.

De acordo com este princípio, ninguém é considerado culpado até que haja contra si sentença penal condenatória com trânsito em julgado. O referido princípio está previsto no artigo 5°, LVII da CF/88.

Como consequências práticas do princípio, tem-se que o cidadão só pode ser considerado como portador de maus antecedentes a partir do momento em que houver o trânsito em julgado de uma determinada sentença.

O princípio da presunção de inocência do acusado é, tecnicamente, a consideração prévia da não culpabilidade do mesmo. Consiste nela, assegurar à pessoa, o seu direito de ser considerado inocente até que haja uma sentença condenatória transitada em julgado.[15]

Logo, um réu que responder a dez ações penais, concomitantemente, não terá maus antecedentes até que uma das sentenças condenatórias passe em julgado.

Novamente, Câmara[16] nos explica:

> O princípio da presunção de inocência impede que se admitam prisões que importem no reconhecimento da execução antecipada da pena ou que constituam conseqüência lógica da imputação, como ocorre nos casos de prisão obrigatória, razão pela qual se contrapõe ao princípio a previsão legislativa que nega ao acusado direito a liberdade provisória.

Muito se discutiu, também, quando da promulgação da atual Carta Magna, a respeito da recepção por parte da nova Constituição do instituto da prisão provisória, previsto no CPP. Após analisar a matéria, o STJ editou a súmula n°9, quando decidiu que, em virtude de sua natureza cautelar, o instituto da prisão provisória não fere o princípio da presunção de inocência, tendo sido recepcionado pela CF/88.

PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

O princípio da não auto-incriminação (*Nemo tenetur se detegere* ou *Nemo tenetur se ipsum accusare ou Nemo tenetur se ipsum prodere*) deve ser entendido sob o aspecto que ninguém é obrigado a se auto incriminar ou a produzir prova contra si mesmo.

Dessa maneira, nenhuma pessoa será obrigada a fornecer, sem sua vontade, qualquer tipo de elemento que o envolva direta ou indiretamente na prática de um crime. Pode-se garantir que o princípio da não autoincriminação apresenta diversos reflexos e consequências, tais como o direito do incriminado ao silêncio, o direito do acusado de não exercitar qualquer ato que possa incriminá-lo e, ainda, o direito do acusado de não produzir nenhuma prova incriminadora que envolva a disposição de seu próprio corpo[17].

15 TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e Garantias no Processo Penal Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 51

16 CÂMARA, Luiz Antônio. Prisão e Liberdade Provisória: Lineamentos e Princípios do Processo Penal Cautelar. Curitiba: Juruá, 1997. p. 4.

17 GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da não auto-incriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência**. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acesso em: 10 out. 2011.

No que se refere à previsão legal do direito ao silêncio, é importante mencionar as seguintes disposições contidas no CPP, que, nesse sentido estabelecem[18]:

> Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, **o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas**. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)
> Parágrafo único. **O silêncio, que não importará em confissão**, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)
> (...)
> Art.198. **O silêncio do acusado não importará confissão**, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz. (...)
> Art. 478. **Durante os debates as partes não poderão**, sob pena de nulidade, fazer referências: (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)
> I – à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado; (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008)
> II – **ao silêncio do acusado ou à ausência de interrogatório por falta de requerimento, em seu prejuízo**. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008)

No que faz menção ao direito do preso de ser informado quanto ao direito ao silêncio, cabe destacar os seguintes julgados do STF, que reconhecem amplamente esse direito:

> EMENTA: **Informação do direito ao silêncio (Const., art. 5º, LXIII):** relevância, momento de exigibilidade, conseqüências da omissão: elisão, no caso, pelo comportamento processual do acusado. I. **O direito à informação da faculdade de manter-se silente ganhou dignidade constitucional**, porque instrumento insubstituível da eficácia real da vetusta garantia contra a auto-incriminação que a persistência planetária dos abusos policiais não deixa perder atualidade. II. Em princípio, ao invés de constituir desprezível irregularidade, **a omissão do dever de informação ao preso dos seus direitos, no momento adequado, gera efetivamente a nulidade e impõe a desconsideração de todas as informações incriminatórias dele anteriormente obtidas**, assim como das provas delas derivadas. III. Mas, em matéria de direito ao silêncio e à informação oportuna dele, a apuração do gravame há de fazer-se a partir do comportamento do réu e da orientação de sua defesa no processo: o direito à informação oportuna da faculdade de permanecer calado visa a assegurar ao acusado a livre opção entre o silêncio - que faz recair sobre a acusação todo o ônus da prova do crime e de sua responsabilidade - e a intervenção ativa, quando oferece versão dos fatos e se propõe a prová-la: a opção pela intervenção ativa implica abdicação do direito a manter-se calado e das consequências da falta de informação oportuna a respeito.[19]

Uma consequência direta do princípio da não autoincriminação é o direito do acusado de não

18 BRASIL. Presidência da República. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 10 jul. 2013
19 HC 78.708, Relator (a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 09/03/1999, DJ 16-04-1999 PP-00008 EMENT VOL-01946-05 PP-00874 RTJ VOL-00168-03 PP-00977

cometer qualquer conduta ativa que possa incriminá-lo. Assim, é importante elaborar algumas considerações sobre a legalidade da participação do investigado no exame de reconstituição de crime, nos exames grafotécnicos e no exame de DNA, no caso deste trabalho especificamente do banco de dados genéticos.

BANCO DE DADOS GENÉTICOS PARA FINS CRIMINAIS

Para melhor analisar o assunto proposto, vamos desmembrar o tópico; assim será analisado primeiramente o que seria banco de dados para depois verificar sua aplicação no direito penal.

Nesse sentido, banco de dados seria qualquer sistema que reúna e armazene informações relacionada a determinado assunto e em determinada ordem. Um exemplo fácil de banco de dados, é a lista telefônica, pois nela são encontrados nomes, números e endereços de todas as residências das pessoas que moram em um local especifico.

Baseando nessas informações, pode-se deduzir que banco de dados genético é um sistema onde são armazenadas as informações biológicas das pessoas para fins de identificação pessoal e determinante.

DADOS GENÉTICOS: DEFINIÇÃO E CARACTERIZAÇÃO

Como já foi analisado, o banco de dados são sistemas organizados e na maioria dos casos informatizados, cuja a finalidade do ponto de vista criminal, é solucionar as ações judiciais criminais. Os progressos da automação na tecnologia de aquisição de perfis genéticos promovem a criação de uma base de dados para fins de comparação. Quando se aumenta o número de pessoas inseridas na base de dados, aumenta a expectativa de se alcançar a identidade dos suspeitos.

De acordo com a Recomendação do Conselho da Europa n.º R (97) 5, os dados genéticos são todos os tipos de dados que se referem a características hereditárias da pessoa ou que relacionadas com aquelas características que constituem o patrimônio de um grupo, a família. [20]

Como já tratado em tópico acima, várias formas foram utilizadas para a identificação de uma pessoa, mas a questão de identificação por perfil genético começou a ser utilizada em 1985 com o uso das impressões digitais, "[...] a obter informações sobre a individualidade humana e as diferenças que existem de uma pessoa para outra", uma vez que são pequenos locais de sequências de nucleotídeos repetidas várias vezes e que diferem de um indivíduo para outro.[21]

De acordo com Souza,[22]

> esta constatação científica provocou uma mudança total na criminalística biológica, pois o estudo do polimorfismo do DNA substituiu rapidamente as

20 UNESCO. Declaração internacional sobre os dados genéticos humanos. Disponível em: < http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001361/136112porb.pdf>.
21 SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. Direito penal genético e a lei de biossegurança: lei 11.105/2005: comentários sobre crimes envolvendo engenharia genética, clonagem, reprodução assistida, análise genômica e outras questões. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 119.
22 SOUZA, op. cit., p. 119-20.

> análises de outros marcadores genéticos (análises sorológicas dos polimorfismos de proteínas e grupos sanguíneos), até então, consideradas de fundamental importância na genética forense.

Trata-se, nesse sentido, de um mecanismo de investigação, possibilitando a afronto dos perfis a varias fontes. [...] As amostras questionadas podem, assim, ser confrontadas com as amostras de referência de suspeitos e condenados, a depender da composição do banco.[23]

A partir da informação de um perfil genético adquirido, por exemplo, em uma investigação criminal e que não se encontra em uma base de dados policial, há as chances de achar algum familiar, possibilitando estabelecer uma identificação. Essa busca baseia-se no fato de que os perfis genéticos de dois indivíduos parentes são maiores do que há de dois estranhos.

EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Os nortes americanos foram os primeiros a discutirem uma necessidade de desenvolver um banco de dados para fins criminais, isso em 1989. No ano seguinte, foi desenvolvido um programa de computador que serviria para tal finalidade, CODIS - *Combined DNA Index System. C*om um curto espaço de tempo a disseminação de tais programas foi aumentando, em um ano, 15 Estados Americanos já tratavam de promulgar leis que possibilitavam o uso de tais ferramentas. Em 1994, foi, por meio de lei, estabelecido o sistema em escala nacional – o National DNA Index System (NDIS).

As discussões referentes a esse assunto iniciaram na Europa em 1991 com a Reunião do Comitê *ad hoc* de Peritos nos avanços das Ciências Biomédicas. Em 1997, o Conselho da Europa promulgou uma resolução[24], com a finalidade de instituir um intercâmbio, no âmbito europeu, de resultados de DNA.

> [...] as possibilidades de intercâmbio se limitarão ao intercâmbio de dados da parte não portadora de códigos da molécula do ADN, da que cabe supor que não contenha informação sobre rastros hereditários específicos, ou seja, a coleta do ADN para o armazenamento de resultados de análises do ADN deverá ir acompanhada de garantias que protejam a integridade física da pessoa de que se trate.[25]

A Inglaterra foi o primeiro país a desenvolver bancos, de dados contendo perfis genéticos para a utilização de formas de analise das amostras biológicas, retiradas dos sinais de crime e de indivíduos suspeitos e condenados pela prática dos mais diferentes crimes. Dentre os vários softwares de cruzamento de dados já desenvolvidos, o CODIS, criado pelo grupo de investigação especial americano o FBI (*Federal Bureau of Investigation*) nos Estados Unidos, vem sendo o mais utilizado e está em plena expansão.14

23 Bonaccorso NS. Aspectos Técnicos, Éticos e Jurídicos Relacionados com a Criação de Bancos de Dados Criminais de DNA no Brasil [Tese]. São Paulo (SP). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo -USP. 2010. 262 p.
24 EUROPA. Resolución del consejo de 9 de junio de 1997 relativa al intercambio de resultados de análisis de adn. Disponível em: http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y0624(02):ES:HTML.
25 idem

No Brasil, ainda não é utilizado o banco de dados com essa finalidade, e a analise do DNA de possíveis suspeitos é retirada da própria cena do crime da vítima com amostras dos suspeitos; casos civis de identificação de desaparecidos e na investigação de paternidade.

> A identificação por meio do perfil genético auxilia o início das investigações, apontando, por meio das amostras colhidas na cena do crime, suspeitos que não apresentariam qualquer ligação com o delito se não houvesse correlação genética deste com as amostras questionadas.[26]

Em 2009, o Brasil e Estados Unidos assinaram um acordo de colaboração internacional para o desenvolvimento do primeiro banco de dados de perfis genéticos brasileiro de âmbito nacional para fins de identificação criminal tendo como exemplo o CODIS.

Todavia, somente em 2011 a idealização desse projeto tomou força, isso graças ao Projeto de Lei 2458/201, que autoriza o estado brasileiro a compor o seu primeiro banco de dados genéticos para identificação criminal.

CONCEITUALIZAÇÃO E NATUREZA JURÍDICA

Já fora visto que o banco de dados genético deve ser entendido como conjunto de perfis genéticos de referência. "Tem como objetivo a identificação da pessoa através de perfis genéticos. Trata-se de um conjunto complexo de dados aplicáveis a diversas investigações"[27].

De acordo com a Recomendação n. 1 do Conselho da Europa, "arquivo de DNA" seria como qualquer coleção estruturada dos resultados dos testes das análises de DNA, que se guarde materialmente em registros manuais ou numa base de dados informatizada.

Nesse sentido a legislação portuguesa 12/2005, sobre informação genética pessoal e informação de saúde, "entende-se por 'base de dados genéticos' qualquer registro, informatizado ou não, que contenha informação genética sobre um conjunto de pessoas ou famílias."[28]

A mesma legislação define banco de dados genéticos como,

> [...] qualquer repositório de amostras biológicas ou seus derivados, com ou sem tempo delimitado de armazenamento, quer utilize colheita prospectiva ou material previamente colhido, quer tenha sido obtido como componente da prestação de cuidados de saúde de rotina, quer em programas de rastreio, quer para investigação, e que inclua amostras que sejam identificadas, identificáveis, anonimizadas ou anónimas.

FORMAS DE CONSTITUIÇÃO DO BANCO DE DADOS GENÉTICOS

As formas de se obter um banco de dados são as mais diversas, sendo diferenciadas pelo que se motiva a criação do mesmo. De acordo com Mora Sanchez[29], base de dados de DNA pode ser constituída

26 Bonaccorso NS. Aspectos Técnicos, Éticos e Jurídicos Relacionados com a Criação de Bancos de Dados Criminais de DNA no Brasil [Tese]. São Paulo (SP). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo -USP. 2010. 262 p.
27 MONIZ. Os problemas jurídico-penais da criação de uma base de dados genéticos para fins criminais, p. 238.
28 Portugal. Lei 12/2005, art 7º (Base de dados genética), n.1.

com diferentes finalidades:

> para identificar desaparecidos ou de indivíduos vítimas de catástrofe, acidente ou ato terrorista onde os seus corpos acabam ficando irreconhecíveis; com o objetivo de obter e armazenar informação genética que facilite a determinação de conflitos relativos à filiação; com fins médicos e farmacêuticos; para identificação de recém nascidos; ou com a finalidade de identificar autores de feitos delituosos e criminais.

Alguns autores entendem que o DNA é um dado de identificação da pessoa como a impressão digital e que, sendo assim, poderia o Estado montar um banco a partir de toda sua população, "[...] para muitos governantes, os problemas éticos e legais expostos são muito numerosos, poderia dizer-se que demasiados para que fosse possível a criação desse tipo de base de dados." [30]

Todavia, para Moniz, o ADN é mais do que uma forma de identificação, é unidade e pessoalidade do indivíduo, com informações não só pessoal como também dados genéticos relacionados com as características hereditárias, e que, logo, seu uso deve ser limitado a suspeitos e, posteriormente, achada a amostra do criminoso, as dos demais suspeitos devem ser descartadas, fazendo com que o banco seja constituído somente por condenados. [31]

A principal finalidade do banco de dados genético é a solução de crimes, e a inserção dos suspeitos seria temporária, ou seja, somente enquanto durassem as investigações; caso contrario a sua permanência poderia ser interpretada como uma pena predefinida.

Outro ponto de discussão está no fato de fichar todo autor ou possível autor de crime e se serão inseridos todos os tipos de delitos como campo de dado. Como não seria diferente, todos esses bancos de dados são formados a partir das amostras de condenados.

Uma forma diferente de estabelecer um banco de dados seria a partir do DNA de todos os homens de um determinado país, sendo que a maioria dos autores de crimes graves são homens.

1.0 Estágio atual dos principais bancos de dados de DNA

Atualmente, existem vários bancos de dados no mundo, como o já citado CODIS, sistema de âmbito nacional; ou o Projeto Fênix, na Espanha, desenvolvido com a finalidade de identificar cadáveres ou ossadas de desaparecidos.

Entretanto no Brasil, a utilização do DNA está limitada aos casos criminais que se comparam somente às amostras retiradas na cena do crime ou da vítima com as amostras dos suspeitos, quando estes não se recusam; na esfera civilista, essa é utilizada para a identificação de desaparecidos ou de investigação de paternidade.

Vários são os países que já adotam o banco de dados genéticos para fins criminais: EUA; Grã Bretanha; Holanda; Áustria; Alemanha; Finlândia; Noruega; Dinamarca; Suíça; Suécia; Grécia; Bélgica;

30 MORA SÁNCHEZ. Op. cit, p. 52,
31 MONIZ. Os problemas jurídico-penais da criação de uma base de dados genéticos para fins criminais, p. 237-64.

França; Eslováquia; Eslovênia; Espanha e Portugal. Todavia, no Brasil, os poucos projetos de leis perdem a juricidade, uma vez que a própria constituição não os garante.

Contudo, os maiores bancos de dados genéticos são formados não somente pelos dados dos suspeitos, mas também com amostras anônimas obtidas na cena do crime. Um ponto importante de ser verificado é que em alguns bancos as informações pessoais e as genéticas são separadas para não infringir os direitos individuais de cada individuo.

Para que a analise de banco de dados seja completamente eficaz, há a necessidade de esse ser interligado não somente dentro do mesmo território como também entre países. Nesse sentido, os acordos entre Estados devem ser cada vez mais aplicados, e o encarregado de promover e facilitar essa troca de informações é a Interpol. Por meio de documentos e relatórios, ela é responsável de orientar a forma como os Estados devem agir e dispor o material, para que os mesmo tenham uma padronização e assim garantir uma qualidade mínima nos resultados dos exames solicitados.

1.1 ARMAZENAMENTO DOS DADOS

Talvez o ponto nevrálgico, no que concerne à forma de constituição dos dados, seja o trato dos perfis armazenados. Sendo mais específico, a separação dos dados propriamente genéticos dos dados de identificação pessoal. Aqui, os principais problemas envolvidos condizem com a idoneidade da instituição encarregada de controlar e garantir a impossibilidade de que indivíduos não autorizados logrem efetuar consultas indevidas ou não autorizadas. A princípio, o laboratório só teria acesso aos arquivos de ADN, ao qual seria atribuído um número de identificação. Os dados pessoais estariam reservados num instituto de identificação ou a cargo da própria polícia, que da mesma forma não tem acesso aos dados genéticos. 73

Nesse modelo, o laboratório recebe as amostras a serem analisadas e, caso haja coincidência com alguma de seu ficheiro, remete o código, correspondente ao órgão solicitante do exame, que, uma vez informada do código poderá acessar os dados pessoais do identificado. Portanto, os perfis genéticos são separados dos dados pessoais de cada indivíduo. Só são acessados se der positivo a análise daqueles.

Graças à globalização, a ligação entre Estados se tornaram cada vez mais frequentes e, em relação ao banco de dados, não poderia ser diferente. Os tratados, recomendações e resoluções internacionais, trazem que cada Estado terá autonomia para implementar o seu banco de dados de DNA. A única sugestão é no sentido de que este seja feito de forma uniformizado para que seja viabilizado num segundo momento o intercâmbio.

De acordo com a Resolução do Conselho da Europa de 1997, no n. 2 do item I (Criação de base de dados nacionais sobre ADN):

> com vistas ao intercâmbio de resultados das análises do ADN entre os Estados membros, se invita a estes que estruturem as ditas bases de dados com ajuste a normas comuns e de forma compatível. [32]

32 EUROPA. Resolução do conselho da Europa de 9 de junho de 1997 relativa ao intercâmbio de resultados de análises de adn. Disponível em: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y0624(02):ES:HTML>.

1.1.1 Responsabilidade sobre a gestão do banco de dados

Como notificado no tópico acima, há uma preocupação acerca dos dados contidos no banco de dados, por ser uma importante fonte de informação. Em regra, os itens contidos em um determinado banco de dados não são de livre acesso e, segundo tal informação, o professor Romeo Casabona[33] diz:

> De todo modo, estas provas originam problemas novos e acentuam outros já estabelecidos anteriormente em relação com as provas biológicas, respeito às quais não se trata de primar ou obstaculizar sua utilização, senão de assegurar que se realizem com as suficientes garantias técnicas processuais e de respeito aos fundamentos que puderam ver-se afetados.

Nesse contexto, é importante observar que realizará a gestão de tal sistema e a gestão deve ser "[...] a possessão dos sistemas informáticos onde se armazenam os dados, e a possibilidade de concordar os mesmos para sua consulta e atualização." [34]

Todavia, quem seria o órgão ou instituição que poderia administra um mecanismo de grande magnitude; não há uma resposta clara acerta desse questionamento para qual é indicado é que seja de natureza pública ou semi-pública, para garantir um perfeito funcionamento da base de dados.

Alguns países escolhem uma Universidade para ser o gestor do banco de dados, já outros optam em utilizar da própria estrutura policial ou de laboratórios estaduais de ciência forense.

No caso dos Estados Unidos, a responsabilidade de gerir o sistema de informação fica a cargo da policia especializada (FBI), que controla em nível nacional (NDIS), sendo laboratórios estaduais os que o fazem no âmbito local (LDIS) e estadual (SDI).

Nesse contexto, outro ponto importante de ser analisado é a forma que os laboratórios especializados serão credenciados, e quais seriam aptos para gerar perfis de DNA que se incluam na base de dados. De uma maneira geral os laboratórios que têm a intensão de trabalhar com análises de DNA devem cumprir as medidas de qualidade determinadas e os critérios são rigorosos, como qualificação, treinamento de pessoal, organização do laboratório, controle das amostras, validação, procedimentos analíticos etc. Esses critérios devem estar documentados e realizados periodicamente, somente assim é garantida a confiabilidade das provas, diminuindo o índice de variabilidade entre os resultados.

TEMPO DE DURAÇÃO DOS DADOS NA BASE

Referente ao tempo que a amostra deve permanecer no banco de dados, alguns pontos devem ser advertidos, pois o banco de dados tem sua confiabilidade diretamente relacionada à quantidade de amostras inseridas nele. Sendo assim, não se precisa analisar muito para compreender que a melhor opção seria não excluir nenhum dado já implantado, mas é um ponto delicado, pois muito se discute acerca do

33 ROMEO CASABONA, Carlos Maria. Prólogo. In.: ROMEO CASABONA, Carlos Maria (ed.). Bases de datos de perfiles de adn y criminalidad. Bilbao-Granada: Comares, 2002, p. X,

34 LORENTE ACOSTA.

abuso ou incapacidade do Estado de solucionar seus crimes.

Para parte da doutrina, a permanência dos dados contidos no banco seria uma continuidade da pena; mas, na verdade cada país determina o tempo de duração dos dados no seu banco, sendo que utilizam o mesmo prazo para a duração dos antecedentes criminais nos registros.

Portanto, pelo exposto, o fator tempo de armazenamento de uma amostra

> [...] é um problema técnico do direito de cada país, e não científico ou informático, já que os potentes equipamentos de computação de que se dispõe hoje em dia são capazes de armazenar praticamente uma quantidade infinita de dados deste tipo. E há que se considerar que os dados necessários à identificação genética de uma pessoa ou de um indício biológico são realmente muito limitados (pequenos), já que de 60 a 70 caracteres (números e letras) podem definir uma pessoa ao seu genótipo.[35]

Nesse contexto, a permanência dos dados será definida pela procedência de pessoas ou de indícios enquanto o processo estiver aberto, ou, no caso de ser derivado de pessoas, podem ser arquivadas indefinidamente, por discernimentos atrelados à natureza do delito, ou por prazo fixado de forma específica.

Acerca desse assunto, a única certeza então é que somente nos casos que o individuo serem consideradas inocentes as informações do banco de dados deve ser excluída imediatamente, "[...] ainda que em alguns países isto se faça de modo automático em outros é necessário um requerimento específico."[36]

OS TIPOS DE DELITOS INCLUÍDOS NUM BANCO DE DADOS PARA FINS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Nessa parte do trabalho serão anualizadas as orientações estatais pelos poderes, o legislativo e executivo referente a investigação criminal.

No mundo jurídico, é de notoriedade que cada Estado tem sua soberania, sendo que nenhum outro tem influencia direta em suas decisões. O mesmo deve ser entendido referente à permanência dos dados contidos no banco de dados criminal; existem países que não colocam restrições referente à aplicabilidade do tempo das informações.

Todavia, a grande maioria dos países utilizam os critérios mais restritivos variando do tipo de crime e o tempo da sua condenação; tais critérios podem originar alguns pontos negativos, pois sobrecarregara o sistema.

Referente aos delitos, cujos dados genéticos dos condenados precisariam incluir-se em uma base de dados, não há desconfiança alguma quanto aos de caráter sexual. Desde que se começaram os debates sobre a implementação de um arquivo desta natureza, a justificativa era exatamente para as delinquências de estupro ou de atentado violento ao pudor. Por esse motivos permanecem contidos nos perfis as informações de quem comete crimes de tais modalidades.

35 LORENTE ACOSTA. Identificación genética criminal: importância médico legal de las bases de datos, p. 17.
36 idem

Nesses crimes, as chances de encontrar vestígios de DNA são maiores, pois os autores de crimes dessas espécies normalmente são reincidentes.

Outro fator importante é que neste tipo de crime há uma maior possibilidade de encontrar vestígios de ADN para análise. Com isso ficaria muito mais fácil localizar o autor do crime, já que um banco criminal tem finalidade de localizar os reincidentes, uma vez que ela só pode comparar os dados que ela possui com os oriundos da cena do crime.

Para Etxeberria Guridi,[37]

> a limitação das infrações justificativas de análises de ADN e posterior incorporação a ficheiros automatizados dos resultados obtidos às de índole sexual se poderia explicar argumentando, por um lado, que são as ditas infrações, ainda que não de forma exclusiva, que favorecem por seu modo de comissão a produção de vestígios biológicos analisáveis. Por outro lado, a criação do ficheiro se explica ou justifica pela possibilidade de reincidência do autor e índice de reincidência em delinquentes sexuais é muito elevado.

Além disso, pode-se notar que a partir do que, já fora exibido, uma tendência no aumento dos delitos implantados na base de dados de DNA criminal, antes era somente para crimes sexuais, e agora a tendência é inserir todos os tipos de crime, tudo para garantir uma maior segurança para a sociedade. A mudança da natureza da base de dados também forçou a modificação estrutural, passando as ser mais genético, e amplo tendo informação de várias pessoas, isso porque, a maioria dos autores que comentem crimes graves também comentem outros tipos de crimes mais leves, transformando o Banco num eficiente instrumento contra a impunidade.

1.1.2 Da autodeterminação e da privacidade

Diferente dos outros métodos de identificação, como já pode ser verificado, a que envolve DNA causam grandes debates, nesse sentido Víctor Gabriel Rodriguez[38] ao afirmar que

> Tal posicionamento, entretanto, congrega claro delineamento reducionista. Isto porque, ainda que se possa dizer que o DNA é tão individualizador do ser humano quanto a já utilizada impressão digital, ele carrega em si uma série de informações distintas, relacionadas a outras matérias – a exemplo da raça, origem, possíveis doenças, predisposição a um ou outro comportamento – que, desnecessárias à identificação pessoal, podem gerar preconceito e interpretações deturpadas.

De acordo com a convenção do direto do homem, nenhuma pessoa pode ser discriminada com relação ao seu patrimônio genético, ou seja, todos devem ser tratados igualmente, independente de credo, cor ou sexo.

Como pode ser visto do tópico dos princípios do processo penal, a busca da verdade é muito

37 ETXEBERRIA GURIDI. Evolución expansiva en la francesa de los ficheros de huellas genéticas tras las recientes reformas, p. 117,
38 RODRIGUEZ, Victor Gabriel. Tutela penal da intimidade: perspectivas da atuação penal na sociedade da informação. São Paulo: Atlas, 2008, p. 211.

importante para a sociedade, para não se cometer injustiças. Nesse lance a utilização do DNA é muito importante, mas entra em confroto com o principio da privacidade e da autonomia do indivíduo seja a sua integridade física e moral.

Nesse contexto, Fidalgo[39] chama a atenção "que a tutela constitucional da integridade pessoal traduz se, desde logo, na afirmação da sua inviolabilidade, na inexistência de autorização expressa de leis restritivas [...]."

Na Carta Magna de 1988, é assegurado o direito à integridade física, independente de ser réu solto ou preso (art. 5, XLIX); o assunto também é tratado nas legislações infraconstitucionais, no art. 129 e no 146, do Código Penal.

No decorrer desse trabalho, foram levantados pontos que favorecem o uso dos bancos genéticos para fins criminais, todavia, em determinados casos isso pode violar a integridade de uma pessoa; obrigar uma pessoa a oferecer uma amostra de DNA é assunto delicado. Mas o que gera discussão mesmo é a forma como o Estado obrigara seu cidadão a oferecer esse material.

A obrigação de fornecer o material biológico não constitui uma ofensa, pois existem outras fontes de obter o DNA sem ser o sangue (cabelo, esperma, saliva, urina, pelos etc.).

Nesse sentido, somente será abusivo o recolhimento do material genético se não houver ato de disposição contrário do indivíduo sendo assim, o mais importante a ser avaliado não é propriamente a coleta do material, e sim o jeito que essa será realizada.

A integridade moral tem seu abuso "[...] na perturbação de liberdade de vontade ou de decisão e da capacidade de memória ou de avaliação."[40] Está atrelada ao nome, à imagem ou à intimidade. É a faculdade de autodeterminação da pessoa.

A privacidade tem um conceito mais extenso que a intimidade, sendo que nem todos os atos privados são íntimos. Nesse sentido Faria Costa menciona que

> Na verdade, o 'eu' vive em constante relação com o 'outro' e se o acto comunicacional é afirmação de abertura ao 'outro' isso supõe (...) que o 'eu', para se desenvolver harmoniosamente, crie espaços onde o 'outro' só pode penetrar quando aquele, o 'eu (...) o permita. A esse escrínio do nosso modo-de-ser individual é costume dar-se o nome de intimidade. 110

A associação existente entre o poder de autotutela do Estado com os direitos privados promove muitas discussões sobre os limites de ambos, para que o direito de todos os cidadãos seja respeitado, juntamente com a ordem pública.

Nesse sentido, Fidalgo[41] leciona que esse direito à autodeterminação informacional consagra-se, sob o manto jurídico português, como uma garantia fundamental constitucional de direito à reserva da vida privada.

Essa ponderação dos interesses entre o publico versus privado também está disciplinada nos

39 FIDALGO. Determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal, p. 120 et seq.
40 FIDALGO, Determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal. p. 125
41 FIDALGO, Sónia. Op. cit, p. 127-8.

ensinamentos de Rodriguez, que defende um trato diferenciado, por parte do legislador, ao que ele denomina de intimidade genética. Mas o autor ainda ressalta os interesses mediatos que poderão surgir:

> Qualquer lei que venha prever a criação de base de dados humano por meio de DNA esbarrará certamente na garantia constitucional da intimidade, e terá de lidar com sua compressão proporcional, em nome de um interesse maior. Mas, mesmo consciente da existência desse direito da personalidade, e daí a nota da excepcionalidade de seu sacrifício em nome do interesse de identificação pessoal, é difícil ao legislador escapar à tentação precipitada de adotar a tecnologia para solver seus problemas mais imediatos.

Segundo Clotet a autonomia deve ser respeitada de forma mais ampla possível, contudo, desde que não prejudique a sociedade em sentido amplo ou a própria pessoa, ou seja, o direito da autodeterminação pode ser limitado.

Para o citado autor, o genoma, sem dúvida, faz parte do ser humano, todavia, o ser humano faz parte da sociedade e, desse modo, deve respeitar o ambiente em que esta inserido.

Seguindo o mesmo posicionamento de Clotet, Sanchez observa que em determinadas situações, alguns direitos fundamentais constitucionais cederão lugar aos direitos da coletividade, ou seja, os direitos fundamentais não são absolutos, podem tolerar ressalvas em situações onde se estabelecem interesses maiores, como o interesse social de conter e prevenir o comportamento criminoso.

Entretanto tal limitação deve ser encarada com precaução e obedecendo alguns requisitos

> Primeiro, é importante haver uma previsão legal, onde se resumirá e legitimará a ação do Estado (lex previa, scripta, certa e stricta), servindo também como um limitador desse (nulla cactio sine lege). Além disso, o ato de limitação desses direitos deve passar pelo crivo judicial. Toda e qualquer ingerência deve preceder de uma autorização judicial fundamentada, onde terá que apreciar a absoluta necessidade da realização dessa prova de ADN [...] para uma satisfatória resolução do caso. [42]

Outro ponto a ser analisado é a proporção entre o ato lesivo e sua necessidade, pois o controle entre o interesse público, social e coletivo, com o interesse individual, nesse sentido, a coleta deve ser analisada e realizada por pessoa especializada e previamente credenciada pelo organismo competente. Trata-se, então, "[...] de uma dupla garantia, por um lado para o sujeito que as tolera, e por outro para a atuação em si". [43]

Assim, o ponto mais importante é o referente ao direito da autodeterminação e da privacidade é o fato que a própria Constituição garante que ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo (art. 5º, II). No mesmo sentido, são invioláveis a intimidade e a vida privada (art. 5, X). Portanto, as a única maneira de conseguirem a coleta do material genético é com o consentimento do disponente.

42 MORA SÁNCHEZ. Propuesta para la creación y regulación legal en españa de una base de datos de adn confines de identificación criminal, p. 48
43 idem

CONCLUSÃO

Depois de analisar o assunto proposto, foi possível concluir que a identificação criminal sempre foi levada muito a sério, pois a partir da década de 80, a individualidade por meio do uso do DNA foi utilizada no mundo jurídico.

Esse sistema é uma ótima ferramenta de sucesso processual, pois evitará erros judiciais. Todavia, quando o assunto é a criação e constituição de um banco de DNA criminal, não podemos esquecer determinados pontos importantes; o principal é que esse não pode ser utilizado livremente pela da policia criminal sem restrições.

Outro ponto importante é o fato de que somente deve ser utilizado se o investigado autorizar, para que não fira a autonomia e a intimidade. Entretanto, os direitos particulares não são absolutos; os direitos fundamentais, em regra, não podem sofrer limitações sem que lei especifique os casos excessivos.

Os bancos de dados não podem servir de instrumento dissociado de sua finalidade, que é facilitar a identificação pessoal. Nesse sentido, as amostras de material humano deve ser muito bem guardadas, e manipuladas somente por instituições especializadas.

Os bancos de dados genéticos, com finalidade criminal, são uma tendência inevitável. Infelizmente, esse assunto é extremamente debatidos em países desenvolvidos, mas ainda não é tratado com a devida importância entre nós.

É indispensável desenvolver outras formas discussões para debater o tema. Pois somente assim que os legisladores e usuários do direito poderão chegar ao ponto de cria uma base nacional de dados genéticos para fins criminais, um sistema completamente interligado.

BIBLIOGRAFIA

LORENTE ACOSTA, José Antonio. Identificación genética criminal: importância médico legal de las bases dedatos de adn. In: Romeo Casabona, Carlos Maria (ed.). Bases de datos de perfiles de adn y criminalidad.Bilbao-Granada. Editora Comares, 2002.

FIGINI, Adriano Roberto da Luz; LEITÃO E SILVA, José Roberto; JOBIM, Luiz Fernando; SILVA, Moacyr da. Identificação humana. 2 Edição. Editora Milenniu, 2003.

MACHADO, Antonio Alberto. Identificação Criminal pelo DNA. Disponívelem:<http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2012_identificacao.pdf> Acesso em: 10 Julho de 2013.

BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro, 9ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral volume I, 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. Cem Anos de Reprovação. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 4ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris 2010. p.480

AMORIM, Tathiana de Melo Lessa Amorim. Psicografia como meio de prova: para além do tecnicismo jurídico. Disponível em: http://www.advogado.adv.br/artigos/2007/tathianademelolessaamorim/psicografia.htm. Acesso em: 26 jul 2013.

AQUINO, José Carlos Gonçalves Xavier de. Manual de processo Penal. 2ª. Ed.rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e Garantias no Processo Penal Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1993.

CÂMARA, Luiz Antônio. Prisão e Liberdade Provisória: Lineamentos e Princípios do Processo Penal Cautelar. Curitiba: Juruá, 1997.

GOMES, Luiz Flávio. Princípio da não auto-incriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acesso em: 10 out. 2011.

BRASIL. Presidência da República. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 10 jul. 2013.

HC 78.708, Relator (a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 09/03/1999, DJ 16-04-1999 PP-00008 EMENT VOL-01946-05 PP-00874 RTJ VOL-00168-03 PP-00977

UNESCO. Declaração internacional sobre os dados genéticos humanos. Disponível em: < http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001361/136112porb.pdf>.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. Direito penal genético e a lei de biossegurança: lei 11.105/2005: comentários sobre crimes envolvendo engenharia genética, clonagem, reprodução assistida, análise genômica e outras questões. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

Bonaccorso NS. Aspectos Técnicos, Éticos e Jurídicos Relacionados com a Criação de Bancos de Dados Criminais de DNA no Brasil [Tese]. São Paulo (SP). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo -USP. 2010. 262 p.

EUROPA. Resolución del consejo de 9 de junio de 1997 relativa al intercambio de resultados de análisis de adn. Disponível em: http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y0624(02):ES:HTML.

Bonaccorso NS. Aspectos Técnicos, Éticos e Jurídicos Relacionados com a Criação de Bancos de Dados Criminais de DNA no Brasil [Tese]. São Paulo (SP). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo -USP. 2010.

EUROPA. Resolução do conselho da Europa de 9 de junho de 1997 relativa ao intercâmbio de resultados de análises de adn. Disponível em: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y0624(02):ES:HTML>.

O CASABONA, Carlos Maria. Prólogo. In.: ROMEO CASABONA, Carlos Maria (ed.). Bases de datos de perfiles de adn y criminalidad. Bilbao-Granada: Comares, 2002.

ETXEBERRIA GURIDI. Evolución expansiva en la francesa de los ficheros de huellas genéticas tras las recientes reformas, v.19, n.2, 2003.

RODRIGUEZ, Victor Gabriel. Tutela penal da intimidade: perspectivas da atuação penal na sociedade da informação. São Paulo: Atlas, 2008.

FIDALGO. Determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal, Coimbra, 2006.

APONTAMENTOS SOBRE A PUNIBILIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

João Santa Terra Júnior[1]

RESUMO: O presente trabalho apresenta uma análise inicial da punibilidade no âmbito do direito penal pátrio. Aborda o tema, inicialmente, a partir da conceituação analítica do crime, apresentando as diversas posições doutrinárias a respeito dos elementos essenciais à existência do delito, acompanhadas da discussão relativa à punibilidade estar ou não neles inserida. Procura apresentar a definição de punibilidade mais aceita pela doutrina brasileira, correlacionamdo-a ao direito de punir Estatal, sem adentrar no denso e complexo estudo do fato punível norteado por conceitos de política-criminal desenvolvido pela doutrina estrangeira, em especial a alemã e a espanhola. E, ao final, elabora um paralelo entre hipóteses que interferem na punibilidade, seja se apresentando como condições objetivas ou negativas para o exercício concreto do direito de punir (escusas absolutórias e condições objetivas de punibilidade), seja atuando como hipótess de sua extinção (causas extintivas da punibilidade).

PALAVRAS-CHAVE: punibilidade – conceito de infração penal – teoria geral do crime – direito de punir – extinção da punibilidade – condições objetivas de punibilidade – escusas absolutórias.

1. A punibilidade e a teoria geral da infração penal.

A punibilidade, de modo simplicista, pode ser definida como a possibilidade de punir algo ou alguém. Contudo, no âmbito das ciências jurídicas, especificamente do Direito Penal, seu estudo revela inúmeras questões a serem desvendadas, relativas à sua inserção na composição da infração penal, às formas como ela se apresenta à sociedade depois do alcance do atual Estado Democrático de Direito, às hipóteses que são capazes de extingui-la, entre outras.

O estudo da punibilidade está inserido em uma área do direito penal apaixonante por sua complexidade, a doutrinariamente denominada "teoria geral" (do crime, do delito ou da infração penal)[2]. A teoria geral ocupa-se do profundo e detalhado estudo da infração penal, desde as diversas formas de sua definição, até a análise dos elementos essenciais à existência fática e jurídica deste fenômeno social que conhecemos desde a origem da humanidade.

---

1 Professor de Direito Penal da FAECA Dom Bosco, ex-coordenador da pós-graduação de direito processual da mesma faculdade, especialista em Direito Penal pela Escola Paulista da Magistratura – TJ/SP, Promotor de Justiça do Estado de São Paulo integrante do GAECO, Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado.

2 Infração penal é gênero do qual crime ou delito e contravenção penal são espécies. Contudo, objetivando facilitar a didática e pelo fato de a teoria geral ser única, uma vez que, ontologicamente, inexiste diferença com relação a eles, empregaremos como sinônimos os termos crime, delito, contravenção penal e infração penal.

Para FRANCISCO MUÑOZ CONDE, "la primera tarea a la que se enfrenta la Teoría General del Delito es la de dar un concepto de delito que contenga todas las características que debe tener un hecho para ser considerado como delito y ser sancionado, en consecuencia, con una pena"[3]. E a primeira dificuldade na análise da punibilidade reside na necessidade de definição dos elementos essenciais à existência de um crime, ou, pelas palavras de MUÑOZ CONDE, de um conceito que contenha todas as características que deve ter um fato para ser considerado como delito.

Nesse aspecto vale relembrar que doutrinadores dedicados ao estudo da teoria geral do delito não mediram esforços para conferir à infração penal a definição mais técnica e condizente com a tutela almejada pela sociedade. E, entre as formas de conceituação do crime, a analítica desponta-se como a mais coerente para compreender a sua composição e os seus efeitos. Dentro da visão analítica, que procura explicar o delito pela análise pormenorizada de seus elementos formadores, despontam diversas correntes doutrinárias que procuram indicar os elementos essenciais à existência da infração penal: bipartida (reconhecendo apenas o fato típico e a ilicitude); bipartida dos elementos negativos do tipo (reconhecendo o fato típico e a culpabilidade); tripartida causalista e tripartida finalista (sendo elementos o fato típico, a ilicitude e a culpabilidade, com opinião diversa a respeito dos elementos formadores da conduta penalmente relevante, ou seja, a primeira defendendo que o dolo e a culpa encontram-se inseridos na análise da culpabilidade, e a segunda, do fato típico – na conduta); tripartida constitucionalista (crime seria formado por fato típico, ilicitude e punibilidade)[4]; quadripartida (reconhecendo, além dos três elementos da tripartida, também a punibilidade como formador da infração penal)[5]; entre outras. A análise de cada um desses posicionamentos não é pertinente ao objeto deste estudo, no entanto, é relevante entender o papel da punibilidade na origem da infração penal. Em outras palavras: compreender se a punibilidade é, ou não, elemento essencial à existência, ao nascimento, à origem de uma infração penal.

2. A punibilidade como instituto jurídico diverso da infração penal.

A doutrina que defende a punibilidade como elemento essencial à existência da infração penal assegura que não é possível conceber a existência de um delito sem a ameaça da imposição de uma sanção penal, ou seja, sem a punibilidade. Existe ainda posição intermediária, como a de FRANCISCO MUÑOZ CONDE, que, de modo geral, entende que a existência da infração penal ocorre com a constatação da tipicidade, da antijuridicidade e da culpabilidade; porém, ressalva hipóteses nas quais a lei exige a presença de alguns elementos adicionais que não pertencem nem à tipicidade, nem à antijuridicidade, nem à culpabilidade, como, por exemplo, para punir a quebra na falência, que se exige a prévia declaração de insolvência; em tais hipóteses, de acordo com o nobre professor Espanhol: "se habla

3 BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. Teoria Geral do Delito. São Paulo: Saraiva, 2000, pág. 01.
4 GUILHERME DE SOUZA NUCCI (Código Penal Comentado., 13ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 2013, pág. 133), ao apresentar as diversas posições doutrinárias a respeito dos elementos formadores da infração penal, cita a denominada teoria *constitucionalista* (mesmo sem com ela concordar) nos seguintes termos: "Parece conveniente, ainda, tecer alguns considerações sobre a outra teoria tripartida, denominada de *constitucionalista* por quem a defende, para não haver confusão com a tradicional teoria tripartida que exclui a punibilidade do conceito de crime, mas inclui a culpabilidade. Diz LUIZ FLÁVIO GOMES: "Somos partidários, como se vê, de um sistema tripartido, mas que é distinto do clássico 'fato típico, antijurídico e culpável'. A culpabilidade, na verdade, não faz parte da teoria do delito (do fato punível). É fundamento da pena. De outro lado, jamais existe delito (no nosso direito penal) sem a ameaça de pena (sem punibilidade)" (*Direito penal – Parte geral – Introdução*, 2. Ed, p. 85)".
5 De acordo com GUILHERME DE SOUZA NUCCI (idem, páginas 131 e 132), adotam a teoria quadripartida: BASILEU GARCIA, MUNOZ CONDE, HASSEMER, BATTAGLINI, JIMENEZ DE ASÚA, ANTÓN ONEGA, GIMBERNAT ORDEIG, GIORGIO MARINUCCI e EMILIO DOLCINI.

en estos casos de penalidad y se considera que esta categoría es también un elemento perteneciente a la Teoría General del Delito, aunque a diferencia de las anteriores es una categoría que sólo hay que indagar en algunos casos o en algunos delitos"[6].

Contudo, a maior parte dos doutrinadores pátrios entende que a punibilidade não integra o corpo da infração penal, não é elemento essencial para o seu nascedouro, para a sua ocorrência. Nesse sentido: CEZAR ROBERTO BITENCOURT (que cita JUAREZ TAVAREZ e FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO como defensores do mesmo entendimento)[7], PAULO JOSÉ DA COSTA JR.[8], JOSÉ HENRIQUE PIERANGELI[9], GUILHERME DE SOUZA NUCCI[10], ANDRÉ ESTEFAM[11], VICTOR EDUARDO RIOS GONÇALVES[12], FERNANDO CAPEZ[13], JULIO FABBRINI MIRABETE e RENATO N. FABBRINI[14], LUIZ REGIS PRADO[15] e ROGÉRIO GRECO (que cita ANÍBAL BRUNO como portador do mesmo entendimento)[16].

Não há dúvida que uma análise pragmática do sistema jurídico-criminal não permite imaginar a criação de uma infração sem a imposição de uma sanção penal. Crime sem pena é um nada. Mas não é nesse contexto que a punibilidade se enquadra. O tipo penal, de fato, é formado pelo preceito primário ou incriminador, que descreve a conduta típica, e pelo preceito secundário ou sancionador, que contém a sanção penal aplicável a tal conduta. Contudo, quanto à pena prevista abstratamente no tipo penal, ainda que praticada a conduta típica, esta poderá nunca ser aplicada, hipótese na qual a punibilidade não se concretizará; o delito estará integralizado, porém, a punibilidade não ocorrerá. GUILHERME DE SOUZA NUCCI elucida a questão:

> "(...) dizer que não há crime *sem ameaça de pena* é uma realidade, mas não por conta do fator *punibilidade* – possibilidade efetiva de que o Estado faça valer a sanção penal; afinal, a pena em abstrato está prevista no tipo penal incriminador e não na punibilidade. Se o legislador elaborar um tipo penal sem pena, ainda que o denomine como crime, é natural que se torne insignificante no campo penal, pois inaplicável e, o mais importante, tratar-se-ia de outro fugitivo do conceito material de crime; afinal, delito é o ilícito que a sociedade almeja ver punido com pena e não com qualquer outro tipo de sanção".[17]

Entendemos que a problemática em torno da inserção (ou não) da punibilidade no

6 *Op. cit.*, página 05.
7 "Ao contrário de alguns autores, não incluímos a punibilidade no conceito analítico de crime, porque aquela não faz parte do crime, constituindo somente sua consequência. Como ressalta, acertadamente, Assis Toledo, 'a pena criminal, como sanção específica do Direito Penal, ou a possibilidade de sua aplicação, não pode ser *elemento constitutivo*, isto é, *estar dentro* do conceito de crime'. Dessa forma, a eventual exclusão da punibilidade, quer por falta de uma *condição objetiva*, quer pela presença de uma *escusa absolutória*, não exclui o conceito de crime já perfeito e acabado" (*op. cit.*, páginas 24 e 25).
8 Direito Penal Objetivo. 4ª edição, Rio de Janeiro, Forense Universitária: 2006, página 171: "A *punibilidade* é uma consequência do crime, não podendo ser considerada um elemento seu, como pretendeu Giulio Battaglini. Elemento é uma condição necessária à existência de um fenômeno, sendo algo que o precede. A punibilidade, ao contrário, é um *posterius* com relação ao crime, do qual se origina. Pratica a ação delituosa, surge o direito subjetivo do Estado de impor a sanção ao infrator, direito que se expressa na chamada pretensão punitiva, impedindo a *persecutio criminis*, ou cancelando a condenação imposta".
9 Manual de direito penal brasileiro, volume 1, parte geral. 9ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, páginas 637 e 638.
10 Manual de Direito Penal, parte geral, parte especial. 3ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, páginas 161/164.
11 Direito Penal, volume 1, parte geral. 1ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010, página 158.
12 Direito penal esquematizado: parte geral. 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2013, páginas 266 e 267.
13 Curso de Direito Penal, volume 1, parte geral. 14ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010, página 134.
14 Manual de direito penal, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP. 25ª edição, São Paulo: Atlas, 2009, páginas 83 e 84.
15 Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120. 6ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, páginas 236, 237 e 705.
16 Curso de direito penal – parte geral. 4ª edição, Rio de Janeiro: Impetus, 2004, páginas 777 e 778.
17 *Op. cit.*, página 134.

conceito de infração penal reside na exata compreensão do termo *punibilidade*. Dependendo da definição dada, será alcançada uma conclusão diversa. E, nesse mesmo sentido, EUGÊNIO RAUL ZAFFARONI e JOSÉ HENRIQUE PIERANGELI buscam em vocábulos alemães a resposta para o exato sentido a ser empregado para a *punibilidade*:

> "O vocábulo 'punibilidade' tem dois sentidos, que devem ser claramente delineados: a) *punibilidade* pode significar *merecimento de pena*, ser digno de pena no sentido da palavra alemã *Strafwürdig*; neste sentido, todo delito (toda conduta típica, antijurídica e culpável) é punível, pelo simples fato de sê-lo; b) *punibilidade* pode significar *possibilidade de aplicar a pena*, no sentido da palavra alemã *Strafbar*; neste sentido, nem todo o delito é passível de aplicação de uma pena, isto é, não se pode dar a todo o delito o que teria merecido. *Nem sempre a punibilidade no sentido 'a' pode ser satisfeita no sentido 'b'. Isto não é consequência da falta de qualquer característica do delito, mas é apenas uma questão que tem lugar e opera dentro da própria teoria da coerção penal*. A afirmação de que o delito é punível (sentido *a*) surge da afirmação de que é delito, mas a coercibilidade a que esta dá lugar nem sempre ocorre, porque possui uma problemática própria e que ocasionalmente impede a sua atuação (sentido *b*)".[18]

A punibilidade é, assim, na verdade, uma consequência lógica do nascimento do crime. Pelas palavras de LUIZ REGIS PRADO, constitui "um *posterius* em relação ao delito, do que tem origem"[19]. Ela nasce, sim, concomitantemente à ocorrência da infração penal, mas dela dissociada. Analisado o sistema normativo-criminal brasileiro, em especial as causas legais que a afastam (a punibilidade), é possível concluir que a definição de punibilidade que melhor se amolda a tais normas refere-se à *possibilidade de persecução penal e de aplicação da pena*. E, considerando o atual estágio do Estado Brasileiro, que vive sob a égide do direito positivado em um sistema democrático com tripartição de poderes, havendo o monopólio estatal da aplicação da lei penal e, em consequência, das sanções penais, entendemos que a punibilidade está umbilicalmente ligada ao direito/dever que o Estado tem de adotar as medidas cabíveis para que a paz social, abalada pelo crime, seja restabelecida, para tanto, realizando a investigação pertinente, apresentando ao órgão competente uma acusação viável, desenvolvendo uma marcha processual adequada às normas previamente postas, alcançando um julgamento justo e, em caso de condenação, aplicando a sanção penal dela decorrente. Punibilidade, assim, nada mais é do que a possibilidade jurídica, no caso concreto, de aplicação da sanção penal cabível, por meio do exercício do direito de punir Estatal *lato sensu*. Não é elemento do crime. O crime é um ente jurídico de natureza própria, única, correlacionado ao direito de punir, porém, com este não confundido. Se é inequívoco que não existe possibilidade de exercício do direito de punir sem a ocorrência de uma infração penal, é certo que esta pode nascer e perdurar no tempo e no espaço sem que o direito de punir necessariamente seja exercido. E mais: a concretização do direito de punir e o alcance da punição daquele que praticou um delito exige muito mais que o nascimento de uma infração penal. Nesse aspecto há verdadeira simbiose entre o direito penal e o processual penal, uma vez que o efetivo exercício do direito de punir é condicionado não

18 *Op. cit.*, página 638.
19 *Op. cit.*, página 705.

apenas à prática de um delito, mas ao seu processamento com respeito ao devido processo legal. Nesse contexto, citamos ANDRÉ ESTEFAM:

> "*Quando a infração penal é cometida, surge para o Estado o direito de punir concreto*, ou *ius puniendi in concreto*; através dele, o Estado exige do infrator que se sujeite à sanção prevista no preceito secundário do tipo penal. É também nesse momento que surge a *punibilidade*, entendida como a *possibilidade jurídica de aplicação da sanção penal*. Observe-se, contudo, que o direito de punir concreto não é autoexecutável, tratando-se de verdadeiro *direito de coação indireta*, uma vez que sua satisfação depende da utilização de um processo penal (*nulla poena sine judicio*). Deve-se lembrar que a Constituição Federal é peremptória ao declarar que ninguém poderá ser privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (art. 5º, LIV), seja ele o clássico (do Código de Processo Penal e das leis processuais extravagantes) ou o consensual (da Lei dos Juizados Especiais Criminais)".[20]

Por outras palavras, realizada a ação ou omissão, considera-se praticado o crime (teoria da atividade, artigo 4º, do Código Penal); se a punibilidade fosse realmente seu elemento, já naquele momento o direito de punir Estatal poderia ser realizado plenamente, com a imediata imposição da sanção penal devida. É lógico que assim não ocorre. A prática do crime é tão-somente o início da caminhada estatal até o eventual alcance da imposição da pena. Ademais, existem inúmeros delitos que nascem, tornam-se maduros e assistem à própria morte do seu autor, sem que nunca tenha ocorrido o exercício do direito de punir Estatal. Existem crimes que são praticados, ou seja, nascem para o mundo jurídico, porém, em razão do transcurso do tempo, há impedimento ao exercício do direito de punir, como ocorre em hipóteses de prescrição. Como argumento de autoridade transcrevemos a lição de CEZAR ROBERTO BITENCOURT, no mesmo sentido do raciocínio empregado:

> "A punição é a consequência natural da realização da ação típica, antijurídica e culpável. Porém, após a prática do fato delituoso podem ocorrer causas que impeçam a aplicação ou execução da sanção respectiva. No entanto, não é a ação que se extingue, mas o *ius puniendi* do Estado, ou, em outros termos, como dizia o Min. Francisco Campos: 'O que se extingue, antes de tudo, nos casos enumerados, no art. 108 do projeto, é o próprio direito de punir por parte do Estado (a doutrina alemã fala em *Wegfall des staatlichen Staatsanspruchs*). Dá-se, como diz Maggiore, uma renúncia, uma abdicação, uma derrelição do *direito de punir do Estado*. Deve-se dizer, portanto, com acerto, que o que cessa é a *punibilidade* do fato, em razão de certas contingências ou por motivos vários de conveniência ou oportunidade política'. De observar-se que o crime, como fato, isto é, como ilícito penal, permanece gerando todos os demais efeitos civis e criminais, pois, uma causa posterior não pode apagar o que já se realizou no tempo e no espaço".[21]

20 *Op. cit.*, página 447.
21 Tratado de direito penal, parte geral, volume 1. 10ª edição, São Paulo: Saraiva, 2006, página 863.

Ademais, em nosso Estado de Direito atual, o direito de punir apresenta-se como monopólio estatal, devendo ser considerado, na essência, como um dever de aplicação da lei criminal em face da prática de uma infração penal, não existindo, para o Estado, liberdade de exercer ou não a aplicação e a execução das normas relativas à punibilidade. Nesse sentido explica MIGUEL REALE JÚNIOR: "Tem o Estado, por meio de seus órgãos dotados de autoridade, Ministério Público e Judiciário, o poder e um dever público de agir contra aquele que deixou de se motivar pela ameaça contida na lei penal. Não há um direito de executar o Direito frente ao infrator, mas um dever de exercitar o poder de punir".[22]

Por fim, ressaltamos que o enfoque de punibilidade acima apresentado não se refere aos conceitos de política-criminal adotados para o estudo do fato punível, empregados pela doutrina estrangeira, constatados, por exemplo, nos ensinamentos dos mestres JORGE DE FIGUEIREDO DIAS[23] (Portugal), SANTIAGO MIR PUIG [24](Espanha) e, principalmente, CLAUS ROXIN (Alemanha)[25]. A análise do fato punível, sob esta ótica, teria como premissa a exigência de regressão ao estudo profundo da teoria geral do delito, com abordagem específica das construções dogmáticas a respeito do injusto penal, o que extrapolaria (e muito) os singelos objetivos do texto agora apresentado.

3. Causas que interferem na punibilidade: condições objetivas de punibilidade, escusas absolutórias e causas de sua extinção.

O direito/dever de punir estatal não é eterno. Pode ser cessado com o atingimento da concreta punição do agente delituoso, ou seja, com o término do cumprimento da sanção penal aplicada ao caso concreto, ou em razão de causas que obstam o seu concreto alcance, nas hipóteses das denominadas causas de extinção da punibilidade, previstas tanto no Código Penal Pátrio como em legislações esparsas.

De acordo com o artigo 107, do Código Penal, as causas que obstam ou encerram o exercício do direito de punir possuem diversas origens: perda do "objeto" de censura, com a morte do agente criminoso (inciso I); desaparecimento da relevância jurídico-criminal do fato, no caso da anistia (inciso II, primeira figura); descriminalização da conduta, no caso da *abolitio criminis* (inciso III); transcurso do tempo, como nos casos da prescrição e da decadência (inciso IV, primeira e segunda figuras);

22 Instituições de Direito Penal, Parte Geral. 4ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2012, página 15.
23 O mestre Português aborda os pressupostos de punibilidade por idéias politico-criminais e dogmáticas, calcando-as em dois sustentáculos, da *dignidade penal* e da *carência de pena*, concluindo que: "Deste modo fecharia eu a doutrina geral do fato punível, considerando que este se traduz sempre num *comportamento ilícito-típico, culposo e digno de pena*" (Questões fundamentais do direito penal revisitadas, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, página 246).
24 Já o mestre Espanhol entende que "as ´condições objetivas de punibilidade afetam o *caráter penal da antijuridicidade do fato* e delas depende, pois, o *injusto penal*" e que "no tipo penal incluem-se, portanto, não só os pressupostos específicos da infração da norma primária, como também pressupostos da aplicação da norma secundária que se referem à objetiva relevância penal do fato", porém, no tocante às escusas absolutórias e às causas pessoais de exclusão ou suspensão da pena, afirma que "ao não afetarem a objetiva relevância penal do fato, não podem impedir que subsista sua antijuridicidade penal típica" e que "não excluindo nem o injusto penal nem a possibilidade de imputá-lo ao sujeito, *não impedem a configuração de um "delito"*, mas apenas, excepcionalmente, sua punição quando cometido por determinadas pessoas" (Direito penal: fundamentos e teoria do delito (tradução Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, páginas 122 e 123).
25 Como exemplo da complexidade dos estudos de ROXIN a respeito da punibilidade, transcrevemos trecho da obra de FIGUEIREDO DIAS que aborda o entendimento do renomado mestre Alemão: "Rara Roxin a inteira categoria dos autênticos pressupostos de punibilidade é dominada pela idéia básica da *prevalência de imposições de finalidades extrapenais*; é, por outras palavras, expressão que, em tais casos, uma ponderação entre imposições finais extrapenais, por um lado, e as carências de punição, por outro, conduzem a que aquelas prevaleçam sobre estas" (*op. cit.*, página 246).

falta de interesse da vítima, ou de quem a suceda, no tocante à persecução criminal, no caso da renúncia (inciso V); desídia processual na ação penal privada, no caso da perempção (inciso IV, última figura); reposição da situação fática ao estado anterior, em razão da própria conduta do autor da infração penal, no caso da retratação (inciso VI); solidariedade estatal, no caso do perdão judicial (inciso IX); e em casos de nítida política-criminal, no caso da graça e do indulto (inciso II, segunda e terceira figuras)[26]. E a análise das diversas origens das causas extintivas da punibilidade revelam serem hipóteses jurídicas externas à configuração da infração penal.

Existem outros institutos jurídicos que produzem efeitos diretos no exercício do direito/dever de punir estatal. Nesse contexto, a doutrina estuda as denominadas escusas absolutórias (causas de impunidade absoluta, condições negativas de punibilidade ou causas pessoais de exclusão da pena) que, tal como as causas extintivas da punibilidade, atuam como impedimento a este exercício, decorrem de questões político-criminais e também são alheias ao surgimento da infração penal[27], ou seja, tão-somente obstam ao *ius puniendi* e apenas podem ser consideradas se houver prévio nascimento do crime (não há razão para serem invocadas se o delito sequer existir). Denominadas também de imunidades, ocorrem no caso dos delitos contra o patrimônio cometidos sem violência ou grave ameaça, em face de vítimas menores de 60 (sessenta) anos, praticados por cônjuge na constância da sociedade conjugal e por ascendente ou descendente (artigo 181, do Código Penal, combinado com o artigo 183, do Código Penal). São, portanto, causas de impunidade decorrentes de condições pessoais, que não se aplicam a eventuais comparsas que não detiverem tais condições (artigo 183, II, do Código Penal).

Existem, também, fatos de relevância criminal que condicionam o exercício do direito de punir, as denominadas condições objetivas de punibilidade[28], que são "fatores externos à prática do delito, concomitantes a ele ou posteriores, mas condicionam o surgimento da punibilidade"[29]; decorrem de políticas criminais e "são chamadas de condições *objetivas* porque independem, para serem consideradas como condições para a punibilidade, de estarem cobertas pelo dolo do agente"[30]; "não são pressupostos do crime, pois realizam-se depois dele"[31] (nesse aspecto, ver as opiniões contrárias dos mestres espanhóis MUÑOZ CONDE, acima exposta, e Mir Puig, esta contida da nota de rodapé 24[32]); "são

26 Diversas outras causas de extinção do direito de punir estatal encontram-se no Código Penal e em leis esparsas, podendo ser citadas as previstas no artigo 34, da lei 9.249/95 (o pagamento do tributo ou da contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia), no artigo 89, parágrafo 5º, da lei 9.099/95 (decurso do prazo da suspensão condicional do processo sem revogação), no artigo 312, parágrafo 3º, do Código Penal (ressarcimento do dano no peculato culposo), no artigo 15, do Código Penal (desistência voluntária e arrependimento eficaz, que obstam a punição da tentativa), bem como nos artigos 82 e 90, ambos do Código Penal (decurso dos períodos de prova da suspensão condicional da pena, *sursis*, e do livramento condicional sem revogação), entre outras.

27 De acordo com CLEBER MASSON: "O art. 181, *caput*, do Código Penal é claro: as imunidades materiais importam na total isenção de pena ao responsável pelo delito patrimonial. O crime permanece íntegro, e subsiste a culpabilidade do agente. Não há, contudo, possibilidade de imposição de pena, pois a isenção de pena é obrigatória." (Direito penal esquematizado: parte especial – volume 2. 5ª edição, Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2013, página 699).

28 LUIZ REGIS PRADO lembra que existem doutrinadores que negam a existência das condições objetivas de punibilidade, destacando, no Brasil, o pensamento de FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO: "No Brasil, nega a existência das condições objetivas de punibilidade, por exemplo, Francisco de Assis Toledo. Assinala que os casos comumente apresentados com indicativos da existência daquelas condições ora se identificam perfeitamente com as condições de procedibilidade (condições específicas da ação penal), ora são elementos objetivos do tipo." *Op. cit.*, página 707.

29 ESTEFAM, André. *Op. cit.*, página 447.

30 MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Op. cit.*, página 366.

31 COSTA JR., Paulo José da. *Op. cit.*, página 171.

32 A definição que lançamos no texto condiz com o propósito deste artigo, ou seja, apresentar o pensamento majoritário da doutrina pátria a respeito dos temas em estudo. No entanto, na doutrina estrangeira existem diversos posicionamentos sobre a exata definição da natureza jurídica das condições objetivas de punibilidade, como ensina LUIZ REGIS PRADO (*op. cit.*, página 708): "Por um lado, tem-se que parte da doutrina vislumbra as condições objetivas de punibilidade como acontecimentos futuros e incertos, cuja realização é indispensável para a integração jurídica do delito", sendo, neste caso, a punibilidade elemento do conceito de infração penal; "De outra parte, defende-se que as condições objetivas de punibilidade integram a noção de tipo penal em sentido amplo, isto é, aquele engloba não apenas os elementos que fundamentam positivamente o injusto, mas também os que condicionam sua punibilidade", elas, portanto, pertenceriam ao tipo penal porque condicionariam sua objetiva relevância penal; e "em sentido oposto, entende-se que as condições objetivas de punibilidade pressupõem um delito completo em todos os seus elementos constitutivos, funcionando, portanto, como condicionante da aplicação concreta da pena", não constituem requisitos do delito, "mas apenas dizem respeito à imposição da sanção penal, posto que o crime já está perfeito em todos os seus elementos estruturais".

futuras e incertas, positivas ou negativas, delas dependendo a punibilidade do crime, que não fica desde logo excluída, mas apenas suspensa (*conditio pendet*)"[33]; são mais citados na doutrina como exemplos de condições objetivas da punibilidade a sentença declaratória da falência, com relação aos crimes falimentares (artigo 180, lei 11.101/2005), e os requisitos estabelecidos no artigo 7º, parágrafo 2º, do Código Penal, com relação à extraterritorialidade da lei penal brasileira nas hipóteses previstas no artigo 7º, II, e § 3º, também do Código Penal (extraterritorialidade condicionada).

4. Conclusão.

O direito de punir, no âmbito criminal, apresenta-se como dever estatal que, para ser exercido, subordina-se à ocorrência de diversos elementos fático-normativos, sendo a prática da infração penal o principal deles. Nesse contexto de exercício do *ius puniendi* insere-se o estudo da punibilidade, imprescindível para a formação da exata compreensão a respeito de teoria geral do delito. E, por meio deste trabalho, procuramos demonstrar que, na teoria geral da infração penal existem diversas questões a serem debatidas sobre o fato punível; que a doutrina pátria, em sua maioria, entende que a punibilidade é instituto jurídico diverso da infração penal, dela não sendo elemento constitutivo; que existem, na legislação criminal pátria, hipóteses que condicionam o exercício do *ius puniendi*, de modo positivo ou negativo; e que fatos alheios ao nascimento e à existência do delito podem ocorrer e ocasionar a extinção do direito/dever de punir estatal.

BIBLIOGRAFIA

- BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – Parte Geral, Volume 1. 10ª edição, São Paulo: Saraiva, 2006.
- BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. Teoria Geral do Delito. São Paulo: Saraiva, 2000.
- CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, volume 1, parte geral. 14ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010.
- COSTA JR., Paulo José da. Direito Penal Objetivo. 4ª edição, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. Questões fundamentais do direito penal revisitadas, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- ESTEFAM, André. Direito Penal, volume 1, parte geral. 1ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010.

33 COSTA JR., Paulo José da. *Op. cit.*, página 171.

- ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito penal esquematizado: parte geral. 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2013.

- GRECO, Rogério. Curso de direito penal – parte geral. 4ª edição, Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

- MASSON, Cleber. Direito penal esquematizado: parte especial – volume 2. 5ª edição, Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2013.

- MIR PUIG, Santiago. Direito penal: fundamentos e teoria do delito (tradução Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

- MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Manual de direito penal, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP. 25ª edição, São Paulo: Atlas, 2009.

- NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado, 13ª edição, 2ª tiragem, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

- NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal, parte geral, parte especial. 3ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

- PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120. 6ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

- REALE JÚNIOR, Miguel. Instituições de Direito Penal, Parte Geral. 4ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2012.

- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro, volume 1, parte geral. 9ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

TRIBUTO E MEIO AMBIENTE
PERSPECTIVAS E DESAFIOS

Emílio Gutierrez Sobrinho[1]

Patrícia Pinheiro Nogueira[2]

RESUMO: O Homem vem promovendo grandes transformações no ambiente natural do Planeta, o qual começou a sofrer maiores modificações somente após a Revolução Industrial quando um grupo de países passou a utilizar intensivamente os recursos naturais, objetivando sustentar o modo capitalista de produção e de consumo. Numa perspectiva histórica, as questões ambientais apenas muito recentemente passaram a despertar maior interesse por parte do Estado, da sociedade e dos cidadãos. O Direito Ambiental surgiu a partir da proposta de criar instrumentos jurídicos para salvaguardar o meio ambiente e assegurar qualidade de vida para as gerações presente e futuras. As questões ambientais sempre estiveram atreladas a intrincadas controvérsias políticas e econômicas. No Brasil, a legislação ambiental evoluiu paulatinamente, partindo de uma tutela meramente econômica dos recursos ambientais, passando pela proteção sanitária do meio ambiente, até finalmente estabelecer a tutela autônoma do meio ambiente através da Lei 6.938/81. Em termos de política tributária, a questão da "tributação verde" é complexa e não pode ser adotada indistintamente por todos os países e em todas as situações, mas se coloca como um instrumento adicional à proteção do meio ambiente. Os tributos ambientais podem corrigir distorções nos preços de mercado ao incorporar os custos da poluição e outros custos ambientais aos preços de produtos e serviços. Não se preconiza a adoção de "tributos verdes" como solução completa e definitiva para os problemas ambientais, mas havendo razoabilidade e proporcionalidade em sua instituição, tais exações podem ser utilizados eficientemente para desestimular práticas poluidoras e o consumo de energia "não renovável".

PALAVRAS-CHAVE: Tributos - Meio Ambiente - Reforma Fiscal Verde.

1. QUESTÕES AMBIENTAIS - BREVE HISTÓRICO

Desde os seus primórdios a Humanidade sobrevive através da exploração dos recursos naturais (água, solo, minerais, fauna, flora e ar), de modo que o Homem vem promovendo – sistematicamente, ao longo de todo o curso da História - grandes transformações no ambiente natural do Planeta.

Contudo, o meio ambiente começou a sofrer maiores modificações somente após a Revolução Industrial - no Século XVIII - quando um grupo de países passou a utilizar intensivamente os recursos naturais, objetivando sustentar o modo capitalista de produção e de consumo.

Nos séculos que se seguiram grandes inovações científicas e tecnológicas beneficiaram enormemente a Humanidade, mas também ampliaram sobremaneira a demanda pelos chamados recursos

1 Bacharel em Direito, especialista em Direito Constitucional pelas Fac. Damásio de Jesus.
2 Bióloga formada pela FFCLRP da USP e especialista pela FAMERP.

"não renováveis", finitos, cujas fontes fatalmente se esgotarão em um curto lapso de tempo, como é o caso dos combustíveis fósseis.

Por outro lado, a intervenção humana desregrada e irracional no ambiente natural tem provocado desastres ecológicos de grandes proporções e promovendo preocupantes alterações climáticas, a exemplo das decorrentes do chamado "efeito estufa".

Nesse sentido, de acordo com Rodrigues (2013, p. 655/656) foi apenas na década de 1960 que começou a ser formada uma consciência política e social relativa ao meio ambiente. Para tal autor, essa consciência não ocorreu espontaneamente, nem deveu-se a uma reflexão "altruísta" da sociedade, mas foi motivada pela manifestação dos problemas ambientais, cujos fatores de difusão foram: aumento populacional desregrado; crescimento urbano; sedimentação do capitalismo e da produção em massa; exploração do consumo e industrialização do pós-guerra.

Assim, numa perspectiva histórica, apesar de longevas, as questões ambientais apenas muito recentemente passaram a despertar maior interesse por parte do Estado, da sociedade e dos cidadãos. A despeito disso, tais questões vêm ganhando cada vez maior relevância, sobretudo em razão da percepção concreta de que a exploração irracional e descontrolada dos recursos naturais traz consequências nocivas diretas à saúde, à integridade física e à própria vida humana, predominando ainda - de certo modo - uma visão antropocêntrica em matéria ambiental.

Nesse cenário, o Direito Ambiental surgiu a partir da proposta de criar instrumentos jurídicos para salvaguardar o meio ambiente e, consequentemente, assegurar qualidade de vida para as gerações presente e futuras.

Durante o Século XX, diversos encontros internacionais discutiram questões ambientais, dentre os quais merecem relevo: a Convenção de Londres (1933) - sobre a conservação da fauna e da flora em estado natural da África; a Convenção de Washington (1940) - sobre a conservação da fauna e da flora em estado natural da América; a Convenção Internacional para a Regulação da Atividade Baleeira (1946); a Convenção de Londres de (1954) - sobre a prevenção da poluição marinha por hidrocarbonetos; Convenção de Paris (1960) sobre a fixação da responsabilidade civil em decorrência de poluição nuclear.

Contudo, o primeiro grande marco internacional em matéria ambiental foi a "Declaração do Meio Ambiente de Estocolmo", documento elaborado no âmbito da Organização das Nações Unidas em junho de 1972 e subscrito por 113 países, dentre os quais alguns denominados "desenvolvidos", que defendiam uma linha preservacionista e outros "subdesenvolvidos" ou "em desenvolvimento", os quais - por seu turno – defendiam seu direito ao progresso, ao desenvolvimento industrial e, consequentemente, à utilização de recursos naturais nos mesmos moldes dos países industrializados.

Em meio a essa discussão, havia aqueles que argumentavam que as exigências de sustentabilidade apresentadas pelos países desenvolvidos funcionavam como uma barreira aos países em desenvolvimento. Afinal, a lógica dos países “ricos” seria a de que o nível de bem estar e consumo alcançado por eles - obtido através da utilização intensa de recursos naturais - não deveria ser permitida daqui para frente, em razão da imperiosa necessidade de preservação do meio ambiente. Portanto, é importante ressaltar que as questões ambientais sempre estiveram atreladas a intrincadas controvérsias políticas e econômicas - seja no plano nacional, seja no plano internacional.

Como consequência da Conferência de Estocolmo, foi instituído pela ONU o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) em 15 de dezembro de 1972, com o objetivo de coordenar as ações internacionais de proteção ao meio ambiente e de promoção do desenvolvimento sustentável, com sede em Nairóbi, no Quênia.

Como alternativa para a solução de problemas ambientais, surgiu como proposta alternativa, a criação de um mercado de "créditos de carbono", do qual trata o Protocolo de Kyoto. Em 1992, realizou-se a Conferência Rio-92, conhecida como “Cúpula da Terra”, a qual se dedicou a fixar políticas e diretrizes para o desenvolvimento sustentável.

O grande desafio que se colocou desde então foi buscar a conciliação entre as legítimas aspirações ao desenvolvimento econômico e social das Nações com as imprescindíveis questões ambientais, o que paulatinamente levou aos conceitos de desenvolvimento sustentável, sustentabilidade e ecodesenvolvimento.

2. O SISTEMA PROTETIVO AMBIENTAL BRASILEIRO

No Brasil, a legislação ambiental evoluiu paulatinamente, partindo de uma tutela meramente econômica dos recursos ambientais, passando pela proteção sanitária do meio ambiente, até finalmente estabelecer a tutela autônoma do meio ambiente através da Lei 6.938/81 - Política Nacional do Meio Ambiente, primeira norma que considerou o meio ambiente como um direito próprio, dissociado da visão antropocêntrica anteriormente preconizada, razão pela qual a doutrina considera o mencionado diploma legal o marco do surgimento do Direito Ambiental no Brasil.

A Constituição Federal de 1988, por seu turno, consolidou esse cenário, estabelecendo o meio ambiente como um direito de estatura constitucional, regido por princípios próprios e disciplinado em um capítulo constitucional específico.

Nessa esteira, merece relevo, como princípio constitucional da ordem econômica, a defesa do meio ambiente, promovida inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.

A Constituição Cidadã também preceituou que a função social é cumprida quando a propriedade rural é explorada mediante a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente.

Por fim, vale mencionar que o Texto Maior também atribuiu ao Ministério Público a função institucional de proteção do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Completando todo o sistema normativo brasileiro que disciplina de forma direta ou indireta das questões ambientais, há importantes diplomas legais e resoluções, quais sejam:

- Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n.6.938/81);
- Lei de Ação Civil Pública (Lei n.7.347/85);
- Lei de Crimes Ambientais (Lei n.9.605/98);
- Lei de Proteção à Fauna (Lei n.5.197/67);
- Lei de Controle da Poluição (Decreto–lei n.1.413/75);

- Lei de Zoneamento Industrial (Lei n.6.803/80);
- Lei da Política Nacional de recursos Hídricos (Lei n.9.433/97);
- Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC) (Lei 9.9885/2000);
- Estatuto das Cidades (Lei n.10.257/2001);
- Lei de Gestão das Florestas Públicas (Lei n.11.284/2006);
- Lei da Mata Atlântica (Lei n.11.428/2006);
- Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei n.12.305/2010)
- Lei da Competências Administrativas Ambientais (L. Complementar n. 140/2011);
- Novo Código Florestal (Lei n.12.651/2012);
- Resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA).

3. TRIBUTAÇÃO E MEIO AMBIENTE.

De acordo com a máxima aristotélica, "conhecer é classificar", razão pela qual a tradicional divisão do Direito em ramos autônomos cumpre relevantes funções à Ciência do Direito, especialmente no diz respeito à sistematização do estudo e da propedêutica das normas jurídicas.

Contudo, a divisão do Direito em ramos jamais pode ser considerada absoluta ou insuperável, uma vez que o Direito Objetivo é uno e indivisível, compondo um sistema harmônico de normas positivadas pelo Estado que estabelecem a tutela de bens jurídicos considerados relevantes, objetivando - em última análise - disciplinar a vida em sociedade.

Destarte, o meio-ambiente é objeto da tutela de normas tipicamente, puramente ambientais, mas também de normas administrativas, de normas que versam sobre responsabilidade civil, de normas penais e - conforme será analisado na sequência - de normas tributárias.

Portanto, o Direito Ambiental e o Direito Tributário são ramos autônomos da Ciência do Direito, mas sua autonomia - didática, dogmática e estrutural - é relativa, reconhecendo-se interdisciplinariedade de diversas normas jurídicas ambientais, especialmente para o desiderato de tutelar o meio ambiente, um bem jurídicos constitucionalmente protegido.

A doutrina comumente classifica os tributos, quanto à sua finalidade, em: (i) fiscais - que são os tributos cuja função é essencialmente arrecadatória e estão voltados à prover os recursos essenciais à existência do Estado e ao desenvolvimento das atividades estatais; (ii) extrafiscais: são aqueles voltados à atividade reguladora da economia do País, vale dizer, utilizados essencialmente instrumentos de política econômica do Governo. Nessa linha, a lição de Machado (2009, p. 130):

> *O objetivo do tributo sempre foi o de carrear recursos financeiros para o Estado. No mundo moderno, todavia, o tributo é largamente utilizado com o objetivo de interferir na economia privada, estimulando atividades, setores econômicos ou regiões, desestimulando o consumo de certos bens e produzindo finalmente os efeitos mais diversos na economia. A esta função moderna do tributo se denomina função extrafiscal.*

A função extrafiscal, contudo, parece ser cada vez mais ser utilizada pelo Estado, tendo vista tendo em vista os fins de justiça social e de promoção do bem comum que devem pautar a sua atividade, de modo que os tributos extrafiscais não têm sido utilizados apenas para produzir efeitos econômicos, mas se configuram também como importantes instrumentos de políticas sociais e ambientais. Além disso, mesmo os tributos classicamente considerados fiscais, como o Imposto sobre a Renda, por exemplo, apresentam excepcionalmente certo caráter extrafiscal. As imunidades tributárias relativas aos impostos incidentes sobre o patrimônio, a renda e os serviços, previstas no artigo inciso VI, do artigo 150, da Constituição Federal, possuem nítida conotação extrafiscal de estímulo a atividades políticas e sociais (religiosas, culturais, sindicais, assistenciais) e não meramente econômicas.

A função extrafiscal do tributo visa justamente modificar um comportamento humano através de um estímulo financeiro positivo ou negativo, sem - contudo - proibir taxativamente determinada conduta.

Quanto à vinculação entre tributação ao meio-ambiente, ressalte-se o pioneirismo dos países europeus. Com efeito, a iniciativa de implementar uma reforma fiscal para promover o desenvolvimento sustentável tem sido seguida recentemente por alguns países da OCDE.

A ideia central das "reformas fiscais verdes" é reduzir os tributos incidentes sobre atividades de devem ser incentivadas, fomentadas - como trabalho, investimentos, poupança e pesquisa tecnológica - e aumentar os tributos incidentes sobre atividades que devem ser desestimuladas - como o desperdício de recursos e a poluição.

Do ponto de vista social é altamente desejável desestimular práticas poluidoras e o consumo de energia "não renovável".

Em termos de política tributária, a questão é complexa e não pode ser adotada indistintamente por todos os países e em todas as situações, mas se coloca como uma alternativa interessante, objetivando colocar-se como um instrumento adicional à proteção do meio-ambiente.

Quanto aos reflexos econômicos, os tributos ambientais, desde que instituídos criteriosamente, podem corrigir distorções nos preços de mercado, ao incorporar os custos da poluição e outros custos ambientais aos preços de produtos e serviços, simultaneamente à aplicação do "princípio do poluidor-pagador".

Tradicionalmente, no Brasil não se reconhece uma vinculação direta entre a tributação e o meio ambiente e isso se deve, fundamentalmente, à opção do legislador constituinte originário pela disposição das normas que versam sobre o Sistema Tributário Nacional no Capítulo I do Título VI (Da Tributação e do Orçamento) e pela disposição das normas que tratam de Meio Ambiente no Capítulo VI do Título VIII (Da Ordem Social).

4. CENÁRIO BRASILEIRO ATUAL.

Em um contexto histórico, a Constituição Federal Brasileira em vigor foi promulgada em 1988, quando as questões ambientais começavam a ser tratadas com maior relevância, mas a ideia de "tributos verdes" ainda não havia sido propalada.

Por essa razão, a questão ambiental vem sendo desde então tratada no Brasil administrativamente (através da concessão de licenças ambientais e da imposição de sanções administrativas fora do âmbito tributário), além, evidentemente, da tutela penal do meio ambiente e das reparações civis por danos ambientais.

Tendo optado o constituinte originário pela constitucionalização do Direito Tributário, o primeiro obstáculo a ver vencido para que se dê uma nova perspectiva acerca da tributação voltada ao meio ambiente, é a necessidade de alteração do Texto Maior por meio de Emendas Constitucionais - promovendo-se uma "reforma fiscal verde" - a fim de permitir que os entes tributantes possam instituir tributos voltados à proteção e à reparação do meio ambiente.

Nesse sentido, Emenda Constitucional nº 33, de 2001 estabeleceu que a lei que instituir contribuição de intervenção no domínio econômico relativa às atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível poderá ter alíquota diferenciada por produto ou por uso (ressaltando-se a sua função extrafiscal) e os recursos arrecadados com sua instituição serão destinados ao pagamento de subsídios a preços ou transporte de álcool combustível, gás natural e seus derivados e derivados de petróleo e também ao financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás.

Trata-se a denominada CIDE dos combustíveis, portanto, de um tributo eminentemente extrafiscal (voltado à intervenção no domínio econômico, como a própria denominação indica), mas também voltado à proteção do meio ambiente, uma vez que há a vinculação de parcela da receita arrecada com tal tributo a projetos ambientais. E mais: a possibilidade de instituir-se uma alíquota diferenciada por produto ou por uso, abre a clara perspectiva axiológica ao legislador infraconstitucional para que onere mais os combustíveis "não renováveis" ou mais poluidores, incentivando, por outro lado, a produção e o consumo dos chamados combustíveis "limpos".

Contudo, apesar de a Constituição ser taxativa quanto à vinculação do produto arrecadado com a Cide Combustíveis (para o custeio de subsídios de preços ou transporte de combustíveis, financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás e financiamento de programas de infraestrutura de transportes), até o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2925/DF, a União vinha utilizando a Cide dos Combustíveis como mera fonte de receitas destinando tais recursos ao financiamento seus gastos correntes e pagamento de juros da dívida pública, em flagrante afronta à Constituição Federal. No julgamento da aludida ADI, entretanto, o Supremo Tribunal Federal abriu importante precedente no que diz respeito à inter-relação matéria tributária e matéria financeira, ao permitir a possibilidade de controle do Poder Judiciário acerca da tredestinação da receita das Cides. Desse modo, a Suprema Corte reconheceu a inconstitucionalidade do desvio de finalidade dos recursos da CIDE Combustível, via lei orçamentária, estabelecendo que o gasto público não é um ato meramente político, mas um ato que possui estreita vinculação com fins e programas estabelecidos pela Constituição Federal.

Quanto à análise dos dispositivos da Constituição Brasileira que versam sobre matéria ambiental, vale mencionar também que o disposto no inciso VI do artigo 170 do Texto Maior, o que enuncia a defesa do meio ambiente como princípio da ordem econômica, autorizando expressamente a intervenção do Estado na atividade econômica com o fim de conferir tratamento diferenciado conforme o impacto

ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.

A despeito do sistema protetivo constitucional ao meio ambiente, frequentemente, o governo brasileiro tem adotado políticas antiecológicas, como a opção de estimular o consumo e a produção do País através da redução das alíquotas do Imposto sobre Produtos Industrializados incidente sobre veículos automotores. Tais medidas, a despeito dos inegáveis reflexos econômicos de curto prazo, agravam a situação do trânsito nas cidades, aumentam o consumo de combustíveis, agravam a poluição ambiental e requerem altos investimentos do Estado em infraestrutura, já que as vias públicas acabam não comportando tal fluxo de veículos.

Ademais, no Brasil o transporte público tem sido historicamente relegado ao segundo plano, quando poderia ter sido objeto de intensa política de incentivos fiscais, a fim de que fosse uma alternativa viável a um número muito maior de pessoas, especialmente nos grandes centros urbanos. Deveria ter sido dado maior incentivo - inclusive fiscal: à pesquisa e à produção de veículos movidos a energia elétrica e a etanol; ao transporte hidroviário de cargas; à energia eólica e solar; e muitas outras opções energéticas viáveis.

O que se constata, em verdade, é que a política tributária brasileira tem se pautado essencialmente pelo interesse fiscal, sendo os veículos e os combustíveis de extrema importância para a receita tributária de todos os entes federativos (seja através da arrecadação, seja através do repasse de recursos), apresentando uma carga tributária eleva, o que deixa pouco espaço para a aplicação de incentivos ao meio ambiente.

Além disso, existe também o problema dos grupos de pressão econômica e política junto aos governos, como os setores agropecuários, que muitas vezes são poluidores e degradam o ambiente natural, constatando-se, por vezes, um embate entre os ruralistas e ambientalistas no Congresso Nacional.

5. PROPOSTAS PARA UMA REFORMA VERDE NO BRASIL.

A questão ambiental deve ser enfrentada - fundamentalmente - através da conscientização de toda a sociedade. Os tributos, o controle e as sanções administrativos, a responsabilidade civil e penal, são medidas complementares à educação ambiental na proteção ao meio ambiente.

Desse modo, não se preconiza a adoção de "tributos verdes" como soluções completas e definitivas para os problemas ambientais.

Contudo, como já foi mencionado, os tributos podem ser utilizados eficientemente para desestimular práticas poluidoras e o consumo de energia "não renovável" e, do mesmo modo, o Poder Público pode fazer uso de redução da tributação para estimular práticas benéficas ao meio ambiente. Além disso, seria importante a vinculação da receita dos tributos "verdes" a projetos de pesquisa e desenvolvimento de produtos que reduzissem os impactos ao meio ambiente.

Nesse sentido, deve haver razoabilidade e proporcionalidade na instituição desses tributos "verdes", pois não se admite que o Estado, sob o pretexto da proteção ao meio ambiente, procure ampliar a sua arrecadação às custa do aumento da pressão fiscal direta incidente sobre a sociedade brasileira. Por

outro lado, seria uma solução anacrônica e inconstitucional a concessão do direito de poluir àqueles que cumprissem suas obrigações tributárias, especialmente considerando que há danos ambientais que não podem ser reparados, ainda que se empreguem grandes quantias em dinheiro.

Certamente a imposição tributária sobre determinadas fontes de energia pode ser um fato muito eficaz para redirecionar a oferta de energia em setores menos poluentes. Contudo, a viabilidade econômica das alternativas, no entanto continua sendo fator determinante, ressaltando-se os impactos que tais soluções podem provocar na economia do País, especialmente em relação à competitividade internacional das empresas nacionais.

Destarte, apenas a título exemplificativo, apresentam-se algumas propostas de alteração da legislação tributária, objetivando ampliar a tutela no meio ambiente no Brasil:

- ICMS e IPI: tais impostos poderiam passar a ser seletivos também quanto ao impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação – especialmente incentivando-se a utilização de produtos reciclados em processos de industrialização;

- ISS: poderiam ser previstos benefícios fiscais a contribuintes desse imposto que investissem em infraestrutura urbana e questões ambientais, recebendo os municípios repasses da União para compensar tais perdas;

- IPVA: a Constituição Federal já prevê que esse imposto poderá ter alíquotas diferenciadas em função do tipo e utilização do veículo. O texto constitucional poderia ser alterado, estabelecendo-se que o IPVA deverá ter alíquotas diferenciadas em função do tipo e utilização do veículo, especialmente levando-se em conta os aspectos ambientais;

- ITR – a Constituição Federal deveria estabelecer imunidade tributária relativamente às reservas legais e áreas de preservação permanente;

- Imposto sobre a Renda: poderiam ser concedidos incentivos fiscais a pessoas físicas ou jurídicas que apoiem projetos de proteção ambiental, ou que promovam medidas para reduzir o impacto ambiental de suas atividades, como a instalação de filtros para reduzir a emissão de partículas no ar e a reciclagem de matéria-prima.

- Cide ambiental – criação de uma Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico especificamente relacionada à exploração de atividades econômicas, impondo um tributo verde à exploração de atividades potencialmente poluidoras. Tal tributo deveria ter os seus recursos vinculados a projetos ambientais.

Por fim, é importante destacar que tanto as questões ambientais, quanto as questões tributárias estão relacionadas ao exercício da cidadania, ou seja, à forma de o cidadão fazer valer os direitos que lhe são juridicamente garantidos e também cumprir os deveres que juridicamente lhe são impostos - em prol da coletividade. Mas, muito além do âmbito jurídico, todos os seres humanos devem possuir valores morais e espirituais, como a integridade, a solidariedade, a justiça, a ética, o amor e a consciência da imperiosa proteção ao meio ambiente como a mais completa forma de prestigiar a vida da presente e das futuras gerações.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição Federal de 1988.

ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. 11ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BELTRÃO, Antônio F. G. Manual de Direito Ambiental. São Paulo: Método, 2008.

BRASIL. Constituição Federal de 1988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes Canotilho (coordenador). Introdução ao Direito do Ambiente. Universidade Aberta, 1998.

DOMINGUES, José Marcos. As taxas e os preços do Ibama. Compensação de taxas e outras Vicissitudes da TCFA. In Revista Dialética de Direito Tributário. n.º 135, São Paulo, dez./2006.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 16ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2008.

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2009.

MONTERO, Carlos E. Peralta. O fundamento e a finalidade extrafiscal dos tributos ambientais. In Fundamentos Teóricos do Direito Ambiental. coord. Maurício Mota. Rio de Janeiro: Elsevier.

PIMENTA, Carlos Rocha Ramos; LOPES, Cidália M. Mota. Os limites da tributação ambiental um estudo empírico do crédito fiscal à defesa e protecção ambiental em Portugal. In Fiscalidade. v. 13, n.º 25, Lisboa, jan./fev. 2006.

RODRIGUES,Marcelo Abelha. Direito Ambiental Esquematizado / Marcelo Abelha Rodrigues – São Paulo: Saraiva, 2013.

SOARES, Cláudia Alexandra Dias. O imposto ecológico: contributo para o estudo dos instrumentos económicos de defesa do ambiente. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

REVISTA JURÍDICA

O SABER

COMPLETAMENTE

FAECA DOM BOSCO
DE MONTE APRAZÍVEL