

DIÁLOGOS CIENTÍFICOS EM DIREITO

**PRODUÇÕES ACADÊMICAS 2021.1
VOL. VII**



ORGANIZADORES:
Camila Yamaoka Mariz Maia
José Carlos Ferreira da Luz
Marcel Silva Luz

ISBN: 978-65-5825-089-0

**DIÁLOGOS CIENTÍFICOS EM DIREITO:
PRODUÇÕES ACADÊMICAS 2021.1**

VOL. VII

**Camila Yamaoka Mariz Maia
José Carlos Ferreira da Luz
Marcel Silva Luz
(Organizadores)**

Centro Universitário – UNIESP

Cabedelo - PB
2021



CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIESP

Reitora

Érika Marques de Almeida Lima Cavalcanti

Pró-Reitora Acadêmica

Iany Cavalcanti da Silva Barros

Editor-chefe

Cícero de Sousa Lacerda

Editores assistentes

Márcia de Albuquerque Alves
Josemary Marcionila F. R. de C. Rocha

Editora-técnica

Elaine Cristina de Brito Moreira

Corpo Editorial

Ana Margareth Sarmiento – Estética
Anneliese Heyden Cabral de Lira – Arquitetura
Daniel Vitor da Silveira da Costa – Publicidade e Propaganda
Érika Lira de Oliveira – Odontologia
Ivanildo Félix da Silva Júnior – Pedagogia
Jancelice dos Santos Santana – Enfermagem
José Carlos Ferreira da Luz – Direito
Juliana da Nóbrega Carreiro – Farmácia
Larissa Nascimento dos Santos – Design de Interiores
Luciano de Santana Medeiros – Administração
Marcelo Fernandes de Sousa – Computação
Paulo Roberto Nóbrega Cavalcante – Ciências Contábeis
Maria da Penha de Lima Coutinho – Psicologia
Paula Fernanda Barbosa de Araújo – Medicina Veterinária
Rita de Cássia Alves Leal Cruz – Engenharia
Rodrigo Wanderley de Sousa cruz – Educação Física
Sandra Suely de Lima Costa Martins - Fisioterapia
Zianne Farias Barros Barbosa – Nutrição

Copyright © 2021 – Editora UNIESP

É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio. A violação dos direitos autorais (Lei nº 9.610/1998) é crime estabelecido no artigo 184 do Código Penal.

O conteúdo desta publicação é de inteira responsabilidade do(os) autor(es).

Designer Gráfico:
Mariana Morais de Oliveira Araújo

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Biblioteca Padre Joaquim Colaço Dourado (UNIESP)

D537 Diálogos científicos em direito: produções acadêmicas 2021.1
[recurso eletrônico] / Organizadores: Camila Yamaoka
Mariz Maia, José Carlos Ferreira da Luz, Marcel Silva Luz.
- Cabedelo, PB: Editora UNIESP, 2021.
270 p. ; v.7.

Tipo de Suporte: E-book
ISBN: 978-65-5825-089-0

1. Produção científica – Direito. 2. Direito -
Interdisciplinaridade. 3. Diálogos – Conhecimento científico. I.
Título. II. Maia, Camila Yamaoka Mariz. III. Luz, José Carlos
Ferreira da. IV. Luz, Marcel Silva.

CDU: 001.891:34

Bibliotecária: Elaine Cristina de Brito Moreira – CRB-15/053

Editora UNIESP

Rodovia BR 230, Km 14, s/n,
Bloco Central – 2 andar – COOPERE
Morada Nova – Cabedelo – Paraíba
CEP: 58109-303

APRESENTAÇÃO

É com enorme felicidade que apresentamos mais uma edição do livro “Diálogos Científicos em Direito”, que comporta um conjunto de textos que refletem a qualidade do ensino-aprendizagem do curso de Direito do UNIESP.

Esta obra trata de temas relevantes e atuais das Ciências Jurídicas com o objetivo de contribuir para uma educação democrática e de acesso toda a comunidade e estudiosos da área, o que se torna possível graças à proposta didático-pedagógica inovadora do nosso curso, assim como pelos alunos, quando da confecção do Trabalho de Conclusão de Curso de forma brilhante, junto ao envolvimento, compromisso com a academia e qualidade na formação de nossos docentes. É a união indissociável desses fatores que faz o sucesso do Curso de Direito do UNIESP.

Seja bem-vindo e boa leitura!

Cordialmente,

Profa. Camila Yamaoka Mariz Maia

SUMÁRIO

| | |
|---|-----|
| O INFORMANTE COMO FERRAMENTA DE COMBATE AO CRIME ORGANIZADO: Considerações sobre sua utilização e necessidade de regulamentação - Laércio Clemente de França Neto, Reinaldo Nóbrega de Almeida Júnior | 6 |
| ACUMULAÇÃO DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS SOB A ÓTICA DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO - Luan Rayan Bezerra Melo Araújo, Derly Pereira Brasileiro | 25 |
| CRIME DE ABUSO DE AUTORIDADE – LEI Nº 4.898/65 - Luércio Alves Bezerra de Lima, Albérico Santos Fonseca | 49 |
| DIREITO DO TRABALHO DA MULHER - Marcos Anderson Silva Cavalcante, Albérico Santos Fonseca | 67 |
| FEMINICÍDIO NO BRASIL: a relação entre o gênero e a violência - Mayanne Silva Alves, Mariana Tavares de Melo | 89 |
| CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DA ASSISTÊNCIA SOCIAL NO BRASIL - Rosangela Maria Ferreira da Silva do Nascimento, Derly Pereira Brasileiro | 119 |
| INFANTICÍDIO INDÍGENA ENTRE O COSTUME E A LEI - Sandy Almeida Alencar, Arnaldo Sobrinho de Moraes Neto | 137 |
| TUTELA PENAL NO DIREITO DO CONSUMIDOR - Sílvia Cardoso Maia Orientando, Mariana Tavares de Melo | 157 |
| A DIVERGÊNCIA ENTRE O PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE E A INCIDÊNCIA DO ICMS NA CONTA DE ENERGIA - José Gomes de Lima Neto, Suanderson Borges Lopes | 178 |
| CONSIDERAÇÕES ACERCA DO BENEFÍCIO CONSTITUCIONAL DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA AOS LIVROS DIGITAIS À LUZ DO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - Tainá Suziam Santana Ribeiro, José Gomes de Lima Neto | 200 |
| SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL E O ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO ESTADO DA PARAÍBA (2015 – 2019) - Tatiana Rodrigues Pereira Mendes, Arnaldo Sobrinho de Moraes Neto | 227 |
| CONTROLE E EFEITOS DO USO DE ARMA DE FOGO - Willams Adelino da Silva, Arnaldo Sobrinho de Moraes Neto | 246 |

O INFORMANTE COMO FERRAMENTA DE COMBATE AO CRIME ORGANIZADO: CONSIDERAÇÕES SOBRE SUA UTILIZAÇÃO E NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO.

Laércio Clemente de França Neto
Reinaldo Nóbrega de Almeida Júnior

RESUMO: Este trabalho tem por finalidade estudar a importância que o informante tem no contexto de auxiliar uma investigação policial, dando o trajeto necessário para não só combater o crime organizado, mas também fornecer os dados necessários que possibilite desarticular por completo uma organização criminosa. Diante disto, foram realizados estudos através de legislações existentes e doutrinadores, além de profissionais na área de segurança pública e do judiciário, com o fito de demonstrar a necessidade e a importância da criação de um estatuto jurídico do informante, de forma que garanta os direitos, deveres, responsabilidades, proteção, sigilo e até mesmo recompensas.

Palavra – chave: Investigação criminal. Organização criminosa. Informante.

ABSTRACT: *This paper studies the importance that the informant has in the context of assisting a police investigation, giving the necessary path not only to combat organized crime, but also to provide the necessary data to completely dismantle a criminal organization. In the light of this, studies were carried out through existing legislation and doctrines, as well as professionals in the area of public security and the judiciary, in order to demonstrate the necessity and importance of creating a legal status of the informant, so as to guarantee the rights, duties, responsibilities, protection, secrecy and even rewards.*

1. INTRODUÇÃO

Após o cometimento de um determinado crime, dar-se início a uma investigação policial, neste momento surgem inúmeras linhas investigativas, pois normalmente não se tem nenhuma noção do que possa ter motivado a conduta delitiva, assim como autoria, no entanto, nenhuma hipótese pode ser descartada.

Neste momento, a equipe de investigadores fica incumbida de realizar diversas diligências, de modo que possibilite esgotar cada uma dessas linhas até identificar a autoria delitiva e sua motivação, nesse interim, a figura do informante pode contribuir com uma informação dando um direcionamento à investigação, tornando a atuação policial mais célere na conclusão do procedimento investigativo.

Vale salientar também, que o informante, do mesmo modo, poderá denunciar crimes que estão na iminência de acontecer, o que levaria a uma antecipação do trabalho policial evitando a consumação do ilícito.

Importante frisar que o informante é quem norteia a ação policial indicando somente o trajeto investigativo a seguir, e nesta oportunidade, cabe a equipe de

investigação a realização de diligências no intuito de checar a veracidade das informações obtidas, se realmente está de acordo com tudo que foi verificado no conjunto de indícios e provas levantadas.

Na maioria das vezes, devido à forma de como se desdobra a investigação e em razão do serviço, o policial vai ter que lidar com informações que irão embasar e direcionar os trabalhos. Agindo como analista, é necessário fazer levantamentos por meios de fontes como sistemas composto de banco de dados e informantes, até que se conclua a busca da veracidade dos fatos.

Diante de um contexto mais complexo, no que diz respeito à investigação de uma organização criminosa, o Informante policial é de grande valia no desenrolar deste trabalho, pois é ele que fornece informações privilegiadas, aos agentes do Estado responsáveis pela investigação criminal, podendo ser participante desta organização ou mesmo uma pessoa totalmente desvinculada à atividade criminosa.

Nos tempos atuais, com o avanço e melhoria da internet, assim como o acesso e o conhecimento adquirido por criminosos dos meios tecnológicos e diante das diversas formas de comunicações, o trabalho de inteligência policial vem tendo cada vez mais dificuldades para adquirir informações e provas, pois os criminosos tem diminuído no que se refere ao uso de aparelhos telefônicos fazendo com o que a policia retome os tempos antigos de investigação, onde se valia de fontes vivas de informações, no caso o informante, para captar dados em suas investigações.

Na investigação criminal, em combate ao crime organizado e lavagem de dinheiro, dificilmente se conseguem informações consistentes sem a utilização de mecanismos ligados à atividade de inteligência policial. Nesse contexto emerge a importância de aprofundar os estudos sobre um desses mecanismos, no caso o Informante.

Essa figura é sem sombra de dúvidas uma das maiores e mais baratas fontes de informação e de elementos de informações que norteiam a investigação criminal contra o crime organizado. Apesar disso, é pouco estudada e sequer está regulamentada por lei.

Nesse contexto é que nasce a importância de estudar o instituto e demonstrar sua importância como ferramenta rápida e eficaz no combate ao crime organizado no Brasil. Além disso, almeja-se com o presente trabalho demonstrar a urgente

necessidade de sua regulamentação, trazendo aos investigadores/recrutadores maior segurança jurídica na relação com “seus” os Informantes.

2. O INFORMANTE

2.1 CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO

O Informante é um membro de um grupo social fechado (uma organização criminosa, uma comunidade indígena, um grupo social marginalizado, uma agência de segurança, etc.) que fornece informações privilegiadas sobre este grupo ou organização a uma pessoa ou outra organização que está fora do grupo. De uma maneira menos formal, um informante pode ser um membro de uma organização criminosa, um bando ou outro grupo fora da lei ou perseguido pelas autoridades civis ou militares, que dá informações às autoridades sobre o grupo em seu conjunto ou sobre alguns de seus membros.

O termo é geralmente usado dentro do meio policial, em que são oficialmente conhecidos como informantes confidenciais ou informantes criminais, e muitas vezes podem se referir pejorativamente ao fornecimento de informações sem o consentimento de outras partes com o intuito malicioso, pessoal ou ganho financeiro. No entanto, o termo é usado em política, indústria e academia.

O serviço investigativo se dá na colheita das informações, que são obtidas de diversas formas. Uma figura conhecida e de grande importância é o informante, que na maioria das vezes fornece elementos com algum interesse. Há exemplos de traficantes que entregam outros traficantes para tirar proveitos da situação; Outros acreditam que, contribuindo com a polícia, ficaria imune a ação de policiais. Mas há aquelas pessoas que querem ver as atividades criminosas distantes de suas residências ou local de trabalho, e por isso acabam passando as informações.

O informante pode contribuir de forma eventual ou permanente. Eventual, quando vê algo de que suspeita ou tem certeza da ilicitude, neste caso o informante procura ou telefona para a polícia para passar informação, ou até mesmo, quando o informante conhece algum policial, pode procura-lo seja no local de trabalho como na residência deste. Muitas vezes o informante liga para a delegacia ou para os programas de disque denúncias de forma anônimas.

Mas há também os informantes que contribuem de forma permanente, seja pelo motivo de conhecer os sujeitos relacionados ao crime, ou pelo fato de o crime acontecer no meio onde vive. Mas claro que isso são pequenos exemplos, pois há diversos fatores que levam uma pessoa a ser informante, por isso deve-se ter muito cuidado e saber filtrar toda e qualquer informação transmitida para a força policial. Não pode acreditar em tudo de imediato, mas também não desmerecer nada antes de checar as informações.

O informante, geralmente, fideliza suas informações a algum policial de sua confiança, com isso, é muito provável ele não fale esteja acompanhado de outro policial.

A experiência indica que a existência de informantes é uma prática habitual em investigações de narcotráfico. Ainda que seja mencionada tangencialmente em algumas legislações, é comum que o trato com os informantes seja mantido no âmbito das agências policiais.

Precisamente a circunstância de que os contatos com os informantes sejam realizados exclusivamente no âmbito policial, gera dificuldades na hora de querer introduzir seu testemunho nos julgamentos ou de verificar a licitude ou credibilidade dos dados que aporta.

Além disso, com relação à figura do informante, que exige uma importante dose de transparência para assegurar sua efetividade, recomenda-se aos membros da AIAMP o uso desta técnica especial de investigação e o impulso de uma regulação legal que permita um uso adequado e evite o uso fraudulento de informações pelos interessados em obter vantagens processuais ou punitivas.

Por outro lado, para garantir a transparência, seria conveniente criar registros, fichas ou formulários dos colaboradores nos que conste o consentimento para participar neste tipo de técnicas, além de facilitar a transparência no que diz respeito a sua atuação dentro da investigação.

2.2 RECRUTAMENTO

Esta técnica se baseia em incentivos, e estes mudam conforme o tipo de pessoa a ser abordada e o próprio contexto sociocultural. A teoria de cognição social de Bandura é de grande valia para se entender os fatores cognitivos, ambientais e

comportamentais da criação de um determinismo recíproco, na qual se baseia o recrutamento, que consiste em uma atividade realizada para convencer uma pessoa não pertencente à organização em que o recrutador trabalha, chamada de agente não orgânico, a colaborar. Nomes como Richard Pollard, Ana Montes, Aldrich Ames e Robert Hanssen são apenas alguns exemplos de ações bem-sucedidas de recrutamento.

No contexto da Segunda Guerra, pessoas eram exortadas a agirem para o vazamento de informações e conduzirem ações clandestinas em nome do patriotismo. O orgulho nacional era o maior incentivo para se conseguir cooptar uma pessoa. Já durante a Guerra Fria, o foco mudou para atores estatais que tinham o posicionamento profissional e o acesso para exporem informações sensíveis. Naquele cenário, os elementos de convencimento explorados eram basicamente quatro: dinheiro, ideologia, chantagem e ego.

O dinheiro, ou o que ele poderia prover tanto para a pessoa de interesse ou para a sua família ou pessoas próximas, vem a ser uma recompensa de curto prazo. O lado negativo dessa modalidade está na possibilidade da pessoa abordada se vender para quem paga mais, ou ser apenas uma recipiendária de “bolsa-informação”: receber a quantia acordada, mas sem sequer prover qualquer informação de interesse ou mesmo útil.

Já a ideologia é vista como muito mais perigosa pela área de contra inteligência. Pessoas impulsionadas por fortes convicções, somadas a intensas emoções, devem receber apoio constante para que seu fanatismo seja alimentado, bem como seja mantido o fluxo de informações.

O elemento de chantagem normalmente pode ser usado quando uma pessoa comete um erro dentro da organização na qual trabalha, ou em sua vida pessoal, e, buscando repará-lo ou minimizar suas consequências, busca apoio de outro grupo, colocando como moeda de troca as informações que estão de imediato ou em potencial a seu alcance.

Pessoas assim coagidas a cooperar raramente tornam-se bons agentes, posto que se tornam nervosas ou vingativas, desejando fazer apenas o necessário para escapar de alguma punição por seus erros. Dependendo do cenário, é possível que o cooptado traia ou tome ações violentas contra o recrutador.

De todos os elementos de convencimento, o ego parece ser o mais prevalente. Reforçar a autoestima de um potencial agente pode ser muito útil para manter sua produtividade. Como parte dessa dinâmica, um recrutador frequentemente encontra um desejo de vingança ou retaliação como motivador.

Adicionalmente, a estrutura sistemática básica para o recrutamento consiste em identificar a necessidade de informação, assinalar um potencial alvo, determinar se este tem o acesso à informação desejada, definição do tipo de recrutamento, aproximação e abordagem da pessoa de interesse, designação de tarefas, e, eventualmente, dispensa. Conforme aduz o delegado Celso Moreira Ferro Júnior, o encarregado do recrutamento verifica a informação operacional que acumulou sobre a pessoa, incluindo posição e extensão de contatos sociais, relacionamentos – especialmente os que incluam atividades em grupo, e os serviços utilizados por ela.

2.3 COLABORADORES DA INVESTIGAÇÃO

As denominações dadas pelas diversas legislações (arrependido, informante, colaborador eficaz, denúncia com recompensa, etc) dificulta uma compreensão homogênea do instituto. Além disso, observa-se uma diferente consequência do tratamento das penas a impor pela sua atuação, que vão desde a aplicação de nenhuma perseguição contra ele sob as figuras do arquivamento, a aplicação de critérios ou princípios de oportunidade a redução da pena, todas elas com o amparo em critérios de política criminal existentes em cada país.

Membros do Ministério Público devem ser rigorosos na hora de avaliar a aplicação dos benefícios, de forma que possa evitar, entre outros problemas, que novos delitos se transformem em provocação ou instigação para cometer outros atos de narcotráfico.

É de suma importância também regular de maneira detalhada esta figura, com o objetivo de evitar situações que possam derivar em possibilidades de corrupção por parte daqueles que contatam ou recrutam o informante, isto é, os órgãos de segurança. De fato, as motivações pelas quais um terceiro pode tomar conhecimento de maneira frequente acerca das atividades de tráfico que realizadas por terceiros pareceriam estar vinculadas, de maneira inicial, ao altruísmo, converter-se em um cidadão exemplar. Entretanto, a experiência neste assunto permite

minimizar as motivações nobres e concluir que o informante geralmente e de maneira sobreposta mantém certos graus de contato com o mundo da delinquência. Por isso, em seu “recrutamento” torna-se imprescindível a manutenção da transparência dos procedimentos policiais.

Mecanismos como preservar sua identidade e atuar sob códigos conhecidos pela Polícia e pelo Ministério Público, permitiriam por um lado, incrementar a transparência da informação, evitar a exposição de sua identidade, conseguindo, também, por outro lado, manter um elevado grau de controle sobre as atividades realizadas por ele e, assim, evitar uma dupla atividade “informante-delinquente”, que certamente geraria uma dúvida mais que razoável sobre a credibilidade das pessoas que atuam nesta seara.

3. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

Diante da atual dificuldade do Estado em combater os grupos criminosos organizados, eis que surge a Lei 12.850/2013, onde traz no parágrafo 1º do artigo 1º, de forma inédita, a definição da organização criminosa, dispondo ainda sobre a investigação criminal deste grupo, além de discorrer em seus artigos temas voltados a natureza penal e processual penal.

Art.1º,§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Para haja uma tipificação que se enquadre como organização criminosa, uma das características que a defina é a divisão de tarefas entres os integrantes, o que se revela problemática na investigação policial, pois é necessário que se apure de qual forma o grupo criminoso está organizados, definindo assim a tarefa de cada um, todos com o mesmo objetivo de cometer determinado crime, visando obter vantagens de qualquer natureza.

A investigação de uma organização criminosa um alto grau de complexidade, onde que o agente deve estar atento para não perder a linha de investigação, e

ainda poder juntar a peças do quebra cabeça de forma que seja definido um organograma mostrando como os integrantes criminosos estão organizados.

Para que haja êxito em uma investigação relacionada a organizações criminosas, a referida lei elencou, em seu artigo 3º, uma série de permissões e meios para obtenção de provas de extrema importância, porém deixou a desejar quando, neste rol, não incluiu o uso do informante, como outro meio de suma importância e de grande possibilidade de lograr êxito em uma investigação com alto grau de complexidade.

Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:

I - colaboração premiada;

II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos;

III - ação controlada;

IV - acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais;

V - interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica;

VI - afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica;

VII - infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11;

VIII - cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

Contudo, dentre elas está uma técnica de investigação, que seria similar a de um informante, que é a infiltração de policiais no grupo criminoso investigado, conforme consta em seu inciso VII do referido artigo: “VII - infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11;”.

A atividade de infiltração de agentes de polícia está regulamentada no artigo 10º desta mesma legislação, onde discorre todos os procedimentos e permissões que deve ser seguido. Dentre estas, vale salientar que tal medida só é permitida, mediante autorização judicial, acompanhado do segredo de justiça, e depois de esgotadas todos os outros meios de investigações, inclusive posterior à interceptação telefônica, isso devido o alto risco que os agentes infiltrados correm.

Art. 10. A infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação, representada pelo delegado de polícia ou requerida pelo Ministério Público, após manifestação técnica do delegado de polícia quando solicitada no

curso de inquérito policial, será precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites.

§ 1º Na hipótese de representação do delegado de polícia, o juiz competente, antes de decidir, ouvirá o Ministério Público.

§ 2º Será admitida a infiltração se houver indícios de infração penal de que trata o art. 1º e se a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis.

§ 3º A infiltração será autorizada pelo prazo de até 6 (seis) meses, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que comprovada sua necessidade.

§ 4º Findo o prazo previsto no § 3º, o relatório circunstanciado será apresentado ao juiz competente, que imediatamente cientificará o Ministério Público.

§ 5º No curso do inquérito policial, o delegado de polícia poderá determinar aos seus agentes, e o Ministério Público poderá requisitar, a qualquer tempo, relatório da atividade de infiltração.

É possível notar a preocupação do legislador, conforme expresso no artigo 14º da lei em epígrafe, em proteger de alguma forma o agente de polícia que desempenha a atividade investigativa na forma de infiltrado, demonstrando, assim, reconhecer o alto grau de periculosidade irá correr aquele, atuando nesta condição de trabalho, e por isso elenca uma rol de direitos para este.

Art. 14. São direitos do agente:

I - recusar ou fazer cessar a atuação infiltrada;

II - ter sua identidade alterada, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 9º da Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999, bem como usufruir das medidas de proteção a testemunhas;

III - ter seu nome, sua qualificação, sua imagem, sua voz e demais informações pessoais preservadas durante a investigação e o processo criminal, salvo se houver decisão judicial em contrário;

IV - não ter sua identidade revelada, nem ser fotografado ou filmado pelos meios de comunicação, sem sua prévia autorização por escrito.

3.1 CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA O CRIME ORGANIZADO TRANSNACIONAL

Trata-se de um Decreto Lei nº 5.015/2004 que Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, com objetivo da cooperação entre países para combater o crime organizado transnacional, ou seja, aqueles que ultrapassam fronteiras de país praticando diversos tipos de crimes de forma organizada.

Diversas atividades ilícitas podem ser enquadradas no crime organizado, como tráfico de drogas, lavagem de dinheiro, tráfico de pessoas, tráfico de armas de fogo, entre outros. Esses tipos de crimes têm suas consequências, tais como:

mortes violentas, problemas de saúde relacionada à dependências de drogas, crimes patrimoniais para custear o vício, mortes por armas de fogo contrabandeadas, etc.

Por isso, 178 países através dessa convenção, se tornaram parceiros no combate ao crime organizado. Nela veio diversos protocolos importantes que vão desde o combate ao tráfico em geral, proteção a vítimas e aplicabilidade e atenção aos direitos humanos.

Vale destacar nessa convenção, o artigo 26, e itens 1, 2, 3, 4 e 5, que trata das medidas para intensificar a cooperação com as autoridades competentes para a aplicação da lei, ou seja, cada Estado ficará responsável para encorajar pessoas que participe ou tenha participado de crime organizado a fornecer informações que seja uteis as autoridades competentes para efeito de investigação e produção de provas. Veja que na própria convenção, conforme artigo citado, entre outras linhas, se refere ao informante ou colaborador como uma ferramenta importante para a investigação e produção de provas para combater o crime organizado, ficando inclusive facultada aos Estados parceiros, a possibilidade de diminuição de penas aos colaboradores, como a imunidade para aqueles que cooperarem de forma substancial para investigação ou julgamento dos autores de uma infração prevista nesta convenção. Além disso, é garantida a proteção dessas pessoas conforme o artigo 24 desta convenção, que trata da proteção às testemunhas.

Artigo 26,

1. Cada Estado Parte tomará as medidas adequadas para encorajar as pessoas que participem ou tenham participado em grupos criminosos organizados:

a) A fornecerem informações úteis às autoridades competentes para efeitos de investigação e produção de provas, nomeadamente

i) A identidade, natureza, composição, estrutura, localização ou atividades dos grupos criminosos organizados;

ii) As conexões, inclusive conexões internacionais, com outros grupos criminosos organizados;

iii) As infrações que os grupos criminosos organizados praticaram ou poderão vir a praticar;

b) A prestarem ajuda efetiva e concreta às autoridades competentes, susceptível de contribuir para privar os grupos criminosos organizados dos seus recursos ou do produto do crime.

2. Cada Estado Parte poderá considerar a possibilidade, nos casos pertinentes, de reduzir a pena de que é passível um argüido que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na presente Convenção.

3. Cada Estado Parte poderá considerar a possibilidade, em conformidade com os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico interno, de conceder imunidade a uma pessoa que coopere de forma substancial na

investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na presente Convenção.

4. A proteção destas pessoas será assegurada nos termos do Artigo 24 da presente Convenção.

5. Quando uma das pessoas referidas no parágrafo 1 do presente Artigo se encontre num Estado Parte e possa prestar uma cooperação substancial às autoridades competentes de outro Estado Parte, os Estados Partes em questão poderão considerar a celebração de acordos, em conformidade com o seu direito interno, relativos à eventual concessão, pelo outro Estado Parte, do tratamento descrito nos parágrafos 2 e 3 do presente Artigo.

3.2 A LEI DE LAVAGEM DE DINHEIRO

Conforme mostra o na Lei 9.613/98, alterada pela Lei 12.683/2012, em seu art 1º, parágrafo 4º, o crime organizado e lavagem de dinheiro são temas que estão intimamente ligados, de forma que, torna-se impossível falar de um sem entrar no mérito do outro. Por isso foi sancionada a Lei 12.683/2012, que visa tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro.

Art. 1º, § 4º A pena será aumentada de um a dois terços, se os crimes definidos nesta Lei forem cometidos de forma reiterada ou por intermédio de organização criminosa. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)

Na leitura das organizações criminosas, é certo encontrar uma ligação com a lavagem de dinheiro, sempre com a finalidade de esconder os lucros oriundos das infrações penais, e reintegrá-los com a aparência de lícito, como se fosse vindo de algum ramo empresarial.

Modernamente as organizações criminosas, destacam-se pela administração e aquisição de negócios lícitos como forma de investir os ganhos ilícitos, otimizando-os, e, sobretudo, tornando-os “limpos”, inclusive como estratégia para a prática de ilícitos mais sofisticados, tais como os crimes contra a economia popular, o sistema financeiro e a ordem tributária, tradicionalmente cometidos por criminosos de “colarinhos brancos”. (SANTOS, 2005).

Com essa aproximação entre a lavagem de dinheiro e o crime organizado, ambos tem o mesmo grau de dificuldade na investigação e elucidação. Por isso, com o objetivo de maximizar a elucidação dos crimes de lavagem de dinheiro, os órgãos responsáveis pela investigação utilizam-se de modalidades semelhantes às usadas na lei de crimes organizados, na maioria dos casos são iguais. Além disso, há também o auxílio à polícia judiciária vinda de alguns órgão governamentais e

privados que são capazes de identificarem os autores, assim como produzirem provas materiais (documentos) nesse tipo de crime.

O instituto da colaboração premiada, conforme expresso na Lei 9.613/2018 no artigo 1º, parágrafo 5º, é também muito utilizado nestes tipos de crimes, e no momento atual, é a mais comentada e debatida por muitos operadores do direito devido a onda de investigações e prisões de políticos envolvidos em organizações criminosas com o fito de desviar dinheiro público. Sabe-se que tal prêmio ocorre se o criminoso o criminoso cooperar de maneira voluntária e oportuna, e as informações devem ser suficientes para dismantelar toda a organização delitiva.

Art.1º, § 5o A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)

O autor Alberto Silva Franco conceitua a colaboração premiada como:

(...) Dá-se o prêmio punitivo por uma cooperação eficaz com a autoridade, pouco importando o móvel real do colaborador, de quem não se exige nenhuma postura moral, mas antes, uma atitude eticamente condenável. Na equação "custo-benefício", só se valora as vantagens que possam advir para o Estado com a cessação da atividade criminosa ou com a captura de outros delinquentes, e não se atribui relevância alguma aos reflexos que o custo possa representar a todo o sistema legal enquanto construído com base na dignidade da pessoa humana. (FRANCO, Alberto Silva, 1992)

A pessoa que adquire o instituto da colaboração premiada por delatar todo esquema de uma organização de lavagem de dinheiro é diferente da pessoa do informante em estudo neste trabalho, pois aquele se encontra na condição de indiciado, investigado e o este pode até ter algum envolvimento porém fornece todas as informações necessárias para a elucidação do crime investigado.

Diante do exposto, mais uma vez ressalta-se a importância da participação do informante nesses tipos de investigação, haja vista que na maioria das vezes o colaborador está infiltrado na organização criminosa, e tem a visão de como o grupo está organizado, assim como suas divisões de tarefas e atividades desenvolvidas por ela, com o intuito de cometer determinado e planejado crime.

3.3 OUTRAS LEGISLAÇÕES VIGENTES VOLTADAS AO ACESSO ÀS INFORMAÇÕES, SIGILO DA FONTE E PROTEÇÃO ÀS TESTEMUNHAS

Dentre outros, um aspecto fundamental que deve ser abordada em futura regulamentação do tema é a garantia de sigilo da identidade do informante. Tal regulamentação possui como fundamento constitucional principal o art. 5º, XIV, CR/88, que assegura o sigilo da fonte da informação, senão vejamos: “Art. 5º. (...) XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”.

O sigilo da fonte é necessário, conforme exigido pela norma constitucional, em decorrência de duas circunstâncias jurídico-pragmáticas: (I) a essencialidade dos dados relatados pelo informante para a investigação de atos de corrupção e, portanto, para que o Ministério Público desempenhe de forma adequada suas atribuições constitucionais; e (II) a usual indisponibilidade do informante em relatar as informações de que dispõe sem que lhe seja garantido que sua identidade não será revelada.

A proteção no que se refere ao sigilo dos dados é prerrogativa constitucional, dessa forma, é assegurado ao policial o direito de não revelar a identidade do seu informante, salvo raras exceções, sendo elas a garantia da própria segurança pública e a proteção/preservação da sociedade, conforme garante a Constituição Federal em seu art. 5º, XXXIII:

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:

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; (Regulamento) (Vide Lei nº 12.527, de 2011)

Logo, o sigilo da informação, ao mesmo tempo em que pode ser um direito de quem informa, também pode um dever de quem a recebe, pois a depender do caso, o anonimato de tais dados pode ser imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Diante de uma análise sobre o art. 207 do Código de Processo Penal, e voltada na visão policial, é possível perceber, que este agente de segurança pública,

quando no exercício da função, recebe notícia de crime e consegue chegar à autoria, o mesmo está desobrigado a indicar, em depoimento, a identidade de quem o auxiliou com aquela informação, e, mesmo que o informante autorize a divulgação da sua identidade, o policial tem a faculdade de informar, já que deve analisar todo o risco que o informante possa a ter com a publicidade do seu nome.

Art. 207. São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho.

Vale saliente que na Lei 12.527/11, em seu artigo 23, VIII, o legislador demonstra a preocupação que diz respeito o acesso à informação e garante, de forma imprescindível, à segurança da sociedade, a classificação de informação que possam instabilizar, ou até mesmo comprometer o trabalho inteligência, bem com atrapalhar o andamento de uma investigação, que estejam relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações.

Art. 23. São consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado e, portanto, passíveis de classificação as informações cuja divulgação ou acesso irrestrito possam:

[...]

VIII - comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações.

A Lei 9.883/99 institui o Sistema Brasileiro de Inteligência e cria a ABIN (Agência Brasileira de Inteligência), diz no seu parágrafo único do art. 3º:

Art. 3º Parágrafo único. As atividades de inteligência serão desenvolvidas, no que se refere aos limites de sua extensão e ao uso de técnicas e meios sigilosos, com irrestrita observância dos direitos e garantias individuais, fidelidade às instituições e aos princípios éticos que regem os interesses e a segurança do Estado.

É notória a preocupação do legislador em deixar evidente que as atividades de inteligência serão desempenhadas de forma técnica, estando sempre atentos no que diz respeito ao sigilo, assim como os direitos e garantias individuais.

Interpretando o artigo 3º, pode-se observar que, no trabalho investigativo, em que agentes de inteligência se valem de informações oriundas de informantes, não ficam estes obrigados a revelar a identidade daquele que colaborou com a investigação.

Já a Lei 13.608/18, que dispõe sobre o serviço telefônico de recebimento de denúncias e sobre recompensa por informações que auxiliem nas investigações

policiais, expressa no seu artigo 3º: “O informante que se identificar terá assegurado, pelo órgão que receber a denúncia, o sigilo dos seus dados”. Verifica-se ainda na referida lei, a garantia de total sigilo dos dados daquele que prestou serviço ao órgão responsável pela coleta das informações.

Nesta mesma lei, em seu artigo 4º somado ao parágrafo único, expressa a possibilidade da União, Estados, Distrito Federal e os Municípios, oferecer recompensas, podendo ser até valores em espécie, para aqueles que fornecerem informações que sejam úteis na prevenção, repressão ou apuração de crimes e ilícitos administrativos.

Art. 4º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, no âmbito de suas competências, poderão estabelecer formas de recompensa pelo oferecimento de informações que sejam úteis para a prevenção, a repressão ou a apuração de crimes ou ilícitos administrativos. Parágrafo único. Entre as recompensas a serem estabelecidas, **poderá ser instituído o pagamento de valores em espécie.**

O artigo 5º dessa mesma legislação altera o artigo 4º da Lei 10.201/2001, que institui o Fundo Nacional de Segurança Pública – FNSP, passando a vigorar com o acréscimo dos incisos VI e VII, conforme abaixo:

Art. 5º O caput do art. 4º da Lei nº 10.201, de 14 de fevereiro de 2001, passa a vigorar acrescido dos seguintes incisos VI e VII:

Art. 4º

.....

VI - serviço telefônico para recebimento de denúncias, com garantia de sigilo para o usuário;

VII - premiação, em dinheiro, para informações que levem à resolução de crimes.

O Disque Denúncia é um canal de comunicação que a função recebe e enviar denúncias da população à polícia sem a necessidade de se identificar.

Da mesma forma deverão ser tratadas as informações prestadas pelo informante à polícia, ou seja, o policial deverá resguardar o sigilo da fonte.

Independentemente de onde a informação tenha surgido, Disque-Denúncia ou Informante, o importante é que a polícia consiga chegar a autoria de um crime, o levando em consideração a efetividade da informação que contribuiu para o combater à criminalidade, não se importando, dessa forma, a origem da notícia que culminou na prisão de marginais.

O Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, que promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia Geral das Nações

Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003, traz em seu artigo 33 a seguinte redação:

Art. 33 Cada Estado Parte considerará a possibilidade de incorporar em seu ordenamento jurídico interno medidas apropriadas para proporcionar proteção contra todo trato injusto às pessoas que denunciem ante as autoridades competentes, de boa-fé e com motivos razoáveis, quaisquer feitos relacionados com os delitos qualificados de acordo com a presente Convenção.

Da mesma forma que existe uma Lei nº 9.807/1999, conhecida por PROVITA, que protege as pessoas que estão nas condições de testemunhas ou vítimas, deveria existir também para aqueles que estão agindo como informantes de forças policiais, haja vista que ambos os personagens estão sendo fontes de informação, porém só muda o papel de cada um, mas os riscos de quem denuncia uma organização criminosa são os mesmos.

Essa lei, conforme artigo 1º, parágrafo 1º, vai tratar, especificamente, os meios possíveis para aquelas pessoas, vítimas ou testemunhas, de forma que estejam resguardadas através de ajuda, seja da União, dos Estados ou do Distrito Federal, sempre que se sentirem ameaçadas diante de uma colaboração prestada à justiça.

Art. 1º As medidas de proteção requeridas por vítimas ou por testemunhas de crimes que estejam coagidas ou expostas a grave ameaça em razão de colaborarem com a investigação ou processo criminal serão prestadas pela União, pelos Estados e pelo Distrito Federal, no âmbito das respectivas competências, na forma de programas especiais organizados com base nas disposições desta Lei.

§ 1º A União, os Estados e o Distrito Federal poderão celebrar convênios, acordos, ajustes ou termos de parceria entre si ou com entidades não-governamentais objetivando a realização dos programas.

Assim como a colaboração, diante das informações passadas por um informante é fundamental no inquérito policial, é também a vítima e a testemunha no processo criminal. Porém, o informante que não tem nenhuma proteção regulamentada por parte do Estado, pode sofrer represálias daqueles que estão sendo denunciados, ficando dessa forma vulnerável, podendo perder a própria vida.

Tal programa de proteção é necessário nos tempos atuais, pois como muito se tem visto, nos cometimento dos crimes, o medo domina de tal modo que o silêncio é tido como um meio de sobrevivência. Imagina para aqueles que estão delatando, colaborando, como é o caso do informante, e sem nenhum amparo Estatal. Neste caso, se faz necessário a inclusão de proteção e amparo na

legalização do informante como ferramenta de combate ao crime organizado, de forma que venha garantir sua integridade e sobrevivência, não só dele como de sua família.

4. CONCLUSÃO

A figura do informante, sua utilização, como se sabe, é corriqueira na atividade investigativa policial. Denúncias anônimas acontecem diariamente. O que se discute é a necessidade de criação de um estatuto jurídico do informante, de forma que garanta os direitos, deveres, responsabilidades, proteção, sigilo e até mesmo recompensas.

Projeto de lei nesse sentido já foi discutido entre o MPF e o senador Ricardo Ferraço. O objetivo é facilitar a investigação do Ministério Público e da Polícia. Outro está sendo preparado pela Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e Lavagem de Dinheiro (Encla). O deputado Onyx Lorenzoni (DEM-RS) disse que o assunto entrou no radar da Comissão Especial de Combate à Corrupção, que discute várias medidas propostas pelo Ministério Público, com apoio popular.

A criação de uma legislação precisa e moderna disciplinando a figura do informante se mostra inadiável para que se viabilize a institucionalização de tal prática, notadamente na esfera da Polícia Judiciária. Só assim nossos investigadores poderão atuar dentro da legalidade e respeitando os ditames constitucionais na captação das informações junto aos Informantes, o que possibilitará uma investigação criminal mais efetiva no combate ao crime organizado.

Fato é que, atualmente, é praticamente impossível o policial captar informações do informante, em especial aquele que tem total conhecimento do esquema criminoso, sem que transgrida de alguma forma preceito legal, ético ou funcional. Tal informalidade – para não dizer, muitas vezes, ilegalidade – só será afastada com a criação de uma legislação que discipline os limites, a forma, os meios, o recrutamento, sigilo e, em alguns casos, como as “recompensas” serão paga aos Informantes.

É notório que diversas legislações norteiam sobre assuntos que tratam de peculiaridades voltadas aos informantes e colaboradores, assim como os manuseios e cuidado das informações e principalmente a garantia da fonte, mas até o momento não há algo que regulamente a utilização e participação, limites e formas de custeio,

pois se trata de uma ferramenta de combate ao crime organizado de extrema importância, dentre outros, por isso a necessidade de um amparo legal, tanto no que se refere ao próprio colaborador quanto ao policial que está em contato direto com este.

REFERÊNCIAS

ANSELMO, Márcio Adriano. **Colaboração Premiada: O novo paradigma do processo penal brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro. Editora M. Mallet, 2016.

ASSOCIAÇÃO IBERO-AMERICANA DE MINISTÉRIOS PÚBLICOS. **Guia de boas práticas: luta contra o tráfico de drogas** = Guia de buenas prácticas: lucha contra el tráfico de drogas / Associação Ibero-americana de Ministérios Públicos, Cooperación Española. – Brasília: MPF-PGR, 2013. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/publicacoes/docs/guia-de-boas-praticas-luta-contra-o-trafico-de-drogas-portugues>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

BLITZDIGITAL. **O recrutamento de informante (X-9) na atividade policial**. 2014. Disponível em: <<https://blitzdigital.com.br/artigos/a-importancia-do-recrutamento-na-pm/>>. Acesso em: 23 mar. 2018.

Decreto nº 5.015/2004, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm> Acesso em 28/05/2019.

DIAS, Wagner Dias. **Organização Criminosa**. Disponível em: <<https://www.infoescola.com/direito/organizacao-criminosa/>> Acesso em 25/05/2019.

GOMES, Luiz Flavio. **Informante de boa-fé (wistleblower): pela regulamentação do wistleblowing no Brasil**. Informante ganhou US\$ 30 milhões nos EUA. 2016. Disponível em: <<http://luizflaviogomes.com/informante-de-boa-fe-wistleblower-pela-regulamentacao-do-wistleblowing-no-brasil-informante-ganhou-us-30-milhoes-nos-eua/>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

GUALTIERE, Lucas de Moraes. CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. **Pelo MP: O informante confidencial como instrumento de combate à corrupção**. Disponível em: <<https://www.jota.info/especiais/pelo-mp-o-informante-confidencial-como-instrumento-de-combate-corrupcao-29032016>>. Acesso em: 23 mar. 2018. 10

JUNIOR, Humberto Luiz de Souza Lima (Delegado da Polícia Civil de Pernambuco). **Atuação do informante na investigação policial e o sigilo da sua identidade diante do relevante interesse público**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,atuacao-do-informante-na-investigacao-policia-e-o-sigilo-da-sua-identidade-diante-do-relevante-interesse-publ,591602.html>> Acesso em: 07 mar. 2019.

JUSBRASIL. **Colaboração como informante**. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/busca?q=COLABORA%C3%87%C3%83O+COMO+INFORMANTE>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

Lei 13.608/2018, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13608.htm> Acesso em 22/05/2019.

Lei 12.527/2011, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm> Acesso em 22/05/2019.

Lei 9.807/1999, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9807.htm> Acesso em 25/05/2019.

LIMA, César de Lima. Publicado por Canal Ciências Criminais. **Diferença entre organização Criminosa e associação criminosa**. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/295963496/qual-e-a-diferenca-entre-organizacao-criminosa-e-associacao-criminosa>>.

MOREIRA. Jussara Carla Bastos. Inteligência **Policial Como Meio de Prova**: Considerações Sobre Sua Utilização. *Revista Segurança e Cidadania*. Brasília, v. 6 n. 1, p 85-115, jan/jun 2013.

NOGUEIRA, Marden de Carvalho Nogueira, Procurador Federal. **Proteção às vítimas e testemunhas ameaçadas**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,protecao-as-vitimas-e-testemunhas-ameacadas,50681.html>> Acesso em 25/05/2019.

PORTAL NACIONAL. Delegados.com.br. **Técnicas policiais sobre recrutamento do informante**. 2010. Disponível em: <<https://delegados.com.br/juridico/tecnicas-policiais-sobre-recrutamento-do-informante>>. Acesso em: 23 mar. 2018.

SILVA, Danielle Tavares da, et al. **Lei de Drogas em debate**. São Paulo: Editora Baraunas, 2013. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=p247BAAAQBAJ&pg=PA101&lpg=PA101&dq=a+importancia+do+informante+na+investiga%C3%A7%C3%A3o+de+drogas&source=bl&ots=L7apyPA_vo&sig=9WJ6ZpY2oo6303R9BXq131ETA3U&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwjZv-r2rdXZAhWhq1kKHXNaBh8Q6AEINDAC#v=onepage&q=a%20importancia%20do%20informante%20na%20investiga%C3%A7%C3%A3o%20de%20drogas&f=false>. Acesso em: 23 mar. 2018.

ACUMULAÇÃO DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS SOB A ÓTICA DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Luan Rayan Bezerra Melo Araújo
Derly Pereira Brasileiro

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo analisar a possibilidade jurídica de acumulação de benefícios previdenciários de acordo com a legislação previdenciária. No primeiro capítulo serão analisados os princípios que regem a Seguridade Social. Em seguida, vamos apreciar os benefícios previdenciários e como se dar sua concessão. Por fim, exploraremos as vedações de acumulação, bem como as hipóteses de acumulação e penalidades previstas para acumulação indevida.

Palavras-chave: seguridade social, benefícios previdenciários, acumulação.

ABSTRACT: The present study aims to analyze the legal possibility of accumulation of social security benefits according to the social security legislation. The first chapter will analyze the principles governing Social Security. Next, we will appreciate the social security benefits and how to give your grant. Finally, we will explore the accumulation fences, as well as the accumulation hypotheses and penalties for undue accumulation.

Keywords: social security, pension benefits, accumulation.

1 INTRODUÇÃO

A Previdência Social tem por finalidade a proteção de todo indivíduo que ocupa uma atividade laboral remunerada, para proteção dos riscos decorrentes da perda ou redução, permanente ou temporária, das condições de obter seu próprio sustento, sendo um direito subjetivo do mesmo. Estes riscos são designados pelo legislador com grande relevância social.

Nesse sentido, sabe-se que cada um dos riscos sociais eleitos, como invalidez, morte, doença, proteção à maternidade, reclusão, acidente, redução da capacidade laboral, idade avançada, corresponde a uma prestação previdenciária própria, destinada à cobertura da situação que resulta em afastamento do segurado de atividade laboral que lhe assegure a sobrevivência ou o amparo a seus dependentes.

Por isso a criação dos inúmeros benefícios, cada um possuindo como pressuposto um caso específico, de maneira que em princípio, para cada evento de risco corresponderia um único benefício, visto que a concessão de mais de um

benefício para o mesmo fato é incompatível com o sentido da proteção previdenciária, com sérios perigos à sustentabilidade financeira e atuarial do sistema.

A legislação previdenciária determina as possibilidades em que é proibida a acumulação de benefícios, salvo no caso de direito adquirido, seja de forma expressa ou implícita, em atenção aos princípios que regulam o sistema ou resultantes de divergência lógica.

Conforme demonstrado acima, esta pesquisa tem como Objetivo Geral apresentar a visão geral da Seguridade Social, bem como os princípios gerais que os norteiam, os benefícios da Previdência Social e seus beneficiários na sua visão legal, doutrinária e jurisprudencial.

A mesma ainda tem como Objetivos Específicos analisar a legalidade, bem como o entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca das possibilidades legais de vedação à acumulação de benefícios previdenciários no ramo do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), assim como aqueles em que é permitido o recebimento conjunto de mais de um benefício previdenciário pelo segurado ou seus dependentes.

2 SEGURIDADE SOCIAL

2.1. CONCEITO DE SEGURIDADE SOCIAL

A Constituição Federal defini a seguridade social, no caput do artigo 194, como um “conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

O texto constitucional inseriu a Seguridade Social (artigos 194 a 204) no capítulo das disposições da Ordem Social, que engloba os três programas sociais de maior importância e visam a democratização e o aumento do acesso a população: a previdência social, a assistência social e a saúde.

A implementação desses três programas sociais teria que abranger a sociedade e os Poderes Públicos, pois os Constituintes confiaram todas as suas esperanças no bem-estar, na justiça social e na satisfação para que os brasileiros tenham uma vida digna e próspera.

O postulado fundamental da solidariedade social (art. 3º, I, da CF/88) transparece como baliza para o sistema de seguridade social, rompendo definitivamente com a lógica econômica do seguro privado, ou seja, a rígida correlação entre prêmio e benefício. (IBRAHIM, 2010, p. 5)

Podemos definir a Seguridade Social, através do conceito de Sérgio Pinto Martins, como:

É um conjunto de princípios, de regras e de instituições destinado a estabelecer um sistema de proteção social aos indivíduos contra contingências que os impeçam de prover as suas necessidades pessoais básicas e de suas famílias, integrado por ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, visando assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. (MARTINS, 2003, p. 43)

O art. 6º da Carta Magna de 1988 faz referência, em seu caput, a seguridade social como um dos direitos sociais. E, em conformidade com a Constituição Federal, art. 22, XXIII, a competência legislativa da seguridade social é privativa da União.

2.2. PRINCÍPIOS DA SEGURIDADE SOCIAL

Temos como fontes do direito previdenciário os preceitos constitucionais, as normas infraconstitucionais e infra legais, os regulamentos do Poder Público, assim como a analogia, os costumes, a doutrina e a jurisprudência, que deverá ser aplicada na omissão de uma regulamentação.

Os princípios, exclusivos do Direito Previdenciário, regulam o entendimento e a aplicabilidade das normas legislativas e constitucionais referente ao método de proteção. A seguridade social, por ter sua independência no ensino, tem seus princípios específicos, no entanto existe outros que são extensíveis a todos os campos do direito. Os princípios do direito adquirido, da legalidade e da igualdade são exemplos de princípios gerais e requerem relevância no ramo da seguridade social.

Fábio Zambitte Ibrahim define princípios da seguridade social como:

Os princípios particulares da seguridade social serão espalhados pela Constituição e leis securitárias. Dentre os mais importantes, tem-se os abordados pela Constituição Federal de 1988, no parágrafo único, do art. 194, que, apesar de serem denominados objetivos, são verdadeiros princípios, descrevendo as normas elementares da seguridade, as quais direcionam toda a atividade legislativa e interpretativa da seguridade social. (IBRAHIM, 2010, p. 70)

A constituição federal, em seu art. 194, parágrafo único, traz os seguintes princípios relacionados a seguridade social:

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

I - universalidade da cobertura e do atendimento;

II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;

III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;

IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;

V - equidade na forma de participação no custeio;

VI - diversidade da base de financiamento;

VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

2.2.1. Universalidade da cobertura e atendimento

O sistema da seguridade social, na sua totalidade, é abrangido pelo princípio da universalidade da cobertura e do atendimento, ou seja, contempla seus três ramos (previdência social, assistência social e saúde). Entretanto, admite-se diferentes parâmetros de aplicação desse princípio, pois cada vertente tem uma intensidade de incidência diferente.

Por universalidade da cobertura e atendimento, em conformidade com os autores Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari,

Entende-se que a proteção social deve alcançar todos os eventos cuja reparação seja premente, a fim de manter a subsistência de quem dela necessite. A universalidade do atendimento significa, por seu turno, a entrega das ações, prestações e serviços de seguridade social a todos os que necessitem, tanto em termos de previdência social – obedecido o princípio contributivo – como no caso da saúde e da assistência social. (CASTRO; LAZZARI, 2010, p. 114)

Já Sérgio Pinto Martins esclarece que:

A universalidade da cobertura deve ser entendida como as contingências que serão cobertas pelo sistema, como a impossibilidade de retornar ao trabalho, a idade avançada, a morte etc. Já a universalidade do atendimento refere-se às prestações que as pessoas necessitam, de acordo com a

previsão da lei, como ocorre em relação aos serviços. (MARTINS, 2005, p. 78)

Neste sentido, podemos dizer que o objetivo do princípio da universalidade da cobertura e do atendimento é deixar seguridade social disponível a todas as pessoas, brasileiras ou estrangeiras, garantindo a entrega das prestações, ações e serviços aos que delas precisem e a cobertura dos eventos sociais, observando os requisitos legais e, no que se refere à previdência social, também o princípio contributivo.

No tocante a previdência social, podemos dizer que o princípio da universalidade da cobertura e do atendimento age de maneira mitigada, já que se relaciona com o princípio contributivo, que tem como definição a obrigatoriedade da contribuição econômica do segurado para que ele adquira o direito aos benefícios e prestações previdenciárias.

O acesso a previdência social é bastante abrandado, pois os trabalhadores só terão o direito de receber os benefícios de acordo com a quantidade e o respectivo valor das contribuições pagas por eles ao regime, como preceitua Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari:

Conjuga-se a este princípio aquele que estabelece a filiação compulsória e automática de todo e qualquer indivíduo trabalhador no território nacional a um regime de previdência social, mesmo que “contra a sua vontade”, e independente de ter ou não vertido contribuições; a falta de recolhimento das contribuições não caracteriza ausência de filiação, mas inadimplência tributária, é dizer, diante do ideal de universalidade não merece prevalecer a interpretação de que, ausente a contribuição, não há vinculação com a Previdência. A filiação decorre do exercício de atividade remunerada e não do pagamento de contribuição. (CASTRO; LAZARRI, 2010, p. 114)

2.2.2. Uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais

O Brasil tinha diferentes regimes previdenciários voltados aos trabalhadores do setor privado, anteriormente a publicação das Leis nº 8212/91 e 8213/91, sendo um designado aos trabalhadores urbanos e outro aos trabalhadores rurais, com menor proteção social. (VIANNA, 2010, p. 16)

A constituição, por meio do princípio da uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços (art. 194, II, CF) e do princípio da igualdade, passou a garantir

não a igualdade nos benefícios e serviços, mas a equivalência, dependendo do tempo de contribuição, sexo, idade, etc. Conforme preceitua Vianna:

Buscando acabar com a desigualdade de tratamento, o legislador constitucional determinou a uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços, sem, entretanto, determinar a unificação de regimes. Ao legislador ordinário, contudo, pareceu melhor unificar os regimes num só. Desta forma, tanto a população urbana como a rural gozam dos mesmos benefícios e serviços num único regime sem qualquer distinção. (VIANNA, 2010, p. 16)

2.2.3 Seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços

Para conquistar a cobertura da seguridade social e a delimitação dos benefícios e serviços é necessário a análise das necessidades ou dos riscos de maior cobertura social e isto é realizado através do princípio da seletividade. Por outro lado, para sabermos quais as populações poderão ter acesso a estes benefícios e serviços, na medida da necessidade de cada um, ou seja, quanto maior a necessidade, maior será a cobertura dos benefícios e serviços, precisamos entender o princípio da distributividade.

De acordo com o princípio da seletividade podemos presumir que os benefícios são concedidos a quem deles efetivamente necessite. Razão pela qual a Seguridade Social deve apontar os requisitos para a concessão de benefícios e serviços. (CASTRO; LAZARRI, 2010, p. 114 e 115)

Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari continua esclarecendo que:

Vale dizer, para um trabalhador que não possua dependentes, o benefício salário-família não será concedido; para aquele que se encontre incapaz temporariamente para o trabalho, por motivo de doença, não será concedida a aposentadoria por invalidez, mas o auxílio-doença. Não há um único benefício ou serviço, mas vários, que serão concedidos e mantidos de forma seletiva, conforme a necessidade da pessoa. (CASTRO; LAZARRI, 2010, p. 115)

Embora o princípio da distributividade seja de seguridade social, e não de previdência social, compreende-se o caráter do regime por repartição, típico do sistema brasileiro. (VIANNA, 2010, p. 17)

Ao observarmos o art. 193, da Constituição Federal, constatamos que o princípio da distributividade, introduzido no capítulo da ordem social, é de ser entendido em seu sentido de distribuição de renda e bem-estar social, ou seja, pela concessão de serviços e benefícios visando à justiça social e o bem-estar. Como exemplifica Ibrahim:

Ao se conceder, por exemplo, o benefício assistencial de renda mensal vitalícia ao idoso ou ao deficiente sem meios de subsistência, distribui-se renda; ao prestar os serviços básicos de saúde pública, distribui-se bem-estar social, etc.". (IBRAHIM, 2010, p. 73)

2.2.4 Irredutibilidade dos benefícios

O constituinte garantiu a irredutibilidade dos benefícios da seguridade social, passando a estabelecer em seu texto legal que os benefícios da previdência social devem ter o seu valor real preservado e que a forma de reajuste deve ser feita de acordo com o disposto em lei, com base no § 4º do art. 201.

A legislação ordinária também assegura o princípio da irredutibilidade do valor do benefício no seu Plano de Custeio (Lei 8212/1991) e na lei do Plano de Benefícios da Previdência Social (Lei 8213/1991), assim como no Regulamento da Previdência Social (Decreto 3048/1999).

Consoante Rocha e Baltazar o objetivo do princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios é:

Impedir a diminuição dos valores nominais das prestações previdenciárias, não podendo os benefícios sofrerem redução nominal. Ainda mais, afirmam, que os benefícios por possuírem caráter alimentar, são impedidos de serem penhorados, arrestados ou sequestrado. Cabe destacar que outra relevância deste princípio é o sistema de reajuste dos benefícios, que busca que a inflação não diminua o poder aquisitivo dos aposentados e pensionistas, que necessário destacar, no passado, em tentativa de equilibrar as contas do Governo consistia em não repor integralmente a defasagem nestes benefícios. (ROCHA; BALTAZAR, 2006, p. 40)

2.2.5 Equidade na forma da participação no custeio

Podemos dizer que equidade tem sentido de senso de justiça, pois este princípio estabelece que a forma de custeio da seguridade social seja de modo

proporcional à capacidade de contribuição de cada um que está obrigado a custeá-lo.

Em decorrência deste princípio, temos como consequência o princípio da capacidade contributiva do direito tributário, como também o princípio da igualdade material entre as pessoas, ou seja, aquele que tem a maior capacidade contributiva passa a contribuir com maior valor e as pessoas desiguais passa a ser tratadas na medida de suas desigualdades, a fim de determinar o significado de senso de justiça social, conforme preceitua Ibrahim:

Note-se que em todo o sistema onde há redistribuição de renda o princípio da igualdade não pode ser absoluto, pois necessariamente um quantum da contribuição dos mais afortunados será redistribuído para os mais necessitados; por essa razão, na seguridade social jamais haverá equivalência absoluta entre o que se contribui e a proteção oferecida pelo sistema. (IBRAHIM, 2010, p. 74)

Ibrahim conceitua equidade como:

Equidade no custeio significa dizer que cada contribuinte deve participar na medida de suas possibilidades. Assim, quem pode mais, contribui com mais; quem pode menos, contribui com menos. É um desdobramento do princípio geral da igualdade na seguridade social. Aqui a igualdade tem cores próprias, em face do princípio da solidariedade contributiva e da consequente redistribuição de renda. (IBRAHIM, 2010, p. 74)

O art. 201, § 11, da Constituição Federal, demonstra esse raciocínio, segundo o qual “os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e consequente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei”. Isto é, não podemos afirmar que essa repercussão é absoluta, uma vez que a Constituição explicitamente possibilita sua normatização pela lei.

Do mesmo modo, o artigo 150, II, da Constituição Federal veda aos entes federados instituir tratamento desiguais em relação aos contribuintes, segundo a qual:

Art. 150. sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I- [...];

II- instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

O princípio da equidade no custeio, expresso no art. 20 da Lei nº 8.212/91, estabelece alíquotas distintas para o contribuinte avulso, empregado e empregado doméstico, na medida de seus salários de contribuição.

Em razão da atividade econômica ou da utilização intensiva de mão de obra as contribuições sociais a cargo do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada poderão ter alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, conforme EC nº 20/98 que também deu força a esse princípio ao incluir o § 9º no art. 195.

2.2.6 Diversidade na base de financiamento

Para garantir a sustentabilidade ao longo dos anos e para atingir o objetivo do princípio da universalidade da cobertura e do atendimento é essencial que o sistema seja financiado com recursos provenientes de várias fontes. Desta forma, a seguridade social é financiada com recursos de toda a sociedade, conforme define a Constituição Federal em seu art. 195, por intermédio de contribuições sociais incidentes sobre os mais diferentes fatos geradores, como a receita ou o faturamento, lucro líquido, concursos de prognósticos, do importador de bens ou serviços do exterior, etc.

Sobre as fontes de custeio, Vianna sustenta que:

As fontes de financiamento devem ser diversificadas a fim de garantir a manutenção do sistema de seguridade social. Além das fontes previstas nos incisos I a IV do art. 195 da Carta Magna, nada impede que se instituem outras fontes de custeio, desde que por lei complementar, não tendo fato gerador ou base de cálculo de imposto previsto na Constituição, nem sendo cumulativo, conforme art. 195, § 4º c/com art. 154, I do Texto Constitucional. (VIANNA, 2010, p. 18)

2.2.7 Caráter democrático e descentralizado da administração

Este princípio tem como finalidade à aproximação dos trabalhadores, aposentados e empregadores às organizações e aos processos de decisão dos quais consistem em seus direitos.

O art. 194, § único, inciso VII, da Constituição Federal, alterado pela Emenda Constitucional nº 20/98, estabelece que a gestão administrativa da Seguridade Social é quadripartite, com a participação dos empregadores, trabalhadores, aposentados e governo.

Este preceito harmoniza-se com o art. 10 da Constituição Federal, garantindo assim a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados de órgãos do governo em que se discutam ou deliberem sobre assuntos relativos à seguridade social.

Temos como exemplo, de acordo com o art. 3º da Lei nº 8.213/91, o Conselho Nacional de Previdência Social (CNPS) que tem representantes dos empregadores e dos trabalhadores, dos pensionistas e dos aposentados e do governo federal.

3 BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS

Para a Previdência Social, o trabalhador que estiver inscrito nela e mantiver o pagamento de suas contribuições em dia tem direito aos benefícios da previdência social.

Esses benefícios da previdência social são formados por quatro tipos de aposentadoria, dois tipos de salários e dois tipos de auxílios, além dos serviços de perícia médica, reabilitação profissional e serviço social.

Art. 18. O Regime Geral de Previdência Social compreende as seguintes prestações, devidas inclusive em razão de eventos decorrentes de acidente do trabalho, expressas em benefícios e serviços:

I - quanto ao segurado:

- a) aposentadoria por invalidez;
- b) aposentadoria por idade;
- c) aposentadoria por tempo de contribuição; (Redação dada pela Lei Complementar nº 123, de 2006)
- d) aposentadoria especial;
- e) auxílio-doença;
- f) salário-família;
- g) salário-maternidade;
- h) auxílio-acidente;

De forma breve, vamos analisar os benefícios previdenciários, de acordo com a Lei n. 8.213/91 - de Plano de Benefício Previdenciário, onde podemos verificar as respectivas particularidades detalhadamente.

3.1. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ

A cerca do benefício de aposentadoria por invalidez, o mesmo é concedido, ao segurado em caso de doença ou acidente que, mediante avaliação da perícia médica do Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS, para efeitos desta modalidade de aposentadoria é considerado incapaz para o trabalho, todo aquele que não apresenta condições de ser reabilitado para o exercício de atividade que lhe

garanta o sustento. É de suma importância salientar que de modo geral, a aposentadoria por invalidez decorre da transformação do auxílio-doença.

No que tange o período de carência, é obrigatório ao contribuinte ter contribuído a Previdência Social, no mínimo, 12 meses em caso de doença, sendo dispensado quando a invalidez resultar de acidente de qualquer natureza ou causa como uma das doenças incapacitantes, tal como estabelece a lei previdenciária, vale salientar que à Previdência Social de, no mínimo, 12 meses em caso de doença, sendo dispensado quando a invalidez resultar de acidente de qualquer natureza ou causa como uma das doenças incapacitantes.

O benefício de aposentadoria por invalidez não é concedido a quem, ao se filiar à Previdência Social, já tiver contraído doença ou lesão que geraria o benefício, excluindo-se os casos de incapacidade resultantes do agravamento da enfermidade.

3.2. APOSENTADORIA POR IDADE

A aposentadoria por idade, consiste em um benefício que visa a amparar o trabalhador em eventos decorrentes da idade avançada, abrangendo o empreendedor individual, categoria criada pela Lei complementar n. 128/08, em vigor desde 1/7/2009. Esta modalidade de benefício é irreversível e irrenunciável. A mesma se apresenta da seguinte forma: é concedida aos trabalhadores urbanos, a partir dos 60 anos para a mulher e 65 anos para o homem. A carência é de 180 contribuições mensais (tempo mínimo de 15 anos), são condicionantes para a obtenção da aposentadoria por idade nos termos da constituição, que essa espécie de aposentadoria, é exigido o requisito tempo de contribuição, ou seja, pode solicitar o benefício somente o homem que tiver 35 anos de tempo de contribuição e a mulher com 30 anos de tempo de contribuição. Esses requisitos são cumulativos à idade de 65 e 60 anos de idade, respectivamente, e não alternativos.

No que tange aos trabalhadores rurais (tais como, produtor rural, o garimpeiro, o pescador artesanal, que exerçam suas atividades em regime de economia familiar), que são considerados segurados especiais, têm direito à aposentadoria por idade, com cinco anos a menos, ou seja: aos 60 anos os homens e aos 55 anos as mulheres. Esses trabalhadores têm de apresentar provas documentais de 180 meses de trabalho na área rural e devem estar exercendo a

atividade no campo, na data de entrada do requerimento. No caso do segurado trabalhador rural não será considerada a perda da qualidade de segurado nos intervalos entre as atividades rurícolas, e o valor recebido é de um salário mínimo. Vale salientar ainda que: Para a aposentadoria dos segurados, inscritos antes de 25/7/1991, deve-se consultar a Tabela Progressiva de Carência, estabelecida pela previdência.

3.3. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO

Na modalidade de aposentadoria por tempo de contribuição, no que diz respeito ao período de serviço, correspondem diversos benefícios, entre os quais a aposentadoria por tempo de contribuição, proporcional ou integral, inclusive a especial e a do professor, bem como certos direitos específicos de algumas categorias profissionais diferenciadas, com direito adquirido até sua extinção (combatentes, jornalistas, jogadores profissionais de futebol, ferroviários e anistiados).

São detentores de direitos a essa modalidade de aposentadoria o homem que contribuir, mensalmente, com a previdência por 35 anos, e a mulher, por 30 anos. Os professores de ensino fundamental e médio podem aposentar-se com 30 anos de contribuição, no caso dos homens, e com 25 anos de contribuição, no caso das mulheres, conforme o Art. 52 do PBPS.

Esta modalidade de aposentadoria tem sua origem remota, a Lei Elói Chaves (Decreto Legislativo n. 4.682/23), sob o título de aposentadoria ordinária, e a CF consagram essa prestação, que não pode ser extinta.

A Emenda Constitucional – EC. n. 20/98, determina que para a modalidade proporcional, há limite de idade, sendo 53 anos para os homens e 48 anos para as mulheres. Desde essa EC, há um incentivo à aposentadoria aos 30 ou 35 anos para mulheres e homens, respectivamente, e conseqüente desestímulo à aposentadoria proporcional aos 25 ou 30 anos.

3.4. APOSENTADORIA ESPECIAL

No que diz respeito a aposentadoria especial pode-se dizer que este benefício é concedido ao segurado que tenha trabalhado em condições prejudiciais à saúde ou à integridade física. No entanto se faz mister que para ter direito a essa modalidade de aposentadoria, o trabalhador deverá comprovar, além do tempo de trabalho, a efetiva exposição aos agentes físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais, pelo período exigido para a concessão do benefício (15, 20 ou 25 anos). O montante correspondente a aposentadoria especial é 100% do salário de benefício. No momento da concessão de aposentadoria especial, não se considera a perda da qualidade de segurado.

3.5. AUXÍLIO-DOENÇA

Define-se como Auxílio Doença a prestação de pagamento continuado, devida ao trabalhador, inclusive ao empreendedor individual, incapaz para o trabalho ou atividade habitual, por mais de 15 dias. É concedida após 12 contribuições mensais, salvo nos casos de segurado acometido por uma das enfermidades arroladas no Art. 151 do Plano de Benefícios de Previdência Social (PBPS) – Lei n. 9.876/99, e de vítima de acidente do trabalho, de qualquer natureza ou causa. Decorre da dificuldade de laborar e não de doença incapacitante. Para ter direito a esse benefício o segurado deve ser reavaliado, periodicamente, pela perícia médica do INSS. No que se refere ao pagamento deste benefício o valor inicial estimado em coeficiente de 91% do salário de benefício e não pode ser acumulado com outras prestações da mesma natureza. Para efeitos jurídicos o cálculo do salário benefício depende da data de inscrição do trabalhador na Previdência Social, de acordo com a lei em vigor.

3.6. SALÁRIO-FAMÍLIA

O Salário Família é definido como sendo o pagamento continuado, com prazo determinado, ao trabalhador para cada filho hígido de até 14 anos de idade, e com prazo indeterminado para os filhos inválidos de qualquer idade. Fazem jus a esse auxílio somente o empregado e o trabalhador avulso. Salienta-se que mesmo dentro dessas duas categorias, não são todos os trabalhadores que recebem o salário-

família. O benefício do Salário Família restringe-se ao trabalhador de baixa renda, com salário até certo valor, determinado pela Previdência Social.

3.7. SALÁRIO-MATERNIDADE

A definição de Salário Maternidade é assinalada como sendo o Benefício concedido a todas as mulheres, inclusive às empreendedoras individuais, que pagam a contribuição previdenciária. Este valor corresponde ao pagamento mensal por 120 dias de afastamento do trabalho, por motivo da maternidade. Existe a possibilidade de prorrogação antes e depois do parto, por mais duas semanas, segundo recomendação médica. Esse direito é estendido às mães adotivas e às guardiãs.

A norma legal definidora da Licença Maternidade amplia o benefício de quatro para seis meses, de forma facultativa, mas só passa a vigorar a partir de 2010. Norma está de autoria da senadora Patrícia Saboya do CE, prevê a adesão optativa das empresas da iniciativa privada. Emendas apresentadas estenderam o benefício também às mães funcionárias públicas e às adotantes.

3.8. AUXÍLIO-ACIDENTE

Esse benefício tem como beneficiário o trabalhador avulso, o trabalhador empregado, o trabalhador rural – englobando o índio e o pescador artesanal – e o segurado especial, excluindo o contribuinte individual, o contribuinte facultativo e o empregado doméstico.

Para sua concessão é necessário que o segurado tenha sofrido um acidente, vindo a ter como consequência a redução da sua capacidade laboral.

Tem dois requisitos indispensáveis para comprovação da necessidade do recebimento do auxílio-doença, que são a comprovação da impossibilidade de continuar desempenhando suas atividades laborais, através da perícia médica do INSS, e ter a qualidade de segurado. Já a comprovação de tempo mínimo de contribuição ou prazo de carência não é obrigatória.

4 CONCESSÃO DA PRESTAÇÃO PREVIDENCIÁRIA

De acordo com Castro Lazarri para que o indivíduo tenha direito à prestação previdenciária, é preciso que:

- a existência de um dos eventos cobertos pelo regime, conforme a legislação vigente na época da ocorrência do fato; - o indivíduo se encontre na qualidade de beneficiário do regime, à época do evento; - a iniciativa do beneficiário; - o cumprimento das exigências legais. (2010, p. 507 e 508)

É fundamental destacar que a inexistência de contribuições para a Seguridade Social e a falta de registro da atividade laboral em carteira profissional ou Carteira de Trabalho e Previdência Social – CTPS não podem constituir impedimento à concessão de benefícios para os segurados empregados, empregados domésticos e trabalhadores avulsos. Pois, será considerado beneficiário do RGPS o indivíduo que tenha tido vínculo jurídico com uma das três categorias de segurados mencionadas, sem prejuízo da cobrança das contribuições de quem inadimpliu, ou seja, o tomador de serviços. (arts. 34 a 36 da Lei 8.213/91). (BALERA, 2008, p. 498)

Se o indivíduo beneficiário não pleiteie a prestação, mesmo atendendo às exigências previstas na legislação previdenciária, este possui direito adquirido a prestação previdenciária.

Com isso, este direito se torna intocável por norma posterior, devendo, independente de quando for solicitado, ser deferido o benefício nos termos da legislação vigente à época da aquisição do direito. (CASTRO; LAZARRI, 2010, p. 508)

Conforme a redação do art. 102 da Lei 8.213/91, caso o beneficiário tenha perdido esta qualidade, mas, durante o tempo que era dependente ou segurado, implementou os requisitos para a aquisição da prestação, o direito continua íntegro.

Mesmo o segurado tendo solicitado sua aposentadoria, este pode desistir do seu pedido desde que demonstre este desejo e requeira o arquivamento definitivo antes do recebimento do primeiro pagamento de benefício ou do saque do respectivo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço ou do Programa de Integração Social, como preceitua o art. 181-B do Decreto 3.048/99.

5 PREVISÃO LEGAL DAS VEDAÇÕES DE ACUMULAÇÃO

A legislação em vigor da Previdência Social está centralizada nas Leis nº. 8.212/91 e 8.213/91, respectivamente o Plano de Custeio e Benefícios.

Normalmente, o segurado e seus dependentes só terá direito a um único benefício, com objetivo de substituir o rendimento do seu trabalho, deste modo, a legislação previdenciária proibi a acumulação de alguns benefícios.

No momento atual, a Lei 8.213/91 trata dos casos de vedação ao recebimento simultâneo de benefícios previdenciários em seu artigo 124, que assim prevê:

Art. 124. Salvo no caso de direito adquirido, não é permitido o recebimento conjunto dos seguintes benefícios da Previdência Social:

I - aposentadoria e auxílio-doença;

II - mais de uma aposentadoria;

III - aposentadoria e abono de permanência em serviço;

IV - salário-maternidade e auxílio-doença;

V - mais de um auxílio-acidente;

VI - mais de uma pensão deixada por cônjuge ou companheiro, ressalvado o direito de opção pela mais vantajosa.

Parágrafo único. É vedado o recebimento conjunto do seguro-desemprego com qualquer benefício de prestação continuada da Previdência Social, exceto pensão por morte ou auxílio-acidente.

Merece relevância a alusão feita no caput do artigo os casos de direito adquirido. Uma vez que a concessão e manutenção de benefícios previdenciários deve considerar o princípio *tempus regit actum*, de maneira que, de acordo com Frederico Amado (2012, p.681) “deverá ser respeitado o direito adquirido à acumulação, na hipótese de o segurado ou dependente ter acumulado benefícios que, posteriormente, passaram a não mais poder ser acumulados”, devendo a possibilidade ou não de acumulação ser analisada de acordo com as normas vigentes à época de seu acontecimento.

Entretanto o preceito do artigo 124 não exaure as situações em que é proibido o recebimento de mais de um benefício previdenciário. Além das hipóteses mencionadas no artigo 124, é vedada a acumulação dos seguintes benefícios, em conformidade com os ordenamentos da Lei 8.213/91: 1) auxílio-doença, aposentadoria, ou abono permanência em serviço de segurado recluso com auxílio-reclusão dos dependentes (art. 80); 2) auxílio-doença com auxílio-acidente, se decorrentes do mesmo fato gerador (art. 86, §2º); 3) auxílio-acidente com aposentadoria (art. 86, §2º).

6 HIPÓTESES DE NÃO ACUMULAÇÃO

6.1. APOSENTADORIA COM AUXÍLIO-DOENÇA (ART. 124, I):

De acordo com o artigo 18, § 2º., da n. Lei 8.213/91 “o aposentado pela Regime Geral da Previdência Social – RGPS que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ele retornar, não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado”.

Assim sendo, o aposentado pelo RGPS que retornar ao exercício da atividade remunerada, sendo, portanto, também segurado obrigatório, se por acaso vier a ser acometido de doença que o impossibilite temporariamente para essa atividade, não tem direito a receber auxílio-doença em razão dela.

Porém, o entendimento do STJ, é pela possibilidade da cumulação quando a lesão incapacitante e a concessão da aposentadoria sejam anteriores às modificações promovidas pela Lei n. 9.528/97, de acordo com a súmula a seguir:

Súmula nº 507 – STJ. A acumulação de auxílio-acidente com aposentadoria pressupõe que a lesão incapacitante e a aposentadoria sejam anteriores a 11/11/1997, observado o critério do art. 23 da Lei n. 8.213/1991 para definição do momento da lesão nos casos de doença profissional ou do trabalho.

6.2. MAIS DE UMA APOSENTADORIA (ART. 124, II):

Esta vedação de acumulação também se encontra fundamentada no artigo 18, § 2º., da Lei n. 8.213/1991.

Portanto, o aposentado pelo RGPS que retornar ao exercício da atividade remunerada, sendo, portanto, também segurado obrigatório, mesmo que preencha todos os pressupostos para outra aposentadoria, não terá direito à percepção dela.

6.3. APOSENTADORIA E ABONO PERMANÊNCIA EM SERVIÇO (ART. 124, III):

Também é vedada a acumulação de aposentadoria com abono de permanência, de acordo com a Lei n. 8.213/1991, porém este benefício foi cessado pela Lei n. 8.870/1994. Este fundava-se no pagamento ao segurado que, possuindo direito à aposentadoria por tempo de serviço, optasse pela continuidade na

atividade. O mencionado pagamento era mensal e correspondia a 25% (vinte e cinco por cento) dessa aposentadoria para o segurado com 35 (trinta e cinco) anos ou mais de serviço e para a segurada com 30 (trinta) anos ou mais de serviço. Indiscutivelmente, após a aposentadoria o pagamento do abono de permanência era cessado.

6.4. SALÁRIO-MATERNIDADE COM AUXÍLIO-DOENÇA (ART.124, IV):

O salário-maternidade por ser um benefício para proteção a maternidade não pode ser acumulado com benefício por incapacidade. Havendo incapacidade em simultaneidade com o salário-maternidade, o benefício por incapacidade, de acordo com cada caso, deverá ser interrompido enquanto persistir o mencionado pagamento, ou a sua data de início será prorrogada para o fim do período do salário-maternidade, que regularmente são de 120 dias.

6.5. MAIS DE UM AUXÍLIO-ACIDENTE (ART. 124, V):

O auxílio-acidente é uma indenização concedida ao segurado quando, após consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultarem sequelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia. Esta indenização, no momento atual, é de uma parcela mensal que corresponderá a 50% do salário de benefício, a qual permanece até a aposentadoria ou o óbito do segurado.

Evidentemente, não nenhum sentido a acumulação de mais de um auxílio-acidente, pois o valor do salário benefício iria chegar a 100%, o que representaria o valor de uma aposentadoria.

6.6. MAIS DE UMA PENSÃO DEIXADA POR CÔNJUGE, COMPANHEIRO OU COMPANHEIRA (ART. 124, VI):

A Lei veda a cumulação de pensões resultantes do óbito do cônjuge ou companheiro (a), porém faculta aos dependentes o direito de escolher pela pensão mais vantajosa.

Este dispositivo legal foi inserido no ordenamento jurídico com o advento da Lei 9.032/95, alterando o disposto no inciso VI do art. 124 da Lei 8213/91. Dessa maneira, levando em consideração o disposto no caput em relação à hipótese de direito adquirido, é admissível a cumulação de duas pensões por morte de cônjuge ou companheiro (a) desde que a permissão de ambos os benefícios tenha se dado antes desta alteração.

O parágrafo único do art. 124 da Lei n. 8.213/91 traz a vedação do recebimento simultâneo do seguro-desemprego com qualquer benefício de prestação continuada da Previdência Social, exceto pensão por morte ou auxílio-acidente.

6.7. AUXÍLIO-ACIDENTE COM QUALQUER APOSENTADORIA (ART. 86, §2º):

Antes do surgimento da Lei nº 9.528/97, que alterou o art. 86, § 2º, era totalmente lícito a cumulação desses dois benefícios. Além disso, a legislação da época previa expressamente o caráter vitalício do auxílio-acidente.

Com o advento dessa Lei, o auxílio-acidente deixou de ser vitalício e passou a integrar o salário de contribuição para efeito de cálculo do salário de benefício de aposentadoria previdenciária, razão pela qual o mencionado artigo trouxe em seu texto a vedação de acumulação de benefício acidentário com qualquer espécie de aposentadoria do regime geral de Previdência Social.

Desta maneira, podemos ver que a modificação do regime previdenciário definiu dois parâmetros:

1. até 10/11/1997 o auxílio-acidente e a aposentadoria poderiam ser cumulados, ou seja, coexistiam sem qualquer regra de exclusão ou cálculo mútuo;
2. após 11/11/1997, o recebimento de aposentadoria extingue o auxílio-acidente, que por outro lado, passa a ser computado nos salários de contribuição daquele benefício.

Segundo a jurisprudência majoritária, a vedação à cumulação de auxílio-acidente com aposentadoria cessa se a lesão incapacitante geradora do auxílio-acidente e a concessão da aposentadoria forem anteriores à vigência da Lei nº 9.528/97, em observância ao princípio do tempus regit actum.

Nesse sentido, a Súmula 507 do STJ prever:

A acumulação de auxílio-acidente com aposentadoria pressupõe que a lesão incapacitante e a aposentadoria sejam anteriores a 11/11/1997, observado o critério do art. 23 da Lei n. 8.213/1991 para definição do momento da lesão nos casos de doença profissional ou do trabalho.

6.8. AUXÍLIO-DOENÇA COM AUXÍLIO-ACIDENTE (ART. 86, §2º):

O auxílio-acidente será devido ao segurado a partir do momento em que cessa o pagamento do auxílio-doença relativo ao fato que lhe causou as sequelas. Com isso, estes benefícios, quando derivados do mesmo fato gerador, não são pagos cumulativamente.

Entretanto, poderá haver cumulação dos dois benefícios, se o segurado que recebe auxílio-acidente ficar incapacitado temporariamente para o trabalho por outro evento.

6.9. APOSENTADORIA OU AUXÍLIO-DOENÇA DE SEGURADO RECLUSO COM AUXÍLIO-RECLUSÃO DOS DEPENDENTES (ART. 80):

O art. 80 da Lei nº 8.213/1991 estabelece que não será devido auxílio-reclusão aos dependentes do segurado que estiver em gozo de auxílio-doença ou de aposentadoria.

7 HIPÓTESES DE ACUMULAÇÃO

Analisados os casos em que não é possível a acumulação de benefícios, passaremos agora a examinar aquelas em que tal acumulação é admissível.

7.1. APOSENTADORIA E PENSÃO POR MORTE:

O benefício de aposentadoria, seja ela por invalidez, por idade, por tempo de serviço ou aposentadoria especial, pode ser cumulado com pensão por morte, se preenchidos as exigências legais para aquisição da pensão, pois não há vedação legal ao recebimento cumulado de tais benefícios.

7.2. PENSÃO POR MORTE:

Existe a possibilidade de cumulação de mais de uma pensão por morte quando uma for derivada de falecimento de cônjuge ou companheiro e a outra de falecimento de filho.

O art. 16, §4º da Lei 8213/91, dispõe que a dependência econômica do cônjuge ou companheiro é presumida e a dependência econômica com relação aos filhos deve ser comprovada. Deste modo, se o (a) dependente já recebe pensão por morte de cônjuge ou companheiro (a), torna-se difícil a comprovação da dependência econômica em relação ao filho.

No entanto, como a vedação legal é na percepção de mais de um benefício de pensão por morte deixada por cônjuge ou companheiro, via de regra é admissível a cumulação de pensão por morte resultante do óbito de cônjuge com outra constituída por filho.

7.3. SALÁRIO-MATERNIDADE:

Nos casos em que a segurada mantenha vínculos de emprego concomitantes, é assegurado a cumulação do benefício de salário maternidade relativo a cada um dos empregos, conforme o disposto no art. 98 do Decreto nº 3.048/99.

7.4. AUXÍLIO-DOENÇA E AUXÍLIO-ACIDENTE:

O auxílio-acidente é devido como indenização ao segurado, a partir do dia seguinte ao da cessação do auxílio-doença, independentemente de qualquer remuneração ou rendimento auferido pelo acidentado. Por isso, é indevida a cumulação de auxílio-doença e auxílio-acidente decorrentes de lesões do mesmo fato gerador.

Porém, pode acontecer que o segurado já em gozo de auxílio-acidente venha a passar por um mal incapacitante que possibilite a concessão de auxílio-doença, diferente daquele que deu origem ao auxílio-acidente, e nesse caso será possível a acumulação dos dois benefícios.

7.5. SEGURO DESEMPREGO E AUXÍLIO-RECLUSÃO:

O Decreto nº 3.048/99 inova ao possibilitar, em seu art. 167, §2º, a acumulação de seguro-desemprego com o auxílio-reclusão, possibilidade não prevista no parágrafo único do art. 124, da Lei nº 8213/91.

8 DAS PENALIDADES PREVISTA PARA A CUMULAÇÃO INDEVIDA

Se comprovada a cumulação indevida de benefícios, ficará mantido o benefício concedido de forma regular e cessados ou suspensos os demais, adotando-se as providências necessárias quanto à regularização e à cobrança dos valores recebidos indevidamente, observada a prescrição quinquenal, nos moldes do art. 424, da Instrução Normativa INSS/PRES nº 45/2010.

Contudo, o que se pode constatar é que o objetivo do legislador, de vedar a possibilidade de cumular tais benefícios, não foi outra, senão, a de tirar direitos do segurado que além de ter que continuar carregando a obrigação de contribuir para o sistema previdenciário ainda é punido caso perceba dois benefícios cumulativamente.

Assim, o aposentado que, ainda, é um trabalhador contribuinte, é compelido a contribuir, sem, contudo, poder alcançar as finalidades de tal contribuição e, se por ventura, alcançá-la por modo escuso à lei, será punido com a obrigação de devolver o quantum percebido no período de forma corrigida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Previdência Social tem como objetivo proteger os riscos sociais como maternidade, reclusão, acidentes, morte, velhice, deficiência e desemprego. É conhecido como o seguro público coletivo para aqueles que contribuem com a previdência. O INSS é uma instituição pública que tem como finalidade reconhecer e conceber direitos aos seus beneficiários.

Deste modo, integra a Seguridade Social a previdência social, a saúde e a assistência social, que é o sistema de proteção integrada da cidadania. Quando o segurado-contribuinte perde sua capacidade laborativa, a Seguridade Social substitui a sua renda.

Os benefícios ofertados pela previdência são: aposentadoria por idade; aposentadoria por invalidez; aposentadoria por tempo de contribuição; aposentadoria especial; auxílio-doença; auxílio-reclusão; pensão por morte; salário-maternidade; salário-família; auxílio acidente; serviço social e reabilitação profissional.

Por toda a sua desenvolvimento histórico e legislativo, a previdência social passou por inúmeras alterações legislativas. No entanto, atualmente tem como leis básicas: a Constituição Federal de 1988, Leis n.º 8.212/91 e n.º 8.213/91, o Decreto n.º 3.048/99 entre outras.

A legislação previdenciária apresenta os casos em que a acumulação de benefícios é devida e também trata da proibição de acumulação, procurando não deixar omissões a tal respeito, como ocorreu no passado, evitando cumulações de benefícios que poderiam causar um dano ao equilíbrio financeiro e atuarial do sistema, conforme prever o art. 201, caput, da Constituição Federal.

Com isso, na ausência de vedação expressa ou implícita, que decorra de princípios que regulam o sistema, é possível a percepção cumulada de mais de um benefício previdenciário pelo mesmo segurado ou dependente.

Não obstante, as vedações mencionadas na legislação previdenciária atual não excluem os direitos adquiridos (art. 5º, XXXVI da Constituição Federal) decorrentes de acumulações já existentes em razão de normas legais já revogadas.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. Direito e Processo previdenciário sistematizado. 3ª ed. 2012, p.681.

BALERA, Wagner (Coord.). Previdência Social Comentada – Lei nº 8.212 e Lei nº 8.213/91. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; **LAZZARI**, João Batista. Manual de Direito Previdenciário. 12. Ed. rev. e atual. Conforme a legislação em vigor até janeiro/2010. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 10/09/2018, às 8:20 horas.

Decreto no 3.048, de 6 de Maio de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3048.htm. Acesso em 10/09/2018, às 8:20 horas.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de direito previdenciário. 14. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

Lei Complementar Nº 16, De 30 De Outubro De 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp16.htm. Acesso em 10/09/2018, às 10:30 horas.

Lei nº 8.213, de 24 de Julho de 1991. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm. Acesso em 10/09/2018, às 14:00 horas.

Lei nº 9.528, de 10 de Dezembro de 1997. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9528.htm. Acesso em 10/09/2018, às 9:40 horas.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito da seguridade social. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito da seguridade social. São Paulo: Atlas, 19. Ed., 2003.

Possibilidade de acumular a pensão por morte com outros benefícios previdenciários. Disponível em: <https://saberalei.jusbrasil.com.br/artigos/173701795/possibilidade-de-acumular-a-pensao-por-morte-com-outros-beneficios-previdenciarios>. Acesso em 19/08/2018, às 11:20 horas.

ROCHA, Daniel Machado; **BALTAZAR JÚNIOR**, José Paulo. Comentários à lei de benefícios da previdência social. 6 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, ESMAFE, 2006.

Súmulas do STJ. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em 12/03/2019, às 21:15 horas.

VIANNA, João Ernesto Aragonés. Curso de direito previdenciário. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CRIME DE ABUSO DE AUTORIDADE – LEI Nº 4.898/65

Luécio Alves Bezerra de Lima
Albérico Santos Fonseca

RESUMO: O presente arquivo tratará dos direitos fundamentais analisando seu tratamento ao longo da constituição brasileira de 1988 e fará a partir dela uma análise da efetivação dos direitos humanos fundamentais. A análise contemporânea terá como objetivo o tratamento dado aos direitos fundamentais e sua proteção frente aos abusos da administração pública, com enfoque na (lei 4.898/65) levando-se em conta a lei 9.099/95 (lei dos juizados especiais cíveis e criminais), sua alteração pela lei 10.259/01 e o conflito criado por esta mudança na efetivação da proteção dos direitos fundamentais das pessoas. Demonstraremos ainda a compreensão do princípio da proporcionalidade na sua vertente da proibição da proteção deficiente, buscando-se através desta análise a busca de um caminho para ajudar a resolver tão intrincado problema constitucional.

Palavras chave: administração pública, lei 4.898/65, efetivação, lei 10.259/01, direitos fundamentais.

ABSTRACT: This archive will deal with fundamental rights by analyzing its treatment throughout the Brazilian constitution of 1988 and will make from it an analysis of the realization of fundamental human rights. The contemporary analysis will have as objective the treatment given to the fundamental rights and their protection against the abuses of the public administration, with focus in the law (Law 4898/65) taking into account the law 9.099 / 95 (law of the special civil and criminal courts) , its amendment to Law 10.259 / 01 and the conflict created by this change in the realization of the protection of fundamental human rights. I will show also understand the principle of proportionality in its aspect of the prohibition of deficient protection, seeking through this analysis the search for a way to help solve such an intricate constitutional problem.

Keywords: public administration, law 4,898 / 65, enforcement, law 10.259 / 01, fundamental rights.

1 INTRODUÇÃO

O art. 144 da Constituição Federal afirma que a segurança pública é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, sendo essencial para o desenvolvimento da sociedade.

Sabemos que a função das forças policiais, civis ou militares, é a preservação da ordem pública. Para garantir o cumprimento dessa função, o Estado concede certa discricionáriedade aos agentes policiais para que estes possam atingir seus objetivos. Há a possibilidade do emprego da força física legítima, por parte do agente policial, limitando os direitos individuais que estão em pena de constituir crime o excesso praticado.

Assim, com o objetivo de delimitar o tema e deixá-lo mais compreensível e didático, este trabalho foi dividido em dois capítulos.

O objetivo deste artigo é analisar se o crime de abuso de autoridade deve ser sempre considerado de pequeno potencial ofensivo.

No primeiro capítulo serão abordados os Direitos e Garantias Individuais, o qual apresentará um estudo sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, 7 considerado o princípio reitor de todos os outros direitos e garantias; a proteção universal aos direitos humanos; a tutela constitucional à liberdade de locomoção e à integridade física do indivíduo, todos eles passíveis de serem atingidos pelo agente público no momento da abordagem policial. Será também abordada a relatividade dos direitos e garantias individuais, haja vista que eles não têm caráter absoluto

O segundo capítulo versa sobre a Lei nº 4.898/65 – Lei de Abuso de Autoridade, que regula a responsabilidade civil, penal e administrativa nos casos de abuso de autoridade. No entanto, para delimitar o assunto, serão analisados apenas os aspectos mais importantes dessa lei. Primeiramente, haverá uma análise da origem e finalidade dessa lei. Posteriormente, serão examinados os sujeitos ativo e passivo dos crimes de abuso de autoridade, bem como, quais as consequências para o infrator dessa lei, nas áreas civil, penal e administrativa. Abordaremos também os crimes de atentado à liberdade de locomoção e à incolumidade física do indivíduo, previstos, respectivamente, nas alíneas “a” e “i”, artigo 3º, da Lei de Abuso de Autoridade. Merece, ainda, ser analisado, o art. 322 do Código Penal, que trata da violência arbitrária, haja vista a semelhança desse dispositivo com o art. 3º, alínea “i”, da Lei nº 4.898/65.

1 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

A Constituição brasileira de 1988 constitui um marco jurídico na proteção dos direitos do cidadão por ter inserido em seu texto temas como a dignidade da pessoa humana, direitos humanos e direitos e garantias fundamentais.

A prevalência dos direitos humanos, cuja previsão encontra-se no art. 4º, inciso II da Constituição Federal, é um princípio orientador das relações internacionais e tem por objetivo compor uma imagem positiva do Brasil no contexto internacional como um país respeitador dos direitos humanos.

Segundo Alexandre de Moraes, os direitos individuais e coletivos “correspondem aos direitos diretamente ligados ao conceito de pessoa humana e de sua própria personalidade, como por exemplo: vida, dignidade, honra e liberdade.” (MORAES, 2007, P.23).

Todos esses sistemas interagem e se completam a fim de proporcionar a maior efetividade possível na proteção aos direitos fundamentais do cidadão.

1.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Constitui uma tarefa difícil indicar a origem da dignidade da pessoa humana como um valor a ser reconhecido e respeitado por todos. Entretanto, analisando a história, podemos assinalar quatro momentos fundamentais nesse percurso: o Cristianismo, o Iluminismo, a obra de Immanuel Kant e a Segunda Guerra Mundial. (BARCELLOS, 2002. p.104).

O pensamento trazido pela ideologia cristã, ao reconhecer os princípios da igualdade e fraternidade, e ao afirmar que todos os homens, independentemente da origem, raça, sexo ou credo são iguais, representou uma sensível mudança na estrutura da sociedade até então existente.

Esta postura igualitária, de valorização da pessoa humana, identifica-se com o princípio da dignidade humana, no qual todos os homens são livres e responsáveis por seus atos já que são possuidores da mesma dignidade.

No entanto, com o pensamento de Immanuel Kant, talvez tenha surgido a melhor expressão do conceito de dignidade humana, pois, até hoje, é justamente no pensamento de Kant que a doutrina parece estar identificando as bases de uma fundamentação e, de certa forma, de uma conceituação da dignidade da pessoa humana:

Verifica-se que o elemento nuclear da noção de dignidade da pessoa humana parece continuar sendo reconduzido – e a doutrina majoritária conforta esta conclusão – primordialmente à matriz Kantiana, centrando-se, portanto, na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa (de cada pessoa). (SARLET, 2007. p.45).

A filosofia kantiana concebia o homem como um ser racional, que existia como um fim em si mesmo, e não como um meio para os outros. Em função dessa condição de ser racional, comum a todos os seres humanos, é que o homem poderia

ser chamado de pessoa – pessoa humana. Com base nessa premissa, Kant sustenta que:

O Homem, e, duma maneira geral, todo ser racional, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como um fim... Portanto, o valor de todos os objetos que possamos adquirir pelas nossas ações é sempre condicional. Os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm, contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (e é um objeto de respeito). (KANT, 1980)

Importante salientar, entretanto, que tendo em vista a diversidade históricocultural que reina entre os povos, em muitas situações somente poderemos afirmar se houve ou não a violação da dignidade da pessoa humana por meio da análise do caso concreto. Desse modo, aquilo que numa determinada cultura pode ser considerada uma gritante violação dos direitos à dignidade humana, em outra pode ser reconhecido como uma conduta legal.

Assim, são precisas as lições de Ingo Wolfgang Sarlet¹⁶ quando indaga:

Até que ponto a dignidade não está acima das especificidades culturais, que, muitas vezes, justificam atos que, para a maior parte da humanidade são considerados atentatórios à dignidade da pessoa humana, mas que, em certos quadrantes, são tidos por legítimos, encontrando-se profundamente enraizados na prática social e jurídica de determinadas comunidades. Em verdade, ainda que se pudesse ter o conceito de dignidade como universal, isto é, comum a todas as pessoas em todos os lugares, não haveria como evitar uma disparidade e até mesmo conflituoso sempre que se tivesse de avaliar se uma determinada conduta é, ou não, ofensiva à dignidade. (SARLET, 2007. p.60.)

Então, respeitando as diversidades culturais existentes, podemos dizer, de forma concisa, que o princípio da dignidade humana se relaciona com os direitos humanos, ou melhor, inspira os direitos humanos.

1.1.1 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

O princípio da dignidade da pessoa humana é a matriz de diversos outros direitos e garantias fundamentais das Cartas Políticas de diversos povos e da Constituição brasileira de 1988, dos quais decorre a liberdade de pensamento, a

liberdade de reunião, a inviolabilidade de domicílio, a liberdade de locomoção, o direito à vida, o direito ao trabalho, o direito à saúde, o direito à educação e o direito à segurança, dentre outros valores essenciais ao homem.

A sétima Constituição adotada no país, a Carta Cidadã, foi promulgada no dia 5 de outubro de 1988. Foi a que apresentou maior legitimidade popular e também a que substituiu a Constituição imposta pelo regime militar. O princípio da dignidade humana está inserido expressamente no art. 1º, Título I – Dos Princípios Fundamentais, in verbis:

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

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

Essa evolução constitucional propiciou o reconhecimento da importância da dignidade humana, fazendo com que o legislador constituinte concedesse status normativo ao princípio da dignidade humana, entendendo-o como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

O princípio da dignidade humana é um princípio constitucional que ilumina todos os demais princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais.

Reafirmamos que, como princípio constitucional, a dignidade da pessoa humana deverá ser entendida como “viga mestre” destinada a orientar todo o sistema no que diz respeito à criação, à sua interpretação e à aplicação de normas jurídicas.

1.2 A PROTEÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

A ideia de direitos humanos é bastante antiga e seu surgimento pode ser apontado no antigo Egito e Mesopotâmia, onde já havia alguns mecanismos para a proteção do indivíduo em relação ao Estado. O Código de Hammurabi (1690 a.C.) constitui um marco no que tange aos mecanismos protetores de direitos humanos das civilizações. Tal código tutelava bens como a vida, a propriedade, a honra, a dignidade e a família, prevendo, igualmente a supremacia das leis em relação aos governantes. (MORAES, 2009. p. 6). Embora de extremo rigor para aplicação nos

tempos atuais, representou um sensível avanço ao estabelecer proporcionalidade entre o delito praticado e a pena cominada.

No direito romano, surge A Lei das XII Tábuas (451-433 a.C.), um complexo mecanismo de interditos visando tutelar os direitos individuais em relação aos arbítrios estatais. (ARAGÃO, Selma Regina. Direitos Humanos).

Assim, no decorrer da história, foram surgindo outros textos legais que visaram amparar o indivíduo contra a tirania dos governantes.

Na Inglaterra surgiram a Magna Charta Libertatum (1215), a petition of Rights (1628), o Hábeas Corpus Act (1679), o Bill of Rights (1689) e Act of Settlement (1701).

A Magna Charta Libertatum, imposta pelo Rei João Sem Terra, previa, entre outras garantias: a proporcionalidade entre o delito e a sanção; a previsão do devido processo legal; o livre acesso à justiça; a liberdade de locomoção e a livre entrada e saída do país.

A petition of Rights, reclamava o respeito ao princípio do consentimento na tributação; o julgamento pelos pares para a privação da liberdade ou da propriedade; e a proibição de detenções arbitrárias.

O Hábeas Corpus Act, criado para proteger a liberdade de locomoção (prisão arbitrária e liberdade de ir e vir), tornou-se a matriz de outras garantias judiciais que vieram a ser criadas posteriormente, para a proteção de outras liberdades fundamentais.

O Bill of Rights significou enorme restrição ao poder estatal, pois previa, dentre outras regulamentações: o fortalecimento do princípio da legalidade; a criação do direito de petição; e a vedação à aplicação de penas cruéis.

O Act of Settlement configurou-se em um ato normativo que reafirmava o princípio da legalidade e da responsabilização política dos agentes públicos.

Posteriormente, na evolução dos direitos humanos, encontramos nos Estados Unidos da América os seguintes documentos históricos: Declaração de Direitos da Virgínia (1776), Declaração de Independência dos Estados Unidos da América (1776) e Constituição dos Estados Unidos da América (1787).

A Declaração de Direitos da Virgínia proclamava, dentre outros direitos: o direito à vida; o direito à liberdade; o direito à propriedade; o princípio da legalidade; o tribunal do júri; e o princípio do juiz natural e imparcial.

A Declaração de Independência dos Estados Unidos da América representou o ato inaugural da democracia moderna, a qual combinou a representação popular com a limitação de poderes governamentais e o respeito aos direitos humanos.

A Constituição dos Estados Unidos da América, por sua vez, visando limitar o poder estatal, estabeleceu a separação dos poderes estatais e proclamou diversos direitos humanos fundamentais como, por exemplo, o devido processo legal, a liberdade religiosa, a inviolabilidade de domicílio, a ampla defesa e a proibição de aplicação de penas cruéis.

Na França, temos a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e a Constituição Francesa (1791).

O marco basilar na consagração normativa dos direitos humanos fundamentais coube à França, a qual promulgou, em 26 de agosto de 1789, por meio da Assembleia Nacional, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, composta por 17 artigos. Dentre as importantes previsões destacam-se as seguintes: o princípio da igualdade; o direito à liberdade; o direito à propriedade; o direito à segurança; o direito de resistência à opressão; o princípio da presunção da inocência; e o direito à livre manifestação de pensamento.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi adotada em 10 de dezembro de 1948. Ela constitui a mais importante conquista dos direitos humanos fundamentais em nível internacional.²³ Ela foi uma reação, uma manifestação histórica, contra as atrocidades cometidas na II Guerra Mundial, e apontava o devido e necessário respeito aos direitos humanos, entendidos como universais.

Alexandre de Moraes, reafirma a importância dessa Declaração:

A Declaração Universal dos Direitos dos Homens adotada e proclamada pela Resolução nº 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10-12-1948, reafirmou a crença dos povos das Nações Unidas nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos do homem e da mulher, visando à promoção do progresso social e à melhoria das condições de vida em uma ampla liberdade. (SARLET, 2007. p.26)

Pelo exposto, podemos afirmar que o sentido maior dessa Declaração foi o resgate e a proteção da dignidade humana, uma vez que ela traz a previsão de que basta ser um humano para ter dignidade e ser titular dos direitos nela inseridos.

1.2.1 Os direitos humanos fundamentais nas constituições brasileiras

Alexandre de Moraes sintetiza a importância do tema “direitos humanos” na Constituição Brasileira:

A constitucionalização dos direitos humanos fundamentais não significou mera enunciação de princípios, mas a plena positivação de direitos, a partir dos quais qualquer indivíduo poderá exigir sua tutela perante o Poder Judiciário para concretização da democracia. Ressaltamos, ainda, que a proteção judicial é absolutamente indispensável para tornar efetiva a aplicabilidade e o respeito aos direitos humanos fundamentais previstos na Constituição Federal e no ordenamento jurídico em geral. (MORAES, 2002. p.72)

Por isso, a grande relevância do tema direitos humanos nas Constituições do Brasil, as quais, paralelamente às evoluções do Direito do Homem, também evoluíram no tempo.

A Constituição de 1937, apesar das características políticas preponderantes à época²⁸, também consagrou um grande número de direitos e garantias individuais, inseridos nos 17 incisos de seu art. 122.

Visando dar fim aos instrumentos repressivos criados durante o Estado Novo, a Constituição de 1946, que também previa um capítulo específico para os direitos e garantias individuais (Título IV, Capítulo II), passou a utilizar-se de uma nova redação em seu art. 141, caput, que assim proclamava, in verbis:

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

Devido à sua importância, essa nova redação foi utilizada posteriormente pelas demais Constituições brasileiras.

Anos mais tarde, com a chegada dos militares ao poder em 1964, houve uma série de mudanças no cenário político brasileiro, era o início do Regime Militar²⁹. Os novos governantes priorizavam a contenção das oposições políticas, por meio de Atos Institucionais que ignoravam completamente as diretrizes estabelecidas pela Constituição de 1946 – a defesa dos direitos humanos fundamentais.

Foi nesse período de exceção que a Constituição de 1967 foi outorgada, com predominância do autoritarismo e do arbítrio político. Este documento autoritário foi largamente emendado em 1969, absorvendo mais instrumentos ditatoriais como os do Ato Institucional nº 5 (AI-5) de 1968. A sua promulgação foi aprovada por um Congresso Nacional mutilado pelas cassações, baseada nas reflexões da conjuntura de guerra fria e focada no combate aos inimigos internos tidos como subversivos

(opositores de esquerda), ou seja, o ideal era a teoria da segurança nacional. (CRETELLA JÚNIOR, José. Elementos do direito constitucional).

2 A LEI Nº 4.898/65 – O ABUSO DE AUTORIDADE

O delito de abuso de autoridade é previsto pela Lei 4.898, de 9 de dezembro de 1965. Esse diploma legal tem por finalidade proteger os cidadãos dos abusos praticados por autoridades públicas ou por seus agentes, que possam comprometer direitos e garantias constitucionais como: liberdade de locomoção, inviolabilidade domiciliar, incolumidade física etc.

2.1 A ASPECTOS GERAIS DA LEI Nº 4.898 DE 1965

Dispõe o art. 1º da Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965:

O direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa, civil e penal, contra as autoridades que, no exercício de suas funções, cometerem abusos, são regulados pela presente Lei.

A Lei nº 4.898 de 1965, portanto, além de regular o direito de representação, define os crimes de abuso de autoridade e estabelece a forma de apuração das responsabilidades administrativa, civil e penal. Por isso, é conhecida como Lei de Abuso de Autoridade. Trata-se de legislação que disciplina a responsabilização do agente em três esferas distintas: a administrativa, a civil e a criminal.

Jorge César de Assis, a respeito dessa lei, afirma: “é, inegavelmente, o pesadelo da atividade policial, que, por suas características coercitivas, anda bem próximo da margem da lei”

Entretanto, antes de adentrarmos no tema específico, faz-se necessária, desde logo, uma observação quanto ao nome pela qual esta lei é conhecida: Lei de Abuso de Autoridade. Alguns doutrinadores afirmam haver uma incoerência na terminologia empregada. Para eles, o mais correto seria a utilização da expressão abuso de poder no lugar de abuso de autoridade. A terminologia hoje adotada veio a ser consagrada pelo uso.

Destinada ao combate da violência exercida pelos órgãos oficiais de controle social. No entanto, em termos práticos, de pouca ou de nenhuma repercussão coercitiva resultaram tais medidas, como bem explana Fernando Capez:

A Lei de Abuso de Autoridade foi criada em um período autoritário com intuito meramente simbólico, promocional e demagógico. A despeito de pretensamente incriminar os chamados abuso de poder e de ter previsto um procedimento célere, na verdade, cominou penas insignificantes, passíveis de substituição por multa e facilmente alcançáveis pela prescrição. De qualquer modo, a finalidade da Lei nº 4.898 de 1965 é prevenir os abusos praticados por autoridades, no exercício de suas funções, ao mesmo tempo em que, por meio de sanções de natureza administrativa, civil e penal, estabelece a necessária reprimenda. (MADEIRA, 2005. p.339)

Podemos concluir que a Lei de Abuso de Autoridade está ultrapassada. Ela precisa ser repensada, em especial para melhor proteger os direitos e garantias fundamentais previstos na Carta Maior de 1988, bem como para que se possam tornar realmente efetivas as sanções destinadas a coibir e punir o abuso de autoridade.

2.2 PENAS – CONSEQUÊNCIAS DO ABUSO DE AUTORIDADE

O abuso de autoridade pode implicar responsabilidade administrativa, civil e penal.

As sanções para os crimes de abuso de autoridade estão previstas no art. 6º da Lei nº 4.898 de 1965. Para fins administrativos, temos o tratamento no parágrafo 1º, para fins civis temos o parágrafo 2º e para fins penais temos o parágrafo 3º.

As instâncias administrativa, civil e penal são autônomas, ou seja, uma eventual punição na área penal não afeta o campo administrativo ou civil e assim sucessivamente. Portanto, nada impede que um policial seja punido nas três esferas por um mesmo fato.

No parágrafo 1º, art. 6º, da lei em estudo, temos elencadas as sanções administrativas, as quais serão aplicadas de acordo com a gravidade do abuso. São elas: advertência; repreensão; suspensão do cargo ou função ou posto por prazo de 5 a 180 dias, com perda de vencimentos e vantagens; destituição de função; demissão; e demissão a bem do serviço público.

No art. 6º, parágrafo 2º, da Lei nº 4.898 de 1965, há a previsão da sanção civil: “a sanção civil, caso não seja possível fixar o valor do dano, consistirá no pagamento de uma indenização de quinhentos a dez mil cruzeiros”. O valor fixado neste dispositivo legal é inaplicável, pois a moeda que os representava desapareceu, não se podendo empreender uma atualização senão por meio de lei.

Do dispositivo em exame se conclui que tal sanção será aplicada pelo magistrado, o qual arbitrará, de acordo com seu livre convencimento, o valor da indenização, devendo levar em conta as pessoas do ofendido e do agente causador do dano, bem como o alcance do dano. (FREITAS, 2001. p.100).

Por fim, o parágrafo 5º prevê que “quando o abuso for cometido por agente policial, civil ou militar, poderá ser cominada pena acessória de proibição do exercício da função no local da culpa, pelo prazo de 1 a 5 anos”.

Pelo disposto no parágrafo 5º, existe a possibilidade de o policial, civil ou militar, receber sanção diferenciada das demais autoridades.

Conforme artigo 61 da Lei 9.099/95, preceitua:

"Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa."

Apresenta duas diferenças em relação ao art. 61 da Lei n. 9.099/95:

1.ª) eleva o máximo da pena abstratamente cominada, para efeito de incidência da competência especial, de um para dois anos;

2.ª) não contém a cláusula restritiva "excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial".

Verifica-se que, além de ampliar o rol dos delitos de menor potencial ofensivo por meio da elevação da pena máxima abstrata cominada ao delito, a lei nova *silencia a respeito das exceções*, estendendo mais ainda o conceito de infrações de menor potencial ofensivo. Os dois dispositivos cuidam do mesmo assunto, qual seja, conceituação legal de crime de menor potencial ofensivo, empregando, porém, regras diversas: enquanto a anterior excetua, reduzindo o campo de incidência da norma, a segunda generaliza, ampliando-o. Diante disso, de prevalecer a posterior, inegavelmente de direito penal material. Mais benéfica, estendendo relação dos crimes de menor potencial ofensivo, derroga a anterior (CF, art. 5.º, XL; CP, art. 2.º, parágrafo único).

Em suma, entendemos que o parágrafo único do art. 2.º da Lei n. 10.259/2001 derogou também a parte final do art. 61 da Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei n. 9.099/95), ampliando a sua extensão. Em consequência, devem ser considerados delitos de menor potencial ofensivo, para efeito do art. 61 da Lei n. 9.099/95, aqueles aos quais a lei comine, no máximo, pena detentiva não superior a

dois anos, ou multa, *sem exceção*. De maneira que os Juizados Especiais Criminais da Justiça Comum Estadual passam a ter competência sobre todos os crimes a que a norma de sanção imponha, no máximo, pena detentiva não superior a dois anos (até dois anos), ainda que tenham procedimento especial.

2.3 OS CRIMES DE ABUSO DE AUTORIDADE OBJETOS DE ESTUDO

A Lei nº 4.898 de 1965 elencou em seus artigos 3º e 4º o rol das hipóteses fáticas para a ocorrência do crime de abuso de autoridade.

No entanto, com o objetivo de delimitar este trabalho, tornou-se necessário escolher as situações que nos deparamos com mais frequência no dia a dia das abordagens policiais e que se enquadram no crime de abuso de autoridade.

Elegemos, por isso, para análise, as figuras típicas previstas nas alíneas “a” e “i”, do art. 3º:

- Art. 3º. Constitui abuso de autoridade qualquer atentado:
- a) à liberdade de locomoção;
 - b) à inviolabilidade do domicílio;
 - c) ao sigilo da correspondência;
 - d) à liberdade de consciência e de crença;
 - e) ao livre exercício do culto religioso;
 - f) à liberdade de associação;
 - g) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício do voto;
 - h) ao direito de reunião;
 - i) à incolumidade física do indivíduo;
 - j) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional.

Sobre a relevância das hipóteses fáticas passíveis de serem violadas, previstas nas alíneas do art. 3º, Baltazar Júnior se expressa:

As alíneas do art. 3º da Lei 4.989/65 fazem referência a vários direitos fundamentais previstos no art. 5º da CF, o que demonstra, significativamente, que os delitos em questão se situam no âmago da tensão entre os direitos individuais e a atuação do Estado. (BALTAZAR, 2009. p.259)

2.3.1 Atentado a liberdade de locomoção

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, trata dos direitos e garantias individuais. Dentre os muitos direitos consagrados na Carta Maior podemos destacar a liberdade de locomoção do cidadão, prevista nos incisos XV e LXI:

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:

[...]

XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens.

[...]

LXI - Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão ou crime militar, definidos em lei.

De acordo com o inciso LXI, art. 5º, da Constituição Federal, a prisão somente poderá ocorrer diante de mandado judicial ou em caso de flagrante delito, não podendo o cidadão ser privado de sua liberdade fora das hipóteses legais. A prisão para averiguações*, que já foi prática comum por parte da polícia, também é vedada.

*51 Utilizada largamente na prática investigatória pela Polícia Judiciária nos tempos dos governos militares, a "prisão para averiguação", que consistia em cercar a liberdade de locomoção de um cidadão sem que houvesse nenhuma investigação a seu respeito, passou a ser vista como grave violação ao texto constitucional, que não mais admite a prisão senão a decorrida do estado de flagrância ou por ordem da autoridade judiciária competente. Disponível em http://www.acrimesp.com.br/Especiais_024.htm. Acessado em 27 mai. 2019.

Consagrado na Constituição Federal, o atentado à liberdade de locomoção constitui a primeira figura típica que caracteriza o abuso de autoridade na Lei nº 4.898 de 1965, art. 3º, alínea "a":

Art. 3º. Constitui abuso de autoridade qualquer atentado:
à liberdade de locomoção;
[...]

Configura-se atentado à liberdade de locomoção, qualquer forma de restrição, mesmo que a privação da liberdade não se dê em uma cela, mas em uma sala, corredor ou pátio. (BALTAZAR JÚNIOR, 2009. p.261).

O cidadão, entretanto, não está desamparado caso ocorra qualquer situação em que ele se sinta prejudicado em seu direito de locomoção. Neste caso, ele poderá valer-se de um remédio constitucional: o Habeas Corpus, conforme assegura a Carta Maior em seu art. 5º, LXVII: "conceder-se-á habeas-corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder".

De forma concisa, Alexandre de Moraes conceitua este remédio constitucional:

Portanto, o habeas corpus é uma garantia individual ao direito de locomoção, consubstanciada em uma ordem dada pelo Juiz ou Tribunal ao coator, fazendo cessar a ameaça ou coação à liberdade de locomoção em

sentido amplo – o direito do indivíduo de ir, vir e ficar. (MORAES, 2007. p.17)

Portanto, o Habeas Corpus constitui uma garantia da liberdade de locomoção contra ilegalidade ou abuso de poder de autoridade pública.

Podemos concluir, então, que todo o cidadão tem o direito de se locomover para onde bem entender, desde que respeite o direito dos demais cidadãos e as normas legais vigentes.

2.3.2 O direito a incolumidade física

O direito à incolumidade física tem previsão constitucional no artigo 5º, inciso III, que estabelece: “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”.

Essa proteção também está prevista na Lei de Abuso de Autoridade, alínea “i”, do art. 3º:

Art. 3º. Constitui abuso de autoridade qualquer atentado:
[...]
à incolumidade física do indivíduo;
[...]

Esse crime, previsto na lei em comento, para que se enquadre no crime de abuso de autoridade, deve ter como sujeito ativo o agente da administração pública e como sujeito passivo o cidadão, de forma que venha atingir a integridade física deste último, não importando se a violência deixou ou não vestígios ou casou lesões corporais, conforme entendimento de Alexandre de Moraes e Gianpaolo Poggio Smanio:

Consiste na ofensa praticada pelo agente da administração, no exercício de um cargo, emprego ou função, contra o indivíduo, de modo a atingir sua integridade física. Irrelevante, no caso, tenha a conduta deixado vestígios, à medida que a violência se caracteriza pelo emprego de força física, mastratos ou vias de fato. (MORAES, Alexandre de. SMANIO, Gianpaolo Poggio)

Portanto, somente haverá crime se houver abuso ou mau uso da força.

Esse crime abrange toda ofensa praticada pela autoridade, que pode ir de uma violência mais leve, como as vias de fato, à uma violência mais grave, como o homicídio. Estão englobadas tanto a violência física como a violência moral (tortura psicológica, emprego de gases, disparo de armas de fogo para o ar, etc.) (CAPEZ, 2008. p.17).

No entanto, pelo posicionamento da doutrina, podemos dizer que se o atentado à incolumidade física for crime de tortura, a tortura absorverá o crime de abuso de autoridade.

Nesta mesma linha, se posicionam Gilberto Passos de Freitas e Vladimir Passos de Freitas:

Se a violência praticada pela autoridade ou quem a exerça for cometida com a finalidade de obter informação, declaração ou confissão, ou, ainda, para provocar ação ou omissão de natureza criminosa, o delito a se configurar será o da tortura, previsto na Lei 9.455/97, que regulamentou o inciso XLIII, do art. 5º da CF. (FREITAS; FREITAS, 2001. p. 59).

Capez, na mesma esteira, traz um exemplo pertinente ao tema em comento:

Com efeito, se um policial, por exemplo, constranger um criminoso com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental, com o fim de obter informação, declaração ou confissão, haverá a configuração do crime previsto no art. 1º, I, a, da Lei 9.455/97. (CAPEZ, 2008. p.19).

Portanto, nas relações entre o Estado e os cidadãos, o uso da força é permitido para garantir a paz social, desde que a polícia atue empregando a força comedida, proporcional ao risco representado pela resistência alheia à autoridade policial, ou seja, este agente público deve atuar dentro dos princípios da legalidade, da proporcionalidade e, principalmente, respeitando a dignidade da pessoa humana.

2.4 VIOLÊNCIA ARBITRÁRIA (ART. 322 DO CÓDIGO PENAL)

A violência arbitrária está prevista no art. 322 do Código Penal: “Praticar violência, no exercício de função, ou a pretexto de exercê-la”.

No entanto, tendo em vista a semelhança desse dispositivo com o art. 3º, alínea “i”, da Lei nº 4.898 de 1965, surgiu a dúvida se o art. 322 do Código Penal havia sido revogado. Duas correntes doutrinárias e jurisprudenciais se formaram com vistas a solucionar esse conflito de normas.

O entendimento majoritário da doutrina (JESUS, Damásio E. De. Direito penal, parte especial,) é que o art. 322 do Código Penal foi revogado tacitamente pela mencionada lei especial, embora na jurisprudência exista uma corrente em sentido contrário. (No sentido de que houve a revogação do art. 322 do CP: RT, 405/417, 512/343, 592/326. Em sentido contrário: RT, 472/392, 511/322, 520/466).

O doutrinador Cezar Roberto Bitencourt (BITENCOURT, 2000. p. 1095) ao comentar o art. 322 do Código Penal também defende a revogação do referido artigo penal:

É objeto de discussão doutrinária e jurisprudencial a vigência do art. 322 do CP após o advento da Lei nº 4.898/65, que dispõe sobre o abuso de autoridade. Entendemos revogado o art. 322 em consonância com a doutrina (Damásio de Jesus, Questões criminais, p.14; Gilberto e Vladimir Passos de Freitas, Abuso de Autoridade, p. 120; Júlio Fabrini Mirabete, Manual de Direito Penal. v.3, p.130). Reina grande divergência na Jurisprudência: a) a favor: (JTAC, 11:152, 14:372, 31:340 e 46:371, TR 376:246, 382:206, 533:565 e 592:326); b) contra: (STF, RT, 449:504, TACrim, RT, 609:344; TJRJ, RT 520:466).

Dentro da estrutura do Código Penal, o art. 322 está entre os crimes funcionais, ou seja, é um crime que só pode ser praticado por funcionário público e que ofende a administração pública em geral.

Embora a pena privativa de liberdade prevista na Lei de Abuso de Autoridade, a qual prevê uma pena de 10 dias a 6 meses, seja menor que a pena prevista no Código Penal para o crime de violência arbitrária, o qual prevê uma pena de 6 meses a 3 anos, as outras sanções impostas pela lei de abuso, como a perda do cargo e inabilitação para o exercício da função pública pelo prazo de até três anos etc., tornam a punição mais eficiente. (SANTOS, 2003. p.58).

Pelo exposto, devemos entender que a corrente que deve vigorar é a que prega a revogação do art. 322 do Código Penal, pois a violência praticada no exercício da função pública foi abarcada pelo delito especial da Lei de Abuso de Autoridade.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na falta de proteção estatal adequada na prevenção e repressão ao crime de abuso de autoridade, enquanto não editada nova lei penal mais eficaz na prevenção e repressão de crime tão grave à sociedade brasileira, caberá ao judiciário brasileiro a aplicação da técnica da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, aplicando sim o princípio da supremacia conforme a Constituição, pois deste confronto entre a lei menor e a lei maior, não restará outra alternativa a não ser declarar a inconstitucionalidade do art. 61 da lei 9.099/95. (Redação dada pela lei 10.259/01).

Não podemos considerar o abuso de autoridade como crime de menor potencial ofensivo quando sabemos que o excesso de poder fulmina de morte princípios como a Legalidade, Moralidade, Impessoalidade, Eficiência, Razoabilidade e Proporcionalidade, além de desproteger garantias individuais constitucionais.

Como um marco regulador, uma lei que busca proteger dois bens jurídicos: os direitos individuais e coletivos e a regular a prestação dos serviços públicos. Sob essa ótica podemos dizer que esse crime é de dupla objetividade jurídica.

Importante previsão para a democracia das instituições brasileiras, o crime de abuso de autoridade tem ampla discussão doutrinária e recorrentes debates na jurisprudência nacional, assim sendo, buscou-se compreender a temática à luz dos tribunais superiores que, em muitos dos casos, divergem dos posicionamentos adotados pela doutrina nacional.

Dessa forma, compreender o instituto à luz do STJ e do STF nos faz perceber a dimensão sempre atual da temática, nem sempre de fácil solução ou equacionamento jurisprudencial, e que por isso deve ser levada a sério e defendida para que logre êxito em defesa do cidadão e de toda a sociedade.

REFERÊNCIAS

MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula. Eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ARAGÃO, Selma Regina. Direitos Humanos: do mundo antigo ao Brasil de todos. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

ASSIS, Jorge César de, etii. Lições de direito para a atividade das polícias militares e das forças armadas. Curitiba: Juruá Editora, 2007.

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal - legislação penal especial, vol. 4, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Crimes federais. 4. ed., Porto Alegre: livraria do advogado, 2009,

CRETELLA JÚNIOR, José. Elementos do direito constitucional. São Paulo: RT, 2000.

MORAES, Alexandre de. SMANIO, Gianpaolo Poggio. Legislação Especial, 10. ed., São Paulo: Atlas, 2007,

- JESUS**, Damásio E. **Direito Penal: Parte Geral**, v. 1. São Paulo: Saraiva, 1993.
- NUCCI**, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**, 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- BITENCOURT**, Cezar Roberto. Código penal comentado. São Paulo: Saraiva, 2000
- CHIMENTI**, Ricardo Cunha; CAPEZ, Fernando; ROSA, Márcio F. Elias; SANTOS, Maria F. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009. 67 CHIMENTI, Ricardo Cunha, et alii. Curso direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DI PIETRO**, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- FERREIRA FILHO**, Manoel Gonçalves, Direitos humanos fundamentais. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- FREITAS**, Gilberto Passos de; FREITAS, Vladimir Passos de. Abuso de Autoridade, 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- GRECO**, Rogério. Atividade Policial: Aspectos penais, processuais penais, administrativos e constitucionais, 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.
- JESUS**, Damásio Evangelista de, apud FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS, Vladimir Passos de. Abuso de autoridade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- KANT**, Immanuel. Fundamento da metafísica dos costumes, in: os pensadores – Kant, trad. Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980.
- MIRABETE**, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Manual de direito penal – parte geral. vol. I, 24 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2007
- MORAES**, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada. São Paulo: Atlas, 2002.
- MORAES**, Alexandre de. Direito constitucional. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- MORAES**, Bismael Batista. Estado e segurança diante do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- NUCCI**, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- SARLET**, Ingo Wolfgang, A eficácia dos direitos fundamentais, 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- SARLET**, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- MADEIRA**, José Maria Pinheiro et al. O abuso do poder do Estado. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

2 DA INTERNET

BOLDRINI, Rodrigo Pires da Cunha. A proteção da dignidade da pessoa humana como fundamentação constitucional do sistema penal. Disponível em: . Acesso em: 28 mai. 2019

<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/104075/lei-de-abuso-de-autoridade-lei-4898-65>, . Acesso em 01 jun 2019.

DIREITO DO TRABALHO DA MULHER

Marcos Anderson Silva Cavalcante
Albérico Santos Fonseca

RESUMO: . Durante anos a mulher vem marcando a sociedade com sua perseverança a fim de conquistar seu lugar no mercado de trabalho. Passou por grandes obstáculos, entretanto, atualmente, recompensada pelo esforço de décadas a mulher, teve seus direitos garantidos, tornando-se mais simples a sua inserção no mercado de trabalho, conseguindo fazer valer seus direitos trabalhistas diante da sociedade que até então fora dominada pela força masculina. Assim, o objetivo do presente trabalho é analisar as principais perspectivas da mulher no mercado do trabalho tendo como égide o direito trabalhista. Para isso, será realizada uma pesquisa bibliográfica sobre o tema. Logo, conclui-se que através da Revolução Industrial, A inserção da figura feminina no mercado de trabalho tem como destaque a época em que as indústrias se fortaleciam cada vez mais. O trabalho feminino tornou-se mais acessível aos olhos dos empregadores sendo aproveitado em larga escala, deixando a mão de obra masculina em segundo plano.

Palavras-chave:, Mulher. Mercado de trabalho. Direito das Mulheres.

ABSTRACT: In the year of a woman with the perseverance the trip of your date in market of work. He went through great obstacles, however, currently rewarded by the efforts of a woman, had his vision guaranteed, becoming simpler in his insertion in the labor market, able to assert his labor rights male strength. Thus, the present study is analyzing the main aspects of women in the market, with labor law as an aegis. For this, a bibliographic research will be carried out on the subject. Therefore, it is concluded that the Industrial Revolution, The insertion of the female figure in the labor market has as a highlight the era in which societies value themselves more and more. Women's work became more accessible to the eyes of the feet, and cooked on a large scale, leaving the male workforce in the background,

Keywords:, Woman. Job market. Women's Rights.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Há muito tempo a figura da mulher vem conseguindo espaço cada vez maior no cenário mundial graças à sua força de vontade com o propósito de alcançar seu espaço no mercado de trabalho. Enfrentou inúmeras dificuldades, no entanto, na atualidade, recompensada pelo esforço de décadas a mulher, conseguiu seus direitos garantidos, tornando-se mais simples a sua inserção no mercado de trabalho, fazendo valer seus direitos trabalhistas diante de um mundo que até então fora dominado pela força do homem.

Sendo assim, o presente trabalho buscará como objeto de estudo, a evolução da mulher no mercado de trabalho e seus direitos adquiridos dentro do nosso ordenamento jurídico pátrio, mostrando dessa forma o empenho feminino por direitos iguais, observando-se assim o Princípio da Igualdade, isto é, os iguais de forma igual e os desiguais de acordo com sua desigualdade, a sua inserção no mercado de trabalho, bem como também segurança e respeito.

Ademais, serão objetos deste estudo os direitos aferidos a mulher ao longo dos anos de 1934 a 1988, pela legislação brasileira como também por normas internacionais.

Pois foi em 1943, que conseguimos dar um grande passo em direção às normas de proteção à mulher, qual seja a promulgação da CLT (Consolidação das Leis Trabalhistas), garantindo desta forma todas as matérias concernentes ao trabalho, e, claro, a prática da atividade empregatícia destas.

Depois, aconteceram algumas alterações na CLT e uma destas foi em 1944, momento em que fora admitido o trabalho noturno da mulher em algumas atividades, mas esta teria que ser maior de 18 (dezoito) anos. Há na CLT um Capítulo (Capítulo III do Título III) destinado exclusivamente ao trabalho da mulher, dispostos nas seguintes seções: I – Da duração, condições do trabalho e da discriminação contra a mulher; II – Do trabalho noturno III – Dos períodos de descanso; IV – Dos médicos e locais de trabalho; V- Da proteção a maternidade; VI – Das penalidades.

Ao verificar o teor do assunto de tais normas, o que se comprova é que no âmago de cada regra se almeja a proteção da mulher no tocante à sua saúde, sua moral e sua capacidade reprodutiva, todos relacionados ao equilíbrio e salvaguardando a dignidade do ser humano.

É de conhecimento que, a promulgação da Constituição Federal de 1988 iniciou uma grande conquista para as medidas protecionistas da mulher no campo de trabalho, trazendo-lhes direitos e proteção, garantindo assim, uma nova etapa à figura da mulher que trabalha, trazendo não só o crescimento da mulher no mercado de trabalho, mas a evolução da sociedade como um todo.

Assim, o objetivo do presente trabalho é analisar as principais perspectivas da mulher no mercado do trabalho tendo como egiide o direito trabalhista. Para isso, será realizada uma pesquisa bibliográfica sobre o tema.

2 A EVOLUÇÃO HISTÓRIA DO DIREITO DAS MULHERES

"Nunca duvide que um pequeno grupo de cidadãos conscientes e comprometidos possa mudar o mundo. Na verdade, é a única coisa que já existiu". Essa foi a conclusão de Margaret Mead depois de observar uma vida de diversas culturas ao redor do mundo. Sua percepção foi confirmada várias vezes ao longo do desenvolvimento deste nosso país. Ser permitido viver em uma atmosfera de liberdade religiosa, ter uma voz no governo que você apóia com seus impostos, vivendo livre de escravidão por toda a vida de outra pessoa. Essas crenças sobre como a vida deveria e deveria ser vivida já foram consideradas estranhas por muitos. Mas essas crenças eram fervorosamente mantidas por visionários cujo trabalho inabalável provocava mudanças de opinião e atitudes. Agora essas crenças são comumente compartilhadas pela sociedade dos EUA.

Em primeiro lugar, uma ideia que veio a acontecer: a cidadania dos Estados Unidos para as mulheres. 1998 marcou o 150º aniversário de um movimento de mulheres para alcançar os direitos civis totais neste país. Nas últimas sete gerações, foram realizadas mudanças sociais e legais que agora são aceitas como sendo despercebidas por pessoas cujas vidas mudaram completamente. Muitas pessoas que viveram as últimas décadas desse processo aceitaram alegremente o que aconteceu. E as pessoas mais jovens, na maioria das vezes, dificilmente acreditariam que a vida seria diferente. Eles levaram as mudanças completamente a passos largos, como a vida sempre foi.

As mudanças surpreendentes para as mulheres que têm cerca de sete gerações na vida familiar, na religião, no governo, no emprego, na educação - essas mudanças não aconteceram apenas espontaneamente. As próprias mulheres fizeram essas mudanças acontecerem, muito deliberadamente. As mulheres não têm recebido mudanças miraculosas nas leis e na natureza humana. Sete gerações de mulheres se uniram para afetar essas mudanças das formas mais democráticas: por meio de reuniões, campanhas de petição, lobby, oratória e resistência não-violenta. Eles trabalharam muito deliberadamente para criar um mundo melhor, e conseguiram imensamente.

Ao longo de 1998, o 150º aniversário do Movimento dos Direitos da Mulher está sendo celebrado em todo o país, com programas e eventos sob todas as formas imagináveis. Como muitas histórias surpreendentes, a história do movimento

dos direitos das mulheres começou com um pequeno grupo de pessoas questionando por que as vidas humanas estavam sendo injustamente restritas.

O movimento dos direitos das mulheres marca o 13 de julho de 1848 como seu começo. Naquele dia sufocante de verão no interior de Nova York, uma jovem dona de casa e mãe, Elizabeth Cady Stanton, foi convidada para tomar chá com quatro amigas. Quando o curso de sua conversa se voltou para a situação das mulheres, Stanton despejou seu descontentamento com as limitações impostas à sua própria situação sob a nova democracia dos Estados Unidos. Não teria sido a Revolução Americana levada apenas 70 anos antes para conquistar a liberdade dos patriotas da tirania? Mas as mulheres não haviam conquistado a liberdade, embora tivessem assumido riscos igualmente tremendos durante aqueles anos perigosos. Certamente a nova república se beneficiaria de ter papéis mais ativos em toda a sociedade. Os amigos de Stanton concordaram com ela, apaixonadamente. Este definitivamente não foi o primeiro pequeno grupo de mulheres a ter essa conversa, mas foi o primeiro a planejar e realizar um programa específico de larga escala.

Hoje estamos vivendo o legado desta conversa entre mulheres amigas. Ao longo de 1998, os eventos que celebram o 150º aniversário do Movimento dos Direitos da Mulher estão olhando para as mudanças maciças que essas mulheres iniciaram quando concordaram em convocar a primeira Convenção dos Direitos da Mulher do mundo.

Dois dias depois do chá da tarde juntos, esse pequeno grupo tinha uma data para a convenção, encontrou um local adequado e fez um pequeno anúncio no Seneca County Courier. Eles chamaram "Uma convenção para discutir a condição social, civil e religiosa e os direitos da mulher". O encontro aconteceria na Capela Wesleyana em Seneca Falls em 19 e 20 de julho de 1848.

Estas eram mulheres patrióticas, compartilhando o ideal de melhorar a nova república. Eles viram sua missão como ajudar a república a manter sua promessa de vida melhor e mais igualitária para seus cidadãos. Elizabeth Cady Stanton usou a Declaração da Independência como a estrutura para escrever o que ela chamou de "Declaração de Sentimentos". No que provou ser um movimento brilhante, Stanton conectou a nascente campanha pelos direitos das mulheres diretamente a esse poderoso símbolo americano de liberdade. As mesmas palavras familiares emolduravam seus argumentos: "Consideramos essas verdades evidentes por si

mesmas; que todos os homens e mulheres são criados iguais; que são dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis; que entre estes estão a vida, a liberdade e a busca da felicidade. "

A convenção foi convocada conforme planejado e, nos dois dias de discussão, a Declaração de Sentimentos e 12 resoluções receberam o aval unânime, uma a uma, com algumas emendas. A única resolução que não foi aprovada por unanimidade foi a chamada para a emancipação das mulheres. Que as mulheres deveriam poder votar nas eleições era quase inconcebível para muitos. Lucretia Mott, amiga de longa data de Stanton, ficara chocada quando Stanton sugeriu essa idéia pela primeira vez. E na convenção, um debate acalorado sobre a votação da mulher encheu o ar.

Hoje, é difícil imaginar isso, não é? Mesmo os pedidos sinceros de Elizabeth Cady Stanton, uma mulher refinada e instruída da época, não moveram a assembléia. Só quando Frederick Douglass, o notório abolicionista negro e rico orador, começou a falar, o alvoroço diminuiu. Mulher, como o escravo, ele argumentou, tinha o direito à liberdade. "O sufrágio", afirmou, "é o poder de escolher governantes e fazer leis, e o direito pelo qual todos os outros estão garantidos". No final, a resolução obteve votos suficientes para ser aceita, mas por uma maioria.

A Declaração de Sentimentos terminou com uma nota de completo realismo: "Ao entrar na grande obra que temos diante de nós, não prevemos nenhuma pequena quantidade de equívoco, deturpação e ridicularização; mas usaremos todos os instrumentos ao nosso alcance para efetuar nosso objeto. Empregamos agentes, distribuimos folhetos, peticionamos as legislaturas estaduais e nacionais e nos empenhamos em alistar o púlpito e a imprensa em nosso nome. Esperamos que esta Convenção seja seguida por uma série de convenções, abrangendo todas as partes do país".

As mulheres de Seneca Falls esperavam otimisticamente "uma série de convenções envolvendo todas as partes do país". E foi exatamente isso que aconteceu. Convenções de direitos das mulheres foram realizadas regularmente de 1850 até o início da Guerra Civil. Alguns atraíram multidões tão grandes que as pessoas realmente tiveram que ser afastadas por falta de espaço suficiente para reuniões!

O movimento dos direitos das mulheres do final do século 19 passou a abordar a ampla gama de questões enunciadas na Convenção de Seneca Falls. Elizabeth Cady Stanton e mulheres como Susan B. Anthony, Lucy Stone e Sojourner Truth viajaram pelo país dando palestras e organizando durante os quarenta anos seguintes. Eventualmente, ganhar o direito de voto surgiu como a questão central, uma vez que a votação forneceria os meios para alcançar as outras reformas. Tudo dito, a campanha pelo sufrágio feminino encontrou uma oposição tão firme que levou 72 anos para as mulheres e seus partidários masculinos serem bem sucedidos.

Como você pode imaginar, qualquer campanha de 72 anos inclui milhares de estrategistas políticos, organizadores capacitados, administradores, ativistas e lobistas. A história do ativismo dos direitos das mulheres diligente é uma ladainha de conquistas contra tremendas chances, de estratégias engenhosas e táticas ultrajantes usadas para enganar os adversários e aproveitar ao máximo os recursos limitados. É um conto dramático, cheio de mulheres notáveis enfrentando obstáculos incríveis para conquistar o direito civil americano mais básico - a votação.

Depois que a votação foi finalmente vencida em 1920, o movimento organizado pelos direitos das mulheres continuou em várias direções. Enquanto a maioria das mulheres que marcharam, pediram e fizeram lobby pelo sufrágio feminino não procuraram mais, uma minoria - como Alice Paul - entendeu que a busca pelos direitos das mulheres seria uma luta contínua que só foi avançada, não satisfeita, pelo voto.

Em 1919, quando a vitória do sufrágio se aproximava, a Associação Nacional do Sufrágio Feminino Americano reconfigurou-se na Liga das Mulheres Eleitoras para garantir que as mulheres levassem a sério o seu voto duramente conquistado e o usassem sabiamente.

Em 1920, o Departamento do Trabalho das Mulheres foi criado para coletar informações sobre a situação das mulheres no trabalho, e para advogar por mudanças que fossem necessárias. Muitos sufragistas envolveram-se ativamente no lobby por legislação que protegesse as mulheres trabalhadoras de abuso e condições inseguras.

Em 1923, Alice Paul, a líder do National Woman's Party, deu o próximo passo óbvio. Ela elaborou uma Emenda de Direitos Iguais para a Constituição dos Estados Unidos. Essa lei federal, argumentava-se, asseguraria que "homens e mulheres têm

direitos iguais em todos os Estados Unidos". Uma emenda constitucional seria aplicada uniformemente, independentemente de onde a pessoa vivesse.

A segunda ala do movimento pós-sufrágio não foi explicitamente antecipada na Declaração de Sentimentos de Seneca Falls. Foi o movimento de controle de natalidade, iniciado por uma enfermeira de saúde pública, Margaret Sanger, assim como o movimento de sufrágio foi aproximando sua vitória. A ideia do direito da mulher de controlar seu próprio corpo e, especialmente, de controlar sua própria reprodução e sexualidade, acrescentou uma nova dimensão visionária às ideias de emancipação das mulheres. Este movimento não apenas endossou educar as mulheres sobre os métodos existentes de controle de natalidade.

Em 1943, tivemos um grande avanço na edição de normas protetivas à mulher, que foi a promulgação da CLT (Consolidação das Leis Trabalhistas), solidificando todas as matérias relativas ao trabalho, e, claro, o exercício da atividade empregatícia da mulher. Como resta sabido, a promulgação da Constituição Federal de 1988 foi um grande marco para a proteção da mulher no mercado de trabalho, conferindo direitos e proteção à mesma, garantindo assim, uma nova etapa à mulher trabalhadora, demonstrando não só a evolução da mulher no mercado de trabalho, mais também a evolução da sociedade.

3 A MULHER NO MERCADO DE TRABALHO

De acordo com Barros (2011) os homens eram responsáveis pela caça e pesca. E as mulheres ficavam em casa cuidando dos afazeres domésticos e das crianças. Além disso também era de sua responsabilidade trabalhar na ceifa e no preparo do pão.

Dessa forma:

Na Idade Média, além da agricultura, era responsabilidade da mulher os trabalhos de tapeçaria, ourivesaria e vestuário. Entre os séculos X e XIV, as profissões comuns entre os sexos aumentaram, havendo mulheres escritãs, médicas, e professoras e os salários, não eram muito diferente do dos homens. Já no Renascimento, as mulheres perderam várias atividades que lhe tinham sido atribuídas, ficando dentro de casa entregues a trabalhos a domicilio (PERBONI ADAMS; VAUCHER, 2013,p.3).

Segundo Stocco (2011) até o século passado as mulheres viviam de acordo com o modelo patriarcal onde o homem era o único mantedor da família. As

mulheres eram educadas tendo em vista a reprodução. Ou seja, ela não trabalhava em troca de dinheiro.

Aquelas que trabalhavam eram viúvas e conseqüentemente era uma classe menos favorecida e necessitava de ocupações de cunho doméstico para poder de sustentar. Mas, mesmo assim a mulher tinha que ocupar o papel de esposa, mãe e dona do lar.

A inserção de fato da mulher no mercado de trabalho foi por volta da I e II Guerra Mundial que por causa da necessidade imperiosa de que os homens teriam que ir para o campo de batalha e as mulheres teriam que sustentar os negócios da família. Logo:

“Desde o final dos anos 40, as mulheres de todo o mundo vêm ingressando em massa em um mercado de trabalho em constante mudança” e que se revela cada vez mais seletivo. “A mulher deixou de ser apenas uma parte da família para se tornar comandante dela em algumas situações”, permitindo assim que a estrutura familiar começasse a ser modificada. A entrada da mulher no mercado de trabalho fez com que aquela família tradicional, que tinha na figura do homem o responsável pelo sustento e satisfação das necessidades humanas e na figura da mulher a responsável pelos afazeres domésticos e cuidados com filhos e marido, fosse modificada. A mulher exercendo uma atividade econômica passaria a ter condições de assumir a posição de chefe do lar, quando necessário, e o homem, em casos extremos, também poderia assumir o posto das mulheres (COAN, 2008, p.34)

Entretanto, quando a guerra acabou os homens que sobreviveram estava mutilados e impossibilitados de voltar ao trabalho e foi nesse momento que a mulher deixou a sua casa para levar adiante os projetos familiares, segundo Stocco (2011).

Enquanto que na década de 70 d 80:

Este processo de expansão da força de trabalho feminino foi acompanhado por algumas mudanças no perfil etário das trabalhadoras. Se na década de 70 a força de trabalho feminino era composta, em sua maioria, por jovens, solteiras e com pouca ou nenhuma instrução. Nos anos 80 as trabalhadoras tinham idade acima de 25 anos, eram, em alguns casos, chefes de família e na maioria casadas, além de possuírem um grau mais elevado de instrução e níveis de renda mais altos. Nos anos 90 houve uma continuação deste padrão e o mercado de trabalho feminino ficou mais “adulto”, ou seja, as mulheres mais velhas passaram a ocupar mais postos de trabalho do que as mais jovens (COAN, 2008, p.34)

No início da década de 70 no Brasil houve uma intensificação das mulheres no mercado de trabalho. Enquanto que a década de 80 foi conhecida como o processo de expansão da força de trabalho feminina. Uma vez que o processo de abertura comercial foi mercado por baixos investimentos na economia e isso foi

considerado um contexto adverso. Mas, as mulheres conseguiram se inserir no mercado de trabalho. No Brasil:

Nas últimas décadas do século XX, presenciamos um dos fatos mais marcantes na sociedade brasileira, que foi a inserção, cada vez mais crescente, da mulher no campo do trabalho, fato este explicado pela combinação de fatores econômicos, culturais e sociais. Em razão do avanço e crescimento da industrialização no Brasil, ocorreram a transformação da estrutura produtiva, o contínuo processo de urbanização e a redução das taxas de fecundidade nas famílias, proporcionando a inclusão das mulheres no mercado de trabalho (CAMARGO, 2013, p.34).

De forma geral, tem se identificado a expansão da força feminina de trabalho. Uma vez que, elas trabalham de forma prolongada tanto em casa quanto no trabalho. Dessa forma, torna-se necessário ressaltar que as mulheres desempenham duplas jornadas de trabalho, onde uma é dentro de casa e a outra fora. E muitas vezes acabam não sendo reconhecidas pelos seus trabalhos. É necessário destacar que:

As mulheres seguem sendo as principais responsáveis pelas atividades domésticas e cuidados com os filhos e demais familiares, o que representa uma sobrecarga para aquelas que realizam atividades econômicas. Estando ou não no mercado, todas as mulheres são donas-de-casa e realizam tarefas que, mesmo sendo indispensáveis para a sobrevivência e o bem-estar de todos os indivíduos, são desvalorizadas e desconsideradas nas estatísticas, que as classifica como "inativas". (BRUSCHINI, 1998, pag. 2).

Ou seja, a mulher sofre discriminação no mercado de trabalho constantemente. Uma vez que os homens acreditam que elas não conseguem realizar bons trabalhos. De forma geral, as mulheres sempre são colocadas para funções onde o nível de instrução é baixa, e muitas vezes tem que se submeter aos homens.

Na tabela abaixo demonstra a mulher no mercado global:

| TABELA 1 – Situação da mulher no mercado de trabalho global em 2005. |
|--|
| _ a) as mulheres são responsáveis por 2/3 do trabalho realizado no mundo e recebem 1/3 dos salários; |
| _ b) as mulheres são detentoras de 1/10 da renda mundial; |
| _ c) as mulheres representam 2/3 dos/das analfabetas do mundo; |
| _ d) as mulheres detêm menos do que 1/100 das propriedades mundiais |
| _ e) dos quase 1,3 bilhões de miseráveis do mundo, 70% são mulheres |
| Fonte: Moraes, 2005, pag. 14- Elaboração da autora. |

A partir da tabela acima percebe-se que a discriminação ainda é algo gritante. Uma vez que na maioria das vezes quando a mulher busca um trabalho e é casada, sempre é submetida a cargos de baixo calão, mas quando são solteiras tem um cargo melhor e mais qualificado, segundo Hirata (2002).

Ao se pensar em dados de 2010 no Brasil as mulheres de carteira assinada era por volta de 18,3 milhões de postos. E ao comparar com o ano de 2011 houve um aumento de 5,93% nos postos. Entretanto, ainda é algo muito pequeno (MTE, 2013).

Atualmente as mulheres estão alcançando cada vez mais cargos melhores e com uma maior importância. Um exemplo disso é a presidenta deposta do nosso país Dilma Rousseff. Ainda existe sim uma diferença relacionada ao salário e até mesmo a trajetória dessas dentro de uma empresa.

3.1 PROBLEMAS NO MERCADO DE TRABALHO COM AS MULHERES

3.1.1 Desigualdade de gênero

Há muitas razões para se preocupar com as desigualdades de gênero existentes em importantes dimensões relacionadas ao bem-estar, como educação, saúde, emprego ou remuneração. Do ponto de vista do bem-estar e da equidade, essas desigualdades de gênero são problemáticas, pois reduzem o bem-estar e são uma forma de injustiça na maioria das concepções de equidade de justiça.

Embora essa visão defenda a redução das desigualdades de gênero, recentemente desenvolveu-se uma literatura que investigou os efeitos instrumentais da desigualdade de gênero em outros resultados importantes do desenvolvimento, com foco particular no crescimento econômico. Sem negar a importância de reduzir a desigualdade de gênero em bases intrínsecas, este artigo é uma contribuição para essa última literatura.

Um foco significativo dessa literatura tem sido examinar o impacto da desigualdade de gênero na educação sobre o crescimento econômico. Uma série de contribuições teóricas sugeriram uma ligação negativa entre desigualdade de gênero e crescimento econômico, autores como Oded Galor e David Weil, 1996; Nils-Petter Lagerlöf, 2003. Essa literatura mostra que, em grande parte devido ao impacto da

educação feminina sobre a fertilidade e a criação de capital humano da próxima geração, uma diferença de gênero menor estimulará o desenvolvimento econômico.

Um exemplo disso é o futsal que historicamente é algo que só homem pode praticar, assim como trocar uma lâmpada ou trocar o pneu de um carro. Ou seja, os exemplos aqui colocados foram para demonstrar que existem coisas que para a sociedade devem ser feitas só por homens. Pois, está diretamente ligado com os padrões de masculinidade. Assim, pode-se afirmar que:

Diferenças de sexo são as diferenças biológicas que se apresentam desde o nascimento e que determinam “o ser macho ou o ser fêmea”: homens e mulheres apresentam características físicas diferentes, o seu corpo, seus órgãos e hormônios. Diferenças de gênero são diferenças que se constroem na sociedade e na cultura, na qual se indica papéis adequados para homens e para mulheres, delineando representações de masculinidade e feminilidade: a forma de se vestir, as atitudes esperadas e as profissões que são valorizadas para homens e para mulheres, entre outros (GOELNER, 2000, p. 82).

O autor acima deixa claro que na sociedade em que vivemos existe constantemente essa diferença de gênero. E que por muitas vezes é tida como algo totalmente natural e que pode acontecer com qualquer pessoa. Mas, é nítido que isso é totalmente referente ao sexo.

Já que no senso comum os homens gostam de futebol e as mulheres de dançar. Caso exista algum tipo de inversão de atividades, não vai existir a de valores. Pois, estar em casa cuidando das crianças é coisa de mulher, enquanto que ir jogar futsal com os amigos é de homem.

Assim:

O futebol está envolvido com questões de gênero e sexualidade, pois, primeiramente, o corpo feminino não é culturalmente construído como algo adequado à prática futebolística. Em contrapartida, as garotas que se aproximam desta prática, se distanciam do ideal de corpo feminino, sendo questionadas quanto a sua sexualidade. Este pensamento reducionista é comum nos ambientes de prática do futebol, o qual posiciona a heterossexualidade como algo natural, imutável e formatado desde o nascimento. (DORNELLES, 2004, p.20)

As expectativas sociais de homens e mulheres e a diferença entre mulheres e homens dentro da mesma casa e dentro e entre culturas que são social e culturalmente construídas são alteradas ao longo do tempo. Essas diferenças refletem-se em papéis, responsabilidades, acesso a recursos, restrições, oportunidades, necessidades, percepções, pontos de vista, etc., mantidos tanto por

mulheres quanto por homens e seu relacionamento interdependente (CHAUDHRY, 2001).

A educação desempenha um papel vital no desenvolvimento humano e o investimento na educação tem aumentado nos últimos anos. No entanto, a educação das mulheres ainda está atrasada. A taxa de escolaridade masculina é de 67% e a feminina 44% (GOP, 2009). Essa disparidade de gênero leva a perdas econômicas na forma de menos oportunidades de emprego e ocupações limitadas. Apenas 5% dos alunos do primeiro ano em programas profissionais eram do sexo feminino em 1965, em 1985 esse número havia saltado para 40% em direito e medicina, e mais de 30% na odontologia e na escola de negócios.

E isso acaba refletindo em uma disparidade no trabalho em rede e em tratamento preferencial dentro do mercado econômico. Os homens geralmente ocupam posições de poder dentro da economia do emprego (ASLAM, 2002). A desigualdade de gênero pode ser entendida através dos mecanismos do sexismo. Discriminação ocorre desta maneira como homens e mulheres estão sujeitos a tratamento preconceituoso com base apenas no gênero (MUTUME, 2001).

É válido salientar que:

Não negamos a mulher os mesmos direitos concebidos ao homem, porém não compreendemos que a mulher interprete esta igualdade procurando imita-lo fisicamente, moral e intelectualmente, testemunhando desta maneira uma superioridade inexistente, sim porque só almejamos igualar o que no separa. Quanto às qualidades morais que todos os esportes coletivos desenvolvem, achamos ser o futebol pela sua natureza violenta, um exacerbador do espírito combativo e da agressividade qualidades incompatíveis com o caráter feminino, quanto ao desenvolvimento intelectual facilmente concordaremos o futebol não é dos mais eficientes, portanto, não sendo aconselhados por motivos higiênicos, físicos e morais, mas será pelo seu reduzidíssimo valor intelectual que a mulher o vá praticar. Assim, pelas razões acima expedidas que envolve matéria de ordem técnica e a nossa opinião ser o futebol para a mulher anti-higiênico e contrário ao natural da inclinação da alma feminina. (GOELLNER 2005, p.6 apud PESSOA, 2018, p.45)

Ou seja sexo é uma das principais dimensões de desigualdade e estratificação em qualquer sociedade. Ela se cruza de maneira múltipla e complexa com outras dimensões de igualdade e estratificação como raça e etnia, classe social e idade, e processos sociais tão amplos como a fertilidade, a globalização, a mudança tecnológica e o patriarcado. É difícil imaginar qualquer aspecto da sociedade que, em algum aspecto, não seja “sexualizado”.

Isso é particularmente verdadeiro no campo da desigualdade e da discriminação. Os sociólogos geralmente distinguem entre gênero como uma categoria socialmente construída e sexo como um biológico. categoria. Os estudiosos geralmente conceituam o gênero como uma estrutura ou uma instituição (MARTIN 2004; RISMAN 2004), e não como uma propriedade física exclusiva de um indivíduo. Essa distinção nem sempre é clara na prática e não é incomum que os sociólogos tratem o sexo e o gênero de forma intercambiável, mas é importante lembrar que, ao contrário, as sociedades criam e, por sua vez, são criadas por gênero. Como Ridgeway (2009) retrata o gênero, ele fornece um quadro para coordenar o comportamento e organizar as relações sociais.

Assim:

Para uma menina assumir determinados comportamentos historicamente vistos como masculinos, como ser mais agressiva ou jogar futebol, implica ir contra uma tradição. Implica ser chamada de 'machona' pelos meninos ou ser repreendida pelos pais. Da mesma forma para um menino, assumir uma postura delicada, mais afetiva, e brincar de maneira mais contida implica ser chamado de 'bicha' ou 'efeminado'. Tanto para o menino quanto para a menina que contrariam a expectativa que deles se tem, há o peso de uma sociedade que os marginaliza [...] (DAOLIA, 1995, p.103)

Muitas vezes essa divisão de até aonde os homens podem ir e a mulher é considerado como algo ligado ao biológico. Ou seja, é baseado no determinismo biológico.

As mulheres vêm ao longo do tempo sofrendo discriminações e sendo colocadas em posição inferior aos homens, isso bem se observa nas relações de trabalho e nas relações sociais em que é atribuído um valor negativo ao que é considerado feminino. A partir de uma pesquisa Nacional feita pelo IBGE, fica comprovado a situação de desigualdade entre o sexo feminino e masculino: "As mulheres e os negros apresentam os maiores níveis de desemprego, sendo as mulheres negras as que se encontram em situação mais preconceituada: estas apresentaram uma taxa de desemprego de 12,4% em 2007, comparada a 9,4% para as mulheres brancas, 6,7% para os homens negros e 5,5% para os homens brancos" (Retrato das Desigualdades de Gênero e de Raça, Brasília, IPEA, 2008).

Esse texto retrata uma realidade do nosso país, confirmando que a desigualdade de gênero segrega e maltrata as mulheres, e as negras sofrem ainda mais com isso, pois pelos dados observa-se que o índice de desemprego dela é ainda mais alta do que as das mulheres brancas.

Desde os tempos remotos, o homem é visto pela sociedade como o chefe de família, aquele que possui amplos poderes, onde em outra esfera, a mulher é vista como um ser submisso e que deve obediência ao homem. Esses padrões culturais colocaram a mulher como mães e esposas em estado de submissão, sendo vista com naturalidade como inferior ao homem.

O texto Constitucional no artigo 5º, inciso I, diz que “ Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. O texto da Carta Maior busca a igualdade de gênero, porém observamos que a mesma não alcançou sua efetividade real, pois, como observamos em vários setores sociais, como no mercado de trabalho, por exemplo, a mulher não consegue alcançar essa igualdade.

A autora Guacira Lopes Louro (1997, p. 21) narra que:

Desde há muito tempo, as mulheres das classe trabalhadoras e camponesas exerciam atividades fora do lar, nas fábricas, nas oficinas e nas lavouras. Gradativamente, essas e outras mulheres passaram a ocupar também escritórios, lojas, escolas e hospitais. Suas atividades, no entanto, eram quase sempre (como são ainda hoje, em boa parte) rigidamente controladas e dirigidas por homens e geralmente representadas como secundárias, “de apoio”, de assessoria ou auxílio, muitas vezes ligadas à assistência, ao cuidado ou à educação. As características dessas ocupações, bem como a ocultação do rotineiro trabalho doméstico, passavam agora a ser observadas.

Ao analisarmos essa situação vemos que desde o passado então, essa inferioridade vem atingindo as mulheres de forma geral. A 4ª conferência mundial de Pequim sobre a mulher, ocorreu no ano de 1995, demonstrando que é possível reduzir as desigualdades de gênero por meio da atuação pública. Espera-se que com essa e outras ações em favor das mulheres, bem como de outros gêneros que sofrem discriminações, possa diminuir essa desigualdade que submete, oprime e diminui as pessoas que não se encontram no padrão escolhido e ditado pela sociedade.

Novo relatório da Organização Internacional do Trabalho (OIT), examinou dados de 178 países, concluindo que persistem as desigualdades entre homens e mulheres no mercado de trabalho em todo mundo. Segundo o relatório: “A paridade salarial entre homens e mulheres vai levar mais de 70 anos para ser alcançada.” Mas, percebe-se que há grandes distinções principalmente no que tange ao emprego.

Em relação às diferenças de gênero no emprego, há vários argumentos intimamente relacionados. Primeiro, há um argumento semelhante que impõe uma distorção na economia, assim como as diferenças de gênero na educação. Ele reduz artificialmente o conjunto de talentos dos quais os empregadores podem recorrer, reduzindo assim a capacidade média da força de trabalho (VOLART 2004). Tais distorções afetariam não apenas o dependente empregado, mas argumentos semelhantes poderiam ser feitos para trabalhadores autônomos em setores agrícolas e não-agrícolas onde o acesso desigual a insumos, tecnologias e recursos críticos reduziria a produtividade média desses empreendimentos, reduzindo assim o crescimento econômico (BLACKDEN et al 2007). Como o trabalho autônomo (inclusive na agricultura) está incluído em nossa avaliação empírica, esses argumentos podem ter alguma relevância empírica na contabilização dos resultados.

Há uma literatura teórica relacionada que examina o impacto da discriminação de gênero na remuneração do desempenho econômico. Aqui a literatura teórica é bastante dividida. Por um lado, estudos de Galor e Weil (1996) e Calvalcanti e Tavares (2007) sugerem que grandes disparidades salariais entre homens e mulheres reduzirão o crescimento econômico. Essas disparidades salariais reduzem o emprego feminino, aumentam a fertilidade e reduzem o crescimento econômico por meio da participação e dos efeitos demográficos.

Em contraste, Blecker e Seguino (2002) destacam um mecanismo diferente, levando a resultados contrastantes. Eles sugerem que as elevadas disparidades salariais entre homens e mulheres e os baixos salários femininos associados aumentam a competitividade das economias industrializadoras orientadas para a exportação e, assim, impulsionam o desempenho do crescimento desses países.

A diferença mais importante deste estudo, em contraste com os modelos considerados acima, é que ele está se concentrando mais nos efeitos do crescimento induzido pela demanda de curto prazo, enquanto os outros modelos são modelos de crescimento de longo prazo onde o crescimento é impulsionado por restrições de oferta. Claramente, ambos os efeitos podem ser relevantes, dependendo do horizonte de tempo considerado, um assunto que também é discutido brevemente abaixo.

É importante ressaltar que, teoricamente, não é fácil separar os efeitos entre as diferenças de gênero na educação, no emprego e nos salários. De fato, na

maioria dos modelos considerados acima, lacunas de gênero em uma dimensão tendem a levar a lacunas de gênero em outras dimensões, com a causalidade correndo em ambas as direções.⁸ Por exemplo, lacunas de gênero na educação podem levar automaticamente a diferenças de gênero no emprego, particularmente no setor formal, onde os empregadores preferirão trabalhadores qualificados e, portanto, não considerarão as candidaturas de mulheres sem instrução.

3.1.2 ASSÉDIO MORAL

Garcia e Tolfo (2011) acreditam que o assédio moral é algo que está acontecendo continuamente na sociedade brasileira. Assim, pode-se perceber que o ambiente de trabalho tem se tornado um local totalmente insalubre e violento.

Podemos encontrar uma gama de conceitos relacionados a assédio moral, e que estão intrinsecamente ligados com a idéia de malevolência, abuso de poder e de autoritarismo. E a mulher por entrar recentemente no mercado trabalho acaba sofrendo o assédio moral.

Muitas vezes é manifestado através de determinados comportamentos, gestos, atos, palavras, ou seja, tudo aquilo pode oferecer algum tipo de dano à dignidade da pessoa.

Podemos afirmar que “o assédio moral constitui o uso deliberado da força e do poder contra uma pessoa, grupo ou comunidade que cause ou tenha a possibilidade de causar lesões, morte, danos psicológicos, transtornos e privações” (MINISTÉRIO DO TRABALHO, 2013, p. 16). Ou podemos afirmar que:

o assédio moral é toda ação, incidente ou comportamento que se afasta do razoável: a pessoa é agredida, ameaçada ou humilhada no exercício da atividade profissional ou como consequência dela por outra pessoa superior ou mesmo por um colega de trabalho. Segundo essa organização, a violência no trabalho representa um dos principais riscos para o mundo do trabalho enquanto a OMS afirma que a violência no local de trabalho constitui hoje um grave problema de saúde pública. (MINISTÉRIO DO TRABALHO, 2013,p.17).

Segundo a OIT (2012), reitera que no mundo atual com o processo de globalização e a modernidade as empresas sempre buscam o lucro independente do que será feito para alcançar tal objetivo.

Até mesmo por causa da estrutura do trabalho, a hierarquia existente, a divisão as atividades, as longas jornadas de trabalho, a prostração, logo, tudo isso

trás consigo uma responsabilidade imensa, e tudo isso faz com que influencie diretamente na saúde do trabalhador. Assim,

[...] Configura o assédio moral organizacional, o conjunto de condutas abusivas, de qualquer natureza, exercido de forma sistemática durante certo tempo, em decorrência de uma relação de trabalho, e que resulte no vexame, humilhação ou constrangimento de uma ou mais mulheres com a finalidade de se obter o engajamento subjetivo de todo o grupo às políticas de metas da administração, por meio da ofensa a seus direitos fundamentais, podendo resultar em danos morais, físicos e psíquicos (GUIMARÃES, s/d, p.3).

Entretanto, é indispensável destacar a gênese do assédio moral. De acordo com Guimarães (s/d) tal termo surgiu em 1998 com um psicanalista francês e apenas nos anos 2000 aqui no Brasil.

Enquanto que para a Organização Mundial da Saúde (OMS), o assédio moral ocorre quando utiliza-se o uso deliberado da força e do poder contra uma pessoa, grupo ou comunidade que ocasione ou traga qualquer probabilidade de causar qualquer tipo de dano psicológico ou físico. Ou seja, podemos afirmar que o assédio moral configura-se a partir da

exposição dos trabalhadores e trabalhadoras a situações humilhantes e constrangedoras, repetitivas e prolongadas durante a jornada de trabalho e no exercício de suas funções, sendo mais comum em relações hierárquicas autoritárias, onde predominam condutas negativas, relações desumanas e aéticas de longa duração, de um ou mais chefes dirigidas a um subordinado, desestabilizando a relação da mulher com o ambiente de trabalho e a organização, forçando-o a desistir do emprego. (SILVA, 2008, p.28).

Assim, podemos compreender que o assédio moral pode acontecer entre chefes e seus subordinados, e no caso acontece também com mulheres. Também podemos encontrar entre os colegas do trabalho com diversos objetivos, como por exemplo fazer com que a mulher pedisse demissão ou uma aposentadoria precoce para fazendo com que quem está assediando seja beneficiado com uma promoção ou mesmo um remanejamento de setor que o favoreça.

Consequentemente, uma organização pode ser considerada um campo fértil para a ocorrência de lesões principalmente no âmbito moral, tanto para o empregado, quanto para o empregador.

Em suma, podemos definir assédio moral como quaisquer conduta, seja ela por meio de gestos, palavras, atos por mais sutis que possam parecer e que seja considerada abusiva que por sua repetição ou sistematização acaba provocando algum dano contra a dignidade humana e até mesmo a integridade psíquica ou física

Assim,

Refere-se a toda forma de conduta abusiva (gesto, palavra, escritos, comportamento, atitudes, etc.) que expõe o trabalhador (a) a situações humilhantes e constrangedoras ocorridas de forma intencional, repetitiva e duradoura durante a jornada de trabalho, atentando contra a integridade psíquica ou física do indivíduo, diminuindo sua autoestima, ameaçando seu emprego e/ou degradando o clima de trabalho (COSTA; OLIVEIRA, 2014, p. 3).

Hirigoyen é o principal autor que discorrer sobre essa temática. Desta forma, é indispensável considerar o conceito por ele criado a seguir:

Por assédio em um local de trabalho temos que entender toda e qualquer conduta abusiva manifestando-se, sobretudo por comportamentos, palavras, atos, gestos, escritos que possam trazer dano à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psíquica de uma pessoa, pôr em perigo seu emprego ou degradar o ambiente de trabalho". (HIRIGOYEN, 2000, p. 66, apud AGNOL; KAPITANSKY, s/d, p. 4).

O assédio moral possui três classificações de acordo com os autores acima que são: o vertical ascendente, mista e vertical descendente. O assédio advém da hierarquia, e sempre é praticado de cima para baixo. Ou seja, pelo superior hierárquico (COSTA; OLIVEIRA, 2014, p. 4). Logo:

Esse tipo de assédio é o mais frequente e o que causa maiores danos aos assediados, pelo fato de o superior utilizar-se de sua posição para submeter o empregado a tratamentos constrangedores e humilhantes. Por caracterizar-se de uma relação de desigualdade, existe uma maior dificuldade de comprovação e de o empregado resistir ao assédio .

O tipo de assedio acima, é algo que está presente na nossa atualidade, pois está envolvido o poder sob o outro. Enquanto que o assédio vertical ascendente pode-se perceber que:

é mais raro e é praticado de baixo para cima, ou seja, pelos subordinados. Acontece em casos de contratação de uma pessoa mais nova para o cargo de superior ou de promoção de uma pessoa indesejada pelos subordinados. Essa forma de assédio pode ser destruidora, pois o assediado em questão é o superior e por ocupar tal posição tem receio de queixar-se ao

empregador das atitudes de desrespeito de seus subordinados, o que o caracterizaria uma pessoa fraca ou não habilitado para o cargo (COSTA; OLIVEIRA, 2014, p. 6).

Assim, pode-se afirmar que que o horizontal segundo os autores acima, “ocorre de forma frequente e no mesmo nível hierárquico, ou seja, é praticado pelos próprios colegas. Pode surgir devido à competitividade ou em casos de discriminação em relação opção sexual, opção religiosa, deficiência física e raça”. (COSTA; SILVA, 2014, p. 7).

Enquanto que o misto de acordo os autores supracitados é um prolongamento do assédio horizontal, uma vez que o superior também pratica o assédio vertical descendente. Logo, “Ocorre que o assediado em questão acaba sendo culpado por tudo que der errado” (IBIDEM, p. 8).

Pode-se perceber que tais frases são sempre utilizadas pelos assediadores. Poucas pessoas imaginam, mas pode causar sérios danos a saúde da vítima. Mas, a partir do quadro acima pode-se constatar que o assediador faz de tudo para que a mulher desista do emprego.

Assim, Souza (2009, p. 31) chama de chefia avassaladoras, aqueles que utilizam-se dessas frases acima em seu ambiente de trabalho. Assim, eles acreditam que: “O Assédio Moral é um conjunto de ações depreciativas, sistemáticas e prolongadas contra um subordinado, que tem por objetivo destruir seu equilíbrio psicológico, tornando-o refém do medo por conta de perseguições injustificadas.”

Tudo isso demonstrou que por muitas vezes o ambiente de trabalho tornou-se um local de guerra psicológica. Onde o foco e acordo com Agnol; Kapitansky (s/d).

Assim, a ideia é sempre assediar com uma enorme frequência tornando-se um tipo de atentado contra a dignidade humana assim como a integridade física.

Já no que tange a mulher, os autores supracitados acreditam que:

Todo colaborador, dentro de uma organização, pode ser vítima do assédio moral. Porém, segundo a autora, frequentemente o assédio se inicia quando uma vítima reage ao autoritarismo de um chefe, ou se recusa a deixar-se subjugar. Apesar das pressões, possui capacidade de resistir à autoridade, levando-a tornar-se um alvo. (AGNOL; KAPITANSKY, s/d, p. 12).

Eles acreditam que outro comportamento que pode levar uma pessoa a ser mulher é a falta de confiança em si mesmo, assim como também a necessidade de

sempre demonstrar a sua qualidade para os outros. Concomitantemente, eles acreditam que normalmente o assediado é o trabalho que é “perfeccionistas, que trabalham além do horário de trabalho, são dedicados, estão disponíveis aos fins de semana e não faltam ao trabalho nem quando estão doentes”(AGNOL; KAPITANSKY, s/d, p. 12) .

Enquanto que o agressor segundo Agnol e Kapintasky (s/d , p. é aquele que tem um comportamento mais perverso. Pois :

a finalidade de uma pessoa perversa é chegar ao poder, ou nele manter-se, não importa por quais meios. Porém no funcionamento perverso, não existe apenas a busca do poder, há, sobretudo um enorme prazer em usar o outro como um objeto, uma marionete.

Ou seja, a ideia do agressor é ser constantemente perverso. Tudo isso com o intuito de fazer com que a vítima desista do emprego. No quadro 2 abaixo pode-se encontrar alguns perfis dos agressores que foi citado pelos autores acima.

Por fim, pode-se concluir que o assédio moral é algo que tem que ser percebido com antecedência pois pode acabar causando maiores problemas para a mulher. Já que como pôde ser observado aqui a maioria são alvos fáceis para os agressores que existem atualmente.

4 CONCLUSÃO

As mulheres são importantes em nossa sociedade. Toda mulher tem seu próprio trabalho ou dever nesta sociedade moderna em que os homens ainda são o "gênero mais forte"; Não podemos esquecer que a vida das mulheres é muito mais complicada que a vida de um homem. Uma mulher tem que cuidar de sua vida pessoal e, se for mãe, deve cuidar também da vida de seus filhos também. As mulheres matrimoniais têm muitas preocupações e, acredite ou não, elas levam mais vida estressante do que os homens casados.

Em casa, a pessoa mais importante é, na maioria dos casos, a mãe. Ela é aquela que se preocupa com a ordem, a questão e a saúde de toda a família. Mas as preocupações que ela carrega por nós não são totalmente estranhas. Eles se importam tanto conosco porque, acreditem ou não, nós fazíamos parte dela quase nove meses e agora, à medida que crescemos, somos o elo que dará aos nossos pais a oportunidade de viver para outra geração. Além disso, podemos ver que o

homem da casa tem outras preocupações, como levantar dinheiro suficiente para alimentar sua família durante toda a semana. Por isso ele não consegue cumprir os cuidados que a mulher da casa toma com seus próprios filhos.

O movimento pelos direitos das mulheres é um bom exemplo de como as mulheres se deparam com muita força, lutando por seu status político, social e econômico. Eu sinto que a tecnologia e a modernização também abriram novas possibilidades de melhoria em todo o mundo. É interessante como o papel das mulheres mudou na sociedade de geração em geração e a garantia desses direitos também. Pois, anteriormente as mulheres ficavam em casa e cuidava dos filhos, hoje, elas trabalham e cuidam da família e dos filhos além de trabalhar.

REFERÊNCIAS

AGNOL, J. ; KAPITANSKY, R. O assédio moral no ambiente de trabalho. (s/d). Disponível em: <
[http://www.fadergs.edu.br/fadergs/user/file/Judiane%20Dallagnol\(2\).pdf](http://www.fadergs.edu.br/fadergs/user/file/Judiane%20Dallagnol(2).pdf) > . Acesso em 15 out. 2015;

AVILA, R. As conseqüências do assédio moral no ambiente de trabalho, 2009 . Disponível em <
<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp067933.pdf> > . Acesso em 10 nov. de 2014.

BARRETO, M. Uma Jornada de Humilhações. 2013. PUC/SP;

BARROS J. C. (org.), et. al. Empreendedorismo, Trabalho e Qualidade de Vida na Terceira Idade. – 1a.ed - São Paulo: Edicon, 2009;

COSTA, A. ; OLIVEIRA, V. Assédio moral no ambiente de trabalho. (2014). XI Simpósio de Excelencia em Gestão e em Tecnologia. Disponível em: <
<http://www.aedb.br/seget/arquivos/artigos14/21320165.pdf> > . Acesso: em 29 out. 2015;

DINIZ, M. Curso de Direito Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2012;

FARIAS, M. Principios do Direito do trabalho. (2014). Disponível em: <
<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=2449&idAreaSel=1&seeArt=y es>> . Acesso em 10 nov. 2015;

FERREIRA, D. S. Assédio moral – relações desumanas nas organizações. 2014, 5 ed. Exato, Rio de Janeiro;

GARCIA, I. S. TOLFO, S. R. Assédio moral no trabalho: uma responsabilidade coletiva. Psicologia & Sociedade. Ano 2011, 23(11), 190-192;

MENEZES, Cláudio Armando Couce de. Assédio moral e seus efeitos jurídicos. Justiça do Trabalho, Porto Alegre, a. 21, n. 242, p. 7-21, fev. 2014.

OLIVETTI, E.; SANCHESZ, C. O sofrimento psicológico que o assédio moral e sexual ocasiona nas relações do trabalho. (2011). Disponível em: <

<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2337/1833> > . Acesso em 10 nov. 2015;

SILVA, J. Assédio Moral no Ambiente de Trabalho. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora e Livraria Jurídica do Rio de Janeiro, 2015;

SÃO PAULO. Lei de assédio moral. Disponível em: < http://www3.prefeitura.sp.gov.br/cadlem/secretarias/negocios_juridicos/cadlem/integr_a.asp?alt=11012002L%20132880000> . Acesso em 10 out. 2015;

SOUZA, Jorge Dias. As Chefias Avassaladoras. São Paulo: Novo Século Editora, 2009;

STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade. 1ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001;

TARCITANO, J; GUIMARÃES, C. Assédio moral no ambiente de trabalho, 2014. Disponível em < http://www.assediomoral.org/IMG/pdf/assedio_moral_no_trabalho_no_ambiente_de_trabalho.pdf > . Acesso em 13 nov. de 2014;

RIO DE JANEIRO. Lei de assédio Moral. Disponível em: < <http://www.assediomoral.org/spip.php?article74> > . Acesso em 10 out. 2015;

STOCCO, J. A. P. Profissão Secretarial e Mercado de Trabalho, 2011, <http://www.upf.br/seer/index.php/ser/article/view/2343>, acessado em 22 de julho de 2013;

Tarcitano, J. S.C. Guimarães, C. D. Assédio Moral no Ambiente de Trabalho. [monografia]. Juiz de Fora – MG: Centro de Educação Tecnológica Estácio de Sá de Juiz de Fora, 2014 ;

TOLFO, M ; GARCIA , T. (2011). assédio moral no trabalho: uma responsabilidade coletiva. Psicologia & Sociedade, 23(11), 190-192;

FEMINICÍDIO NO BRASIL: A RELAÇÃO ENTRE O GÊNERO E A VIOLÊNCIA

Mayanne Silva Alves
Mariana Tavares

RESUMO: Mesmo hoje em pleno século XXI enfrentam-se como desafio a construção de uma consciência coletiva, de modo que, possamos respeitar direitos e garantias individuais uns dos outros, vestígios de uma sociedade machista e patriarcal que acabam influenciando diretamente nas mortes de mulheres por sua condição de gênero, de acordo com o Mapa da Violência de 2015, organizado pela Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais (Flacso), o Brasil está em 5º lugar no ranking de países onde há os maiores índices de homicídio contra mulheres. A falta de prevenção e sofreram algum tipo de violência doméstica ou familiar, fez com que juristas e a sociedade questionasse a eficácia da Lei Maria da Penha, foi no surgimento desse questionamento que houve a necessidade de leis mais severas, sendo elaborada a Lei de número 13.104/2015, alterando o código penal e qualificando o feminicídio como crime hediondo. Apesar de termos avançado, a lei ainda apresenta falhas em sua aplicação, isso deve ser analisado com maior atenção fazendo-se necessário uma maior fiscalização dos órgãos acompanhamento por parte do Estado de mulheres que sofrem ou que já competentes e pelo ordenamento jurídico brasileiro. O presente artigo, portanto, tem como objetivo atrair maior atenção para o tema, apontando as diversas falhas na aplicação do feminicídio e a relação de gênero e violência.

Palavras-chave: Feminicídio, Violência de gênero, Mulher.

ABSTRACT: Abstract: Even nowadays in the twenty-one century, it is a challenge to face the construction of a collective consciousness, in a way that, we can respect the individual rights and guarantees of each other, remains of a society male chauvinist and patriarchal that end up influencing directly in deaths of women by their gender condition. According to the Violence Map in 2015, organized by the Latin-American Social Science College (FLACSO), Brazil is the fifth place in the ranking of countries that have the highest rate of homicide against women. The State's miss of prevention and accompaniment of women that suffer or had suffered some kind of domestic or family violence, made that jurists and the society to question the effective of the Maria Da Penha Law. Was with the beginning of this questioning that had the need for more hard laws, been elaborated the law number 13.104/2015, that changes the penal code and qualifies the femicide as a heinous crime. Even though the advances, the law still presents flaws in its application, and this needs an analyze with more attention, been necessary a larger inspection of the organs that are part and for the Brazilian legal order. The present article, therefore, has as a target to attract more attention to the theme, pointing the many flaws in the application of the femicide and the relation between gender and violence.

Key words: Femicide, Gender violence, Woman.

1 INTRODUÇÃO

Feminicídio – Morte de mulheres por questões de gênero; essas mortes surgem em grande parte por violência doméstica, causada em sua maioria pelos próprios parceiros afetivos das vítimas.

A lei entrou em vigor dia 13.104/2015, entrando como uma qualificadora no crime de homicídio, visando combater a impunidade de homicídios contra mulheres, tendo em vista que o Brasil está em 5º lugar no ranking mundial de países mais violentos para mulheres.

Nos séculos anteriores, a família tinha o homem como o centro, onde apenas os patriarcas assumiam papéis importantes na sociedade; o patriarca tinha em seu poder a mulher, os filhos, os escravos, além do direito a vida de todos eles. O Estado não intervia nesse poder, uma sociedade onde as mulheres eram submissas aos homens.

Mesmo com todas as mudanças socioculturais, a sociedade de hoje ainda é um reflexo dessa sociedade patriarcal e machista, isso influencia os altos índices de violência doméstica e o feminicídio no Brasil.

Carmen Heins de Campos, advogada doutora em Ciências Criminais e consultora da CPMI que investigou a violência contra as mulheres no Brasil, ensinam: O feminicídio é a ponta do iceberg. Não podemos achar que a criminalização do feminicídio vai dar conta da complexidade do tema. Temos que trabalhar para evitar que se chegue ao feminicídio, olhar para baixo do iceberg e entender que ali há uma série de violências. E compreender que quando o feminicídio acontece é porque diversas outras medidas falharam. Precisamos ter um olhar muito mais cuidadoso e muito mais atento para o que falhou.

Leis como a 11.340 – Maria da Penha, que nascem em um contexto da violência de gênero, buscando prevenir e punir a violência doméstica contra a mulher, criando medidas de proteção às vítimas; a lei 13.104/2015 – Feminicídio, que passou a qualificar o homicídio, dando maior visibilidade à violência de gênero.

Sendo assim, nota-se que o feminicídio no Brasil é um problema que na maioria das vezes surge da violência doméstica.

Embora o feminicídio não aconteça somente como a expressão máxima de um ciclo de violência vivido pela mulher dentro de seu próprio lar, a relação entre eles é inegável: 43,4% dos assassinatos femininos cometidos em 2011 no Brasil

tiveram autoria do parceiro ou ex-parceiro da vítima, segundo o mapa de violência publicado no ano de 2012 – pesquisas mais recente sobre o tema, que ainda é de difícil apuração em decorrência da subnotificação dos casos e da falta de um padrão nacional para o registro destes dados. Aproximadamente uma em cada cinco brasileiras reconhece já ter sido vítima de violência doméstica ou familiar provocada por um homem, de acordo com o Data Senado. Isto, no entanto, não quer dizer que elas foram ou são violentadas todos os dias. Este —tipo de agressão costuma acontecer depois de uma série de investidas psicológicas contra a sua integridade mental. (DEBELAK, Catherine; DIAS, Letícia; GARCIA, Marina; Trabalho de conclusão de curso).

Este trabalho de conclusão de curso planeja apontar os altos índices de violência contra mulher que resultam muitas vezes em feminicídio, ainda hoje, centenas de mulheres morrem por sua condição de gênero, comprovando tamanha discriminação que ainda existe sobre as mulheres.

É importante discutir e fazer uma reflexão acerca das lacunas existentes na aplicação do feminicídio, esta qualificadora que é advento da Lei 13.104/2015, sendo tipificado no artigo 121, §, inciso VI do código penal.

O presente trabalho será dividido em 4 capítulos e, dentro dos capítulos haverá subdivisões, onde será abordado os aspectos conceituais e a evolução histórica do tema, os tipos de feminicídio e as diversas formas de violência contra a mulher. O objetivo é evidenciar a importância de intitular um fato que se é resquícios de uma sociedade ainda patriarcal e machista, que advém de um contexto social específico e contra vítimas estabelecidas.

Já o segundo capítulo, será recortado analisando a violência contra a mulher no Brasil, dados nacionais de violência contra a mulher, posteriormente se dissertará sobre a Lei nº 11.340/06 – Lei Maria da Penha.

Por fim, será abordado como o Feminicídio é vista no ordenamento jurídico brasileiro e, será apresentada a Lei nº 13.104/15 e sua mudança legislativa que introduziu no Código Penal brasileiro a configuração do feminicídio como um ato interventivo estatal no combate a violência de gênero.

CONCEITO DE FEMINICÍDIO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O conceito de feminicídio originalmente se deu em 1976 por Diana Russel e Jane Caputti durante o depoimento no tribunal internacional de crimes contra as mulheres em Bruxelas, caracterizando o assassinato de mulheres apenas pela sua condição de gênero, o conceito retrata os assassinatos de mulheres por homens causados por desprezo, ódio e sentimento de posse. Segundo Russel, nas relações a uma perspectiva da desigualdade de poder entre homens e mulheres, que confere aos homens o senso de direito à certeza de que lhes é garantido o direito de dominação nas relações com as mulheres tanto na vida íntima quanto na pública social – que, por sua vez, gera o uso da violência, inclusive a letal, fazendo valer suas vontades sobre às mulheres.

O Feminicídio é um neologismo originado a partir da palavra —FEMNICIDEII refere-se a assassinatos de mulheres por causa do gênero, sendo em relações domésticas, familiares ou entre pessoas do mesmo convívio social.

Além dos aspectos conceituais, é importante apresentar um breve relato histórico de como o feminicídio passou a ser visto, passando a ser uma preocupação no mundo. Depois de o assunto vir à tona com Russel e Caputti, a discussão ganhou força a partir de dois fatos históricos. O primeiro foi o chamado —Massacre de Montreall em 1989, quando 14 mulheres estudantes da escola politécnica de Montreal no Canadá foram covardemente assassinadas e outras 10 ficaram feridas, o autor dos assassinatos Marc Lépine, invadiu as salas de aula da escola, ordenou que os estudantes homens saíssem e disparou contra as mulheres gritando um discurso antifeminista, e em seguida tirou sua própria vida deixando uma carta explicando a motivação do crime.

Outro momento de grande relevância foi a partir das denúncias de assassinatos de mulheres na cidade de Juárez, no México, onde mulheres eram brutalmente violentadas, mutiladas e assassinadas, em seguida seus corpos eram expostos pelas ruas da cidade. Em 1998 Marcela Lagarde, antropóloga Universidade Nacional Autónoma do México (UNAM), ao fazer um estudo das mortes das mulheres da cidade de Juárez, usou pela primeira vez na América Latina o termo feminicídio.

Já em 2003 foi criada pela deputada Lagarde, a comissão especial do feminicídio para investigar os crimes contra as mulheres. Desde os anos 90,

assassinatos e desaparecimento de mulheres vêm se repetindo no México, no cenário de descaso e omissão por parte do Estado.

As divulgações dos casos de violência contra mulheres na Cidade de Juárez gerou preocupação na região, fazendo com que o governo tomasse uma atitude. Meses depois países como Costa Rica, Guatemala e Colômbia criaram suas versões da lei mexicana.

O patriarcalismo é uma das estruturas sobre as quais se assentam todas as sociedades contemporâneas. Caracteriza-se pela autoridade, imposta institucionalmente, do homem sobre a mulher e filhos no âmbito familiar. Para que essa autoridade possa ser exercida, é necessário que o patriarcalismo permeie toda a organização da sociedade, da produção e do consumo à política, à legislação e à cultura. Os relacionamentos interpessoais e, conseqüentemente, a personalidade, também são marcados pela dominação e violência que têm sua origem na cultura e instituições do patriarcalismo (CASTELLS, 2010, p. 169).

Logo, é inegável que os estudos feitos pela Deputada mexicana Lagarde, sobre as mortes de mulheres na Cidade de Juárez foram de extrema importância para atingirmos às atuais discussões sobre o feminicídio e sua tipificação.

1.1 TIPOS DE FEMINICÍDIO

Parte da elaboração bibliográfica entende que o conceito de fiminicídio necessita de uma melhor compreensão, motivo pelo qual se estabeleceu uma tipologia para uma melhor identificação. Os feminicídios dividem-se em três categorias:

a) Feminicídios íntimos: São os praticados por homens com os quais há com a vítima uma relação íntima, familiar, de convivência ou equivalentes.

É necessário ressaltar que esse tipo de feminicídio impacta de modo irreparável vida daqueles ligados a vítima.

b) Feminicídios não íntimos: São os praticados por homens com os quais a vítima não possuía relações íntimas, familiares ou de convivência, mas detinha uma relação de confiança, amizade ou hierárquica.

Esse tipo ainda pode ser subdividido em duas categorias – Feminicídio não íntimo e sexual – de modo que a vítima tenha sido violentada sexualmente ou não,

algo que acontece com frequência nesse tipo. Tem quem analise os feminicídios sexuais como um modo de terrorismo que enfatiza a dominação masculina e produz sensação de insegurança nas mulheres.

c) Feminicídios por conexão: É aquele que a mulher é assassinada por proteger outra mulher. Não sendo necessária a existência de vínculo entre a vítima e o agente.

O feminicídio é o genocídio contra mulheres e ocorre quando as condições históricas geram práticas sociais que permitem atentados violentos contra a integridade, a saúde, as liberdades e a vida das meninas e mulheres. No feminicídio concorrem, em tempo e espaço, danos contra mulheres cometidos por conhecidos e desconhecidos, abusadores ou assassinos individuais ou em grupo, ocasionais ou profissionais, que levam à morte cruel de algumas de suas vítimas. Nem todos os crimes são arquitetados ou realizados por assassinos em série: podem ser em série ou individuais, e alguns são cometidos por conhecidos, parentes, namorados, maridos, companheiros, familiares, visitantes, colegas e companheiros de trabalho; também são perpetrados por desconhecidos e anônimos, e por grupos mafiosos de delinquentes ligados a modos de vida violentos e criminosos. No entanto, todos tem em comum o fato de acreditarem que as mulheres são utilizáveis, dispensáveis, maltratáveis e descartáveis. E, claro, todos concordam em sua infinita crueldade e são, de fato, crimes de ódio contra as mulheres. (Delos Ríos, Marcela Lagarde)

2. VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

A violência contra a mulher vem sendo causa de grande preocupação no mundo. Assim, é necessário entender o conceito de violência e os diversos tipos de violência que a mulher pode sofrer.

Violência, em seu significado mais frequente, quer dizer uso da força física, psicológica ou intelectual para obrigar outra pessoa a fazer algo que não está com vontade; é constranger, é tolher a liberdade, é incomodar, é impedir a outra pessoa de manifestar seu desejo e sua vontade, sob pena de viver gravemente ameaçada ou até mesmo ser espancada, lesionada ou morta. É um meio de coagir, de submeter outrem ao seu domínio, é uma violação dos direitos essenciais do ser humano. Assim, a violência pode ser compreendida como uma forma de restringir a

liberdade de uma pessoa ou de um grupo de pessoas, reprimindo e ofendendo física ou moralmente (TELES, 2003, p. 15)

A violência de gênero tem raízes históricas: resquícios de um sistema patriarcal que pré- estabelece os papéis do gênero. Nas sociedades antigas tinha-se a mulher como ser inferior, sendo tratada como frágeis e submissas aos seus patriarcas.

A violência contra a mulher é produto de uma construção histórica — portanto, passível de desconstrução — que traz em seu seio estreita relação com as categorias de gênero, classe e raça/etnia e suas relações de poder. Por definição, pode ser considerada como toda e qualquer conduta baseada no gênero, que cause ou passível de causar morte, dano ou sofrimento nos âmbitos: físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública quanto na privada. (Pinafi; 2007).

A primeira base de sustentação da ideologia de hierarquização masculina em relação à mulher, e sua conseqüente subordinação, possui cerca de 2.500 (dois mil e quinhentos) anos, através do filósofo helenista Filon de Alexandria, que propagou sua tese baseado nas concepções de Platão, que defendia a ideia de que a mulher pouco possuía capacidade de raciocínio, além de ter alma inferior à do homem. Ideias, estas, que transformaram a mulher na figura repleta de futilidades, vaidades, relacionada tão-somente aos aspectos carnis. (Campos e Corrêa, 2007, p. 100).

Numa sociedade patriarcal a mulher é vítima de diversas formas de desigualdade, onde as mulheres eram vistas como propriedades, sendo submissas e obedientes aos seus maridos. Nessa perspectiva, percebe-se a construção social da diferença entre homem e mulher, onde gênero é criado a partir das diferenças biológicas dos sexos.

Enquanto o paradigma do patriarcado pressupõe papéis sociais rígidos, condicionados culturalmente pelas diferenças biológicas entre o homem e a mulher, a nova perspectiva de gênero enfatiza a diferença entre o social e o biológico. Gênero é definido como uma relação socialmente construída entre homens e mulheres, servindo como categoria de análise para se investigar a construção social do feminino e do masculino. (Macdowell e Izumino, 2005)

Logo, entende-se, que os comportamentos de gênero são construções patriarcais, esses comportamentos postos a homens e mulheres configuram-se pelo poder masculino e pela opressão as mulheres.

O mundo sempre pertenceu aos machos. Nenhuma das razões que nos propuseram para explicá-lo nos pareceu suficiente [...] Já verificamos que, quando duas categorias humanas se acham em presença, cada uma delas quer impor à outra sua soberania; quando ambas estão em estado de sustentar a reivindicação, cria-se entre elas, seja na hostilidade, seja na amizade, sempre na tensão, uma relação de reciprocidade. Se uma das duas é privilegiada, ela domina a outra e tudo faz para mantê-la na opressão. Compreende-se pois que o homem tenha tido vontade de dominar a mulher (Beauvoir, O Segundo Sexo: Fatos e Mitos. P.81, 1970)

A perduração desta estrutura patriarca, na qual dominação da mulher ao homem é naturalizada, sobretudo no âmbito doméstico. Estas violações manifestam-se através das múltiplas formas de violência, entretanto as mais comuns são a violência doméstica ou intrafamiliar, violência física, sexual, psicológica e moral, patrimonial e institucional.

A violência doméstica é um abuso físico ou psicológico cometida entre membros de um mesmo núcleo familiar. Não sendo necessário que o agressor more com a vítima para caracterizar esta violência.

Violência física é qualquer ação ou omissão que coloque em risco ou cause dano à integridade física de uma pessoa.

Violência psicológica são ações ou omissões destinadas a controlar ou degradar ações, comportamentos e decisões de uma pessoa, por meio de manipulação ameaças ou qualquer tipo de conduta de prejudique à saúde psicológica, essa violência é a forma mais subjetiva e, portanto, sua identificação é a mais difícil.

Violência moral é a ação destinada a caluniar, difamar ou injuriar a honra ou a reputação.

Violência sexual é qualquer ação que obriga a pessoa a manter contato sexual, verbal ou físico, por meio de força, intimidação, ameaça ou qualquer outra maneira que limite sua vontade pessoal. Considera-se como violência sexual

também o fato de o agressor obrigar a vítima a realizar alguns desses atos com terceiros.

Violência patrimonial é todo ato que tem como finalidade dificultar a independência da vítima, retendo objetos, documentos pessoais, bens e valores da vítima.

E, por último, temos a violência institucional que é realizada por agentes de órgãos públicos prestadoras de serviços, cometida com qualquer ato constrangedor, fala inapropriada ou omissão de atendimento.

2.1 DADOS NACIONAIS DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

A violência esta em todas as classes sociais e regiões brasileiras, de acordo com o Relógio da violência, do instituto Maria da Penha, a cada 2 segundos uma mulher é agredida fisicamente ou verbalmente, a cada 1.4 segundo uma mulher é vítima de assédio. Ressalta-se a dificuldade de coleta de dados mais precisos, pois em muitos casos de violência, a mulher não denuncia às autoridades policiais ou órgãos competentes, a sinalizar que os índices, embora altos, não refletem à realidade, que é ainda mais alarmante.

No ano de 2010, a Fundação Perseu Abramo, realizou uma pesquisa, onde 19 % das mulheres entrevistadas que haviam sofrido algum tipo de violência por parte de um homem conhecido. Em pesquisa realizada pelo Mapa da Violência de 2015, organizado pela Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais (Flacso), o Brasil está em 5º lugar no ranking de países onde há os maiores índices de homicídio contra mulheres, nesse estudo, conclui-se que, de 1980 a 2013, constatou-se um total de mortes de mulheres de 106.093, isto é, em 1980 o número de mortes equivalia a 1.353 passando para 4.762 em 2013, identificando o aumento de 252 %.

As capitais com maiores taxas de homicídio de mulheres, conforme os estudos do Mapa da violência são os estados Vitória, Maceió, João Pessoa e Fortaleza, apresentando taxas acima de 10 homicídios por 100 mil mulheres. Entretanto, capitais mais desenvolvidas como São Paulo e Rio de Janeiro, apresentaram taxas menores.

O Nordeste se destaca pelo elevado crescimento de suas taxas de homicídio de mulheres, no decênio: crescimento de 79,3%. A Região Norte aparece com uma taxa um pouco menor: 53,7%. Sul e Centro-Oeste evidenciam baixo crescimento e na Região Sudeste, significativamente, as taxas caem pela metade no período, em função da alta retração dos índices em São Paulo e Rio de Janeiro e, em menor escala, Belo Horizonte (Mapa da Violência, 2015)

Ao analisar as idades das vítimas, observou-se uma maior taxa de violência contra mulheres entre 18 e 30 anos, percebe-se também, o crescimento de assassinatos de mulheres negras, que teve um aumento de 54% em dez anos, passando de 1.864 em 2003, para 2.875 em 2013. Já em relação a mulheres brancas, esses números diminuem cerca de 9,8%, de 1.747 para 1.576.

Em pesquisas mais recentes feita pelo G1, em parceria com o Núcleo de Estudos da Violência da USP e com o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, mostram que houve um aumento nos registros de feminicídio no Brasil, em 2017 houve 1.047 mortes registradas como feminicídio, enquanto no ano de 2018 esse número sobe para 1.173, 16 estados registraram um crescimento no número feiminicídio, Acre é o estado com os maiores índices de mortes contra mulheres, 3,2 a cada 100 mil. Já em 2019 esses números continuam subindo, com mais de 200 casos já registrados, sendo 207 fatos consumados e 137 tentativas.

Já em relação aos meios utilizados para cometer os crimes, constatou-se que em 48,8% dos casos teve-se a utilização de armas de fogo, 25,3% em relação a objetos constantes, e 6,1% utilizaram o estrangulamento. Assim, nota-se a preponderância de crimes de ódio e cometidos por motivos fúteis.

Quanto ao local da agressão, o mencionado estudo confirmou a ideia que o domicílio da vítima é o que mais se destaca dentre os dados, apresentando 27,1 dos casos, atestando o alto índice de mulheres mortas no âmbito doméstico. É necessário que este cenário mude e é fundamental que se tome medidas com o intuito de conter e eliminar a violência contra a mulher.

2.2 LEI Nº 11.340/06 – LEI MARIA DA PENHA

Intitulada pelo nome de Lei Maria da Penha em homenagem à Maria da Penha Maia Fernandes, uma das tantas mulheres brasileiras vítimas da violência

doméstica. Em 1983, enquanto dormia, seu cônjuge disparou uma arma de fogo, com intenção de matá-la fingindo ser um assalto. Porém, ela não veio a óbito, mas essa tentativa de homicídio deixou graves sequelas, Maria da Penha ficou paraplégica. No entanto, mas uma vez, o seu cônjuge tentou assassiná-la, desta vez eletrocutando-a com uma descarga elétrica enquanto ela tomava banho. Após várias agressões, a vítima buscou ajuda e entrou com uma ação que durou cerca de 15 anos, não conseguindo uma resposta eficaz do judiciário, onde o agressor continuava solto.

Sem a certeza da punição do agressor pela Justiça Brasileira, Maria da Penha em 1988 trouxe o caso à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos, denunciando o agressor. Depois da denúncia essa Comissão aconselhou o Estado Brasileiro que reforçasse o processo de reforma que reduzisse a violência doméstica contra a mulher. Assim, foi elaborado o projeto de lei fundado no artigo 226, § 8º, da Constituição Federal: —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.

O projeto teve início em 2002 e em 2004 foi remetido para o Congresso Nacional, que sancionou a Lei nº 11.340 em 7 de Agosto de 2006.

Passando a ser direito da mulher em situação de violência doméstica e familiar o atendimento policial e pericial especializado, contando com delegacias de defesa da mulher (DEAM) e prestado preferencialmente por servidores do sexo feminino. A autoridade policial encaminha para atendimento hospitalar, oferece transporte para um ambiente seguro, além de fazer o acompanhamento para que a vítima possa retirar seus bens do local da ocorrência e em alguns estados brasileiros funcionam as rondas Maria da Penha, realizadas pela polícia militar e por guardas municipais.

No desenrolar desses 13 anos, a lei não estagnou, ela acompanhou as transformações sociais; sendo a primeira referência legal no país a amparar a orientação sexual da vítima. Vale ressaltar, que a lei Maria da Penha é uma lei de gênero, sendo assim, mulheres transexuais também são protegidas pelo dispositivo.

Art. 2º Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades

e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social. (LEI Nº 11.340, DE 7 DE AGOSTO DE 2006)

A central de atendimento a mulher, através do número 180, recebeu mais de 560 mil ligações no primeiro semestre de 2017 e segundo o CNJ 212.501 novos processos de violência doméstica foram abertos em 2016.

Não há dúvidas quanto a melhorias trazidas pela lei nº 11.340/06, é um marco de conquista da mulher, proporcionando uma maior proteção da integridade física e psicológica da vítima, não só em caráter coercitivo, como também preventivo, porém sem uma fiscalização eficiente e eficaz, essas medidas não garantem uma proteção integral da vida da mulher em situação de violência.

É preciso atenuar os obstáculos que a vítima ainda encontra para ser socorrida, as alterações legislativas foram positivas, mas não é a solução para o fim da violência doméstica no Brasil, a efetividade de toda lei depende de solidificação por meio de políticas públicas.

3. FEMINICÍDIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

É claro que a violência de gênero viola diretamente os direitos humanos e a dignidade das mulheres. Aos poucos a problemática vem entrando na agenda política dos Estados, aos quais, por meio de um esforço contínuo, vêm firmando tratados no intuito de combater e erradicar a violência de gênero. Desde modo, serão pautados diplomas que contribuíram de maneira definitiva para a discussão sobre a violência de gênero, assim como será evidenciada de que forma influenciaram o tratamento dado pelo legislador pátrio à questão.

No decurso da pesquisa, notou-se que os Estados vêm criminalizando o fenômeno da violência contra as mulheres, não só pela publicação de leis ou normas, mas também, pela consolidação de fundamentos específicos, através do aparelho policial e/ou jurídico pode ser mobilizado para resguardar as vítimas e/ou punir os agressores.

Com base nessa premissa, não há dúvidas de que a modificação aplicada a lei nº 13.104/15, que alterou o artigo 121 do código penal brasileiro, incluindo o feminicídio como uma das circunstâncias qualificadoras do homicídio, retrata um

esforço e por parte do poder legislativo em dar visibilidade a problema que vem tornando típico em todo país.

Nesta continuidade, se faz necessário esgrimir se a mobilização do direito penal é apenas um fim em si ou uma busca concreta em um momento em que o desrespeito e as violações dos direitos e a vida das mulheres é um constante e se essa mobilização pode ajudar para o avanço no combate à violência de gênero no Brasil.

3.1 REFERÊNCIAS NORMATIVAS

Em reflexo à situação de violência disseminada e tendo em vista as demandas das organizações de mulheres em inúmeros locais, houve a publicação de uma sequência de instrumentos legais de natureza internacional e nacional, a fim de que o povo e os Estados arroguem seu dever ético, político, legal de precaver e cessar qualquer forma de ameaça dos direitos humanos das mulheres.

3.1.1 Referências Normativas Internacionais

Nas últimas décadas, os movimentos feministas vêm lutando severamente para que os direitos das mulheres sejam respeitados e garantidos. Nesse contexto, constitui-se uma evolução notável nos instrumentos internacionais, em especial sobre matérias relacionadas a direitos humanos.

O estudo dos primeiros instrumentos confirma uma clara preocupação de garantir à mulher a paridade formal em relação ao homem que por muitos séculos lhe foi retirado. Nos últimos anos, nota-se uma maior atenção em admitir uma desigualdade estrutural das mulheres para, assim, assegurar-lhes uma equidade concreta por meio de medidas a serem empregadas pelos países, entre elas a violência de gênero.

a) Carta das Nações Unidas

Produzida logo depois do fim da Segunda Guerra Mundial, em 26 de junho de 1945, é apontada como um marco extremamente importante na defesa dos direitos humanos. Seu principal objetivo foi promover a colaboração internacional para a solução dos problemas socioculturais, políticos, econômicos e humanitários, bem

como fundar um órgão que cuidasse dos direitos humanos e liberdades fundamentais, independentemente de sexo, cor, raça, etnia e religião. Logo em seu preâmbulo, a carta estimula os países a garantir igualdade de direitos entre homens e mulheres.

NÓS, OS POVOS DAS NAÇÕES UNIDAS, RESOLVIDOS

a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla.

b) Declaração Universal dos Direitos Humanos

Abraçada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 dezembro de 1948, através da Resolução 217 A (III), como uma norma comum a todos os povos e nações, institui que os direitos humanos são universais, indivisíveis e inalienáveis. No decurso de seus artigos, o princípio da igualdade entre seres humanos, sem distinção de entre cor, raça e sexo.

Art. 1º Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Art. 2º 1 - Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. Art. 3º Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

Como Declaração, a normativa internacional, além-se a indicar as pretensões dos Estados signatários e não vincula costumes. Todavia, uma vez que foi votada

por Estados, pode ser considerada a existência do elemento subjetivo opinio juris de direito costumeiro.

c) Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher

A convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra mulher, também chamada de CEDAW, é o primeiro tratado internacional que versa amplamente sobre os direitos das mulheres e é avaliado como o principal documento na defesa destas. Foi aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 18 de dezembro de 1979, após décadas luta em todo cenário internacional visando a proteção e a efetivação dos direitos das mulheres em todo mundo. Em 1994, o Brasil ratificou a CEDAW, adotando ao seu protocolo facultativo em 2002.

Dentro dos seus artigos 1º e 2º a CEDAW constitui que

Art. 1º Para os fins da presente Convenção, a expressão —discriminação contra a mulher— significará toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher independentemente de seu estado civil com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos: político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.

Art. 2º Os Estados-parte condenam a discriminação contra a mulher em todas as suas formas, concordam em seguir, por todos os meios apropriados e sem dilações, uma política destinada a eliminar a discriminação contra a mulher, e com tal objetivo se comprometem a: a) Consagrar, se ainda não o tiverem feito, em suas constituições nacionais ou em outra legislação apropriada, o princípio da igualdade do homem e da mulher e assegurar por lei outros meios apropriados à realização prática desse princípio;

b) Adotar medidas adequadas, legislativas e de outro caráter, com as sanções cabíveis e que proibam toda discriminação contra a mulher;

c) Estabelecer a proteção jurídica dos direitos da mulher numa base de igualdade com os do homem e garantir, por meio dos tribunais nacionais competentes e de outras instituições públicas, a proteção efetiva da mulher contra todo ato de discriminação;

d) Abster-se de incorrer em todo ato ou prática de discriminação contra a mulher e zelar para que as autoridades e instituições públicas atuem em conformidade com esta obrigação;

e) Tomar as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher praticada por qualquer pessoa, organização ou empresa;

f) Adotar todas as medidas adequadas, inclusive de caráter legislativo, para modificar ou derrogar leis, regulamentos, usos e práticas que constituam discriminação contra a mulher;

g) Derrogar todas as disposições penais nacionais que constituam discriminação contra a mulher. (DECRETO Nº 4.377, DE 13 DE SETEMBRO DE 2002)

É importante citar, que o comitê CEDAW utiliza três procedimentos para monitorar o real exercício dos direitos das mulheres nos países signatários da convenção: avaliação de relatórios apresentados regularmente pelos Estados-parte, que se elabora considerações e recomendações próprias, criações de recomendações gerais na intenção de melhor traduzir os direitos e princípios trazidos na Convenção; e constatação das providências adotadas pelos países signatários perante as comunicações apresentadas ao órgão observando violações aos direitos posto na Convenção.

No plano do primeiro mecanismo de monitoramento, o comitê outrora realizou recomendações ao Brasil a respeito da problemática de violência doméstica contra a mulher. Em observações finais ao 7º relatório brasileiro exposto em 2011, o órgão manifestou sua preocupação com as realizações das decisões do STF no referente à Lei Maria da Penha pelos juízes de primeiro grau, assim como com a falta de experiência por parte do poder judiciário em combater a violência doméstica e familiar.

Na época, o Comitê recomendou ao Brasil:

- a) Fornecer treinamento sistemático aos juízes/as, promotores/as e advogados/as sobre direitos das mulheres, bem como sobre a constitucionalidade da Lei Maria da Penha, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal.
- b) Fortalecer o sistema judicial para garantir que as mulheres, em particular os grupos mais desfavorecidos tenham acesso efetivo à justiça e facilitar o acesso das mulheres à justiça aumentando tanto o número de tribunais que tratam, e os juízes com experiência em casos de violência doméstica e familiar;
- c) Melhorar o sistema de coleta e análise de dados estatísticos que visam avaliar e monitorar o impacto da Lei Maria da Penha regular;
- e d) Fornecer a todas as entidades que participam da implementação do Plano Nacional de Enfrentamento à Violência contra a Mulher, recursos humanos, técnicos e financeiros, incluindo a criação de abrigos para mulheres vítimas de violência. (SENADO FEDERAL. Relatório Final da CPMI para Investigar a Situação da Mulher no Brasil. 2013, p. 33).
- d) Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará

Em 1994 a Convenção de Belém do Pará foi adotada na referida cidade, é um dos acordos internacionais sobre a violência contra a mulher de maior relevância, visto que além de conceituar a violência contra a mulher, reconhecendo como uma violação dos direitos humanos, estabelecendo responsabilidades aos Estados signatários, com o objetivo de elaborar condições reais de quebra com o ciclo da violência por meio de mecanismos interamericanos de proteção.

Conforme o artigo 1º da Convenção:

Art. 1º Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada.

Já em seu artigo 2º declara que a violência contra a mulher inclui a violência física, sexual ou psicológica desenvolvida no contexto familiar, comunitário ou que seja perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agentes, onde quer que ocorra.

Além disso, a Convenção considera a violência como uma agressão à dignidade humana, assim como uma violação aos direitos humanos e às liberdades fundamentais.

Por último, é necessário destacar os deveres do Estado:

Art. 7º Os Estados-parte condenam todas as formas de violência contra a mulher e convêm em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar tal violência e a empenhar-se em:

[...]

b) agir com o devido zelo para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher;

c) incorporar na sua legislação interna normas penais, civis, administrativas e de outra natureza, que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, bem como adotar as medidas administrativas adequadas que forem aplicáveis;

[...]

h) adotar as medidas legislativas ou de outra natureza necessárias à vigência desta Convenção.

e) IV Conferência Mundial sobre a Mulher

Realizada em Pequim no ano de 1995, chamada de —Ação para a Igualdade, Desenvolvimento e Pazll, durante a Conferência foi certificado que todas as questões sobre as mulheres teriam que ser analisada a partir de uma compreensão de gênero, visto que, toda construção da sociedade e suas relações eram maldadas por meio desta.

Apenas observando a forma como o gênero influi na maneira como as mulheres são vistas e postas na sociedade seria capaz a identificação dos problemas enfrentados pelas mulheres e como solucioná-los, com o objetivo de empoderar as mulheres e assegurar a igualdade entre gêneros em todas as perspectivas. Destaca-se o seguinte trecho tirado do texto da Convenção:

A violência contra a mulher é uma manifestação das relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens, que têm causado a dominação da mulher pelo homem, a discriminação contra ela e a interposição de obstáculos ao seu pleno desenvolvimento. A violência contra a mulher ao longo do seu ciclo vital deriva essencialmente de hábitos culturais, em particular dos efeitos prejudiciais de algumas práticas tradicionais ou consuetudinárias e de todos os atos de extremismo relacionados com raça, sexo, idioma ou religião, que perpetuam a condição de inferioridade conferida à mulher no seio da família, no local de trabalho, na comunidade e na sociedade. A violência contra a mulher é agravada por pressões sociais, como a vergonha de denunciar certos atos; pela falta de acesso da mulher à informação, à assistência e à proteção jurídicas; pela falta de leis que efetivamente proibam a violência contra a mulher; pelo fato de que não são devidamente emendadas as leis vigentes; pela falta de empenho das autoridades públicas na difusão das leis vigentes e no seu cumprimento; e pela ausência de meios educacionais e de outro tipo para combater as causas e as consequências da violência. [...] (Declaração e plataforma de ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher)

As medidas a fim de prevenir e acabar com a violência contra a mulher são elencadas em um rol extenso e não taxativo no qual o intuito é propor uma combinação entre diferentes figuras sociais em favor de uma agenda que autorize formular políticas públicas designadas ao enfrentamento da violência de gênero ou até mesmo a promulgação ou modificação de leis que colaborem com a repressão do dos episódios em suas diversas formas.

3.1.2 Referências Normativas Nacionais

Observando que o dever de respeitar e dar efetividade às normas instituídas nas convenções internacionais resultado lógico de seu caráter vinculativo, medidas legislativas tomadas posteriormente, como a Lei nº 11.340/06 e da Lei nº 13.104/15, são consequências do dever assumido pelo Estado brasileiro ligado à comunidade internacional de proteger os direitos das mulheres.

Contudo, antes de observar a com mais profundidade o objetivo do nosso estudo – a Lei nº 13.104/15 – serão trabalhadas breves considerações acerca de

dois instrumentos normativos nacionais que pugnam em prol dos direitos humanos das mulheres e do combate a violência de gênero no país.

a) Constituição da República Federativa do Brasil

Apelidada de —Constituição Cidadã, a Constituição Federal de 1988 é tida como um marco na defesa dos direitos fundamentais.

A sua entrada em vigor possibilitou aderência do Brasil a convenções e tratados internacionais falam a respeito do exercício de direitos humanos das mulheres, já mencionado acima.

A Constituição demonstra, dentre vários elementos, a igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações apontados em seu artigo 5º, além da promoção do bem de todos, sem preconceitos de cor, raça, origem, idade, sexo ou qualquer outra forma de discriminação.

b) Lei nº 11.340/06 – Lei Maria da Penha

Em cuidado aos tratados internacionais firmados pelo Brasil, como a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher foi sancionada a Lei Maria da Penha, em 2006, que cria meios específicos para reprimir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

A Lei retrata um progresso, político e discursivo, visto que apresentou uma realidade que há muito faz parte de muitos ambientes domésticos. A tutela trazida pela lei à liberdade e à dignidade da mulher é um marco imensurável para o combate a violência de gênero. No entanto, ao passar alguns anos após a sua vigência, percebeu-se que ainda assim existia uma lacuna na proteção do maior bem tutelado, a vida das mulheres, que apesar disso constitui a maior parte da população brasileira.

O estudo executado pela Organização Mundial de Saúde mostra um dado positivo, mesmo que pequeno e que não mereça ser comemorado: na data anterior à vigência da Lei 11.3140/06, nos anos entre 1980 e 2006, o aumento anual das mortes de mulheres foi de 7,6% ao ano, o que significa uma taxa de aumento de 2,5% se levado em conta o crescimento da população feminina nesse mesmo

período. Porém, entre a vigência da lei, período de 2006 a 2013, o aumento do número de mortes cai para 2,6 % ao ano, 1,7 % quando levamos em conta o aumento populacional.

Esses indicativos mostram que não houve um retrocesso numérico desses crimes, mas apenas uma minoração nas taxas de crescimento, por isso, no ponto de vista do legislador, fundamentou a aplicação de medidas mais duras no contexto repressivo.

c) A Origem da Lei do Feminicídio

Apesar da legislação internacional, segundo Organização Mundial de Saúde (OMS) o continente das Américas é o 2º mais perigoso para as mulheres se observados os dados de feminicídio. Em razão de estudos e estatísticas como esta, que em 2011, o Congresso Nacional acreditou válido a instalação de uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito para investigar os acontecimentos de violência contra a mulher e averiguar as denúncias de omissão do poder público no que se refere à aplicação dos dispositivos previstos para proteger as mulheres em estado de violência.

Nesse contexto, a Comissão constatou altos índices de violência contra a mulher em razão do seu gênero, observando ainda que nos casos investigados a impunidade dos agressores pairava. Em relatório final, no ano de 2013, entre várias medidas recomendadas para findar o cenário de violência que se instalou no país, CPMIVCM manifestou um projeto de lei requerendo a modificação do Código Penal, com o intuito de modificar com artigo 121 e incluir o feminicídio como uma qualificadora.

O projeto de lei encaminhado e protocolado no Senado Federal, que requeria que o artigo 121 do Código Penal ficasse com a seguinte redação:

—Art. 121 [...] § 7º Denomina-se feminicídio à forma extrema de violência de gênero que resulta na morte da mulher quando há uma ou mais das seguintes circunstâncias: I – relação íntima de afeto ou parentesco, por afinidade ou consanguinidade, entre a vítima e o agressor no presente ou no passado;
II – prática de qualquer tipo de violência sexual contra a vítima, antes ou após a morte;
III – mutilação ou desfiguração da vítima, antes ou após a morte: Pena - reclusão de doze a trinta anos.

§ 8º A pena do feminicídio é aplicada sem prejuízo das sanções relativas aos demais crimes a ele conexos

Verificando a proposta apresentada, percebe-se que as duas primeiras situações previstas na qualificadora para caracterizar o feminicídio configuram com situações que coincidem com as definições de feminicídio íntimo e não íntimo; a última se encaixaria nos casos em que a violência é cometida pelo ódio ao sexo feminino e desprezo pelo corpo da mulher.

O feminicídio é a instância última de controle da mulher pelo homem: o controle da vida e da morte. Ele se expressa como afirmação irrestrita de posse, igualando a mulher a um objeto, quando cometido por parceiro ou ex-parceiro; como subjugação da intimidade e da sexualidade da mulher, por meio da violência sexual associada ao assassinato; como destruição da identidade da mulher, pela mutilação ou desfiguração de seu corpo; como aviltamento da dignidade da mulher, submetendo-a a tortura ou a tratamento cruel ou degradante. (SENADO FEDERAL. Op.cit. 2013, p. 1003)

No decorrer da discussão no âmbito do Senado Federal, o projeto de lei foi remetido à Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), e lá aprovada. Dentre as principais alterações feitas, destaca-se a nova conceituação legal ao termo feminicídio, a incorporação de uma quarta condição para definir a conduta delitiva e a revogação da redação inicial —que resulta na morte da mulherll com intuito de possibilitar a punição da tentativa.

Antes de ser encaminhado para votação em plenário, o projeto foi analisado pela Procuradoria da Mulher do Senado Federal, que expôs um novo substantivo modificando consideravelmente o projeto inicial. Nele, elaborou-se o §2º explicando os elementos que caracterizam as —razões de gênerooll, sem este parágrafo não seria possível identificar a qualificadora. Passaram a constituir apenas dois incisos: o primeiro inciso manteve a

—violência doméstica e familiarll para descrever o feminicídio íntimo; no segundo inciso os outros fundamentos foram alterados e centralizados na expressão —menosprezo ou discriminação à condição de mulherll.

Além do mais, o substantivo propôs a introdução de um §7º ao artigo 121 prevendo causas especiais de aumento de pena, que são os casos em que o feminicídio é cometido

contra gestante ou 3 meses depois da mulher ter dado a luz, contra pessoa menor de 14 anos ou maior de 60 anos e na presença de ascendente ou descendente da vítima.

Com a conclusão do processo legislativo, a Lei nº 13.104/2015, chamada de Lei do feminicídio, foi promulgada e ficou com o seguinte texto:

Homicídio simples Art. 121. [...] Homicídio qualificado
§ 2º [...] Feminicídio
VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino:
§ 2º -A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve:
I - violência doméstica e familiar;
II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher. [...] Aumento de pena [...]
§7º A pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado: I - durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto;
II - contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência;
III - na presença de descendente ou de ascendente da vítima.
Art. 2º O art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, passa a vigorar com a seguinte alteração:
—Art. 1º [...] I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV, V e VI).II
Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação.

Por último, vale destacar que o legislador conferiu a este tipo de homicídio qualificado a qualidade de crime hediondo, integrando-o no inciso I do artigo 1º da Lei dos Crimes Hediondos. Por se tratar de extrema gravidade, a pena em abstrato será mais elevada neste tipo de crime, sendo de 12 a 30 anos, além de não admitir anistia, graça, indulto e fiança.

3.2 FEMINICÍDIO – QUALIFICADORA DE NATUREZA JURÍDICA OBJETIVA OU SUBJETIVA?

As qualificadoras de natureza subjetivas são as que se ligam a motivação do crime; já as objetivas, são as ligadas ao meio ou modo de execução do crime. Assim sendo, compreendem-se como subjetivas as qualificadoras trazidas nos incisos I (mediante paga ou promessa de recompensa torpe); II (motivo fútil); V (para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime) do

artigo 121, § 2º do Código Penal brasileiro, e como objetivas os incisos III (com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum); e IV (à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido) do mesmo código.

A questão é divergente na doutrina, contudo a posição mais precisa é a de que o feminicídio é uma qualificadora subjetiva, esse posicionamento adotado por Rogério Sanches e Alice Bianchini. Uma vez que na expressão —por razões da condição de sexo femininoll o único entendimento para a palavra razões seria o que motiva, causa ou determina um fato.

Nesse contexto, podemos dizer que a qualificadora só será configurada quando o crime for praticado em razão da condição de sexo feminino, existe uma correlação entre a motivação e a conduta praticada. Nota-se, então, que o feminicídio foi incluído no crime de homicídio em seu rol de qualificadoras para apontar sua motivação, e não para indicar seu meio ou modo.

A qualificadora do feminicídio é nitidamente subjetiva. Sabe-se que é possível coexistência das circunstâncias privilegiadoras (§ 1º do art. 121), todas de natureza subjetiva, com qualificadoras de natureza objetiva (§ 2º, III e IV). Quando se reconhece (no júri) o privilégio (violenta emoção, por exemplo), fica afastada, automaticamente, a tese do feminicídio (...). É impossível pensar num feminicídio, que é algo abominável, reprovável, repugnante à dignidade da mulher, que tenha sido praticado por motivo de relevante valor moral ou social ou logo após injusta provocação da vítima. (Biachini, Alice e Gomes, Luiz)

3.2.1 Sujeito Ativo

O homicídio qualificado pelo feminicídio pode ser cometido por qualquer pessoa, a lei não menciona requisito ou condição específica para a prática desta conduta, sendo necessário apenas o reconhecimento das situações caracterizadoras elencadas no artigo 121 § 2º-A do Código Penal.

3.2.2 Sujeito Passivo

Em sua redação final a Lei n.º 13.104/15 foi resultado de três emendas substitutivas: sendo as duas iniciais no Senado Federal, uma apresentada pelo CCJ e a outra pela Procuradoria da Mulher; e a derradeira pela Câmara dos Deputados, por ânimo da bancada evangélica. Verifica-se que as emendas substitutivas iniciais apresentadas restringiram-se à um conceito sociológico dado ao termo feminicídio, relacionada a definição de gênero que o texto de modo acertado, apresentava no termo —contra a mulher por razões de gênero. No entanto, a alteração proposta pela Câmara dos Deputados, para a expressão —contra a mulher por razões da condição de sexo feminino que foi integrada na redação definitiva da lei, não aparenta ser a mais pertinente.

Visto que, a opção de ligar a ação de quem comete o feminicídio ao sexo biológico da vítima, mostra uma clara tentativa do legislador de limitar o conceito de gênero e assim dificultar discussões jurisprudenciais e doutrinárias ulteriores que pretendesse aplicar o dispositivo legal aos eventos em que a vítima não fosse mulher cisgênero. Os estudos feministas modernos há um tempo romperam com os paradigmas de sexo/gênero indicando que os dois são meras construções sociais e não deliberações biológicas. Tristemente, os constituintes do poder legislativo do Brasil não acordam com esse entendimento e, sendo assim, considera-se que exerceram um retrocesso teórico com a alteração de —gênero para —condição de sexo feminino.

Sendo assim, impedimento para que pessoas não pertencentes biologicamente ao sexo feminino possam ser tidas como mulher para fins penais em tipificação da qualificadora, como os transexuais. Já se sabe que essas pessoas, ainda que tenham nascidos biologicamente homens, psicologicamente se identificam como mulheres, se anunciam e agem como tal, assim, seria inteiramente justificável que viessem a serem vítimas da violência por razões de gênero caracterizador do feminicídio.

Contudo, por versar sobre norma penal incriminadora, a ser entendida de maneira restrita sob pena de descumprimento do princípio da legalidade estrita. Conclui-se que o transexual poder ser considerado sujeito passivo do crime de feminicídio, desde que este seja juridicamente reconhecida como mulher.

A mulher de que trata a qualificadora é aquela assim reconhecida juridicamente. No caso de transexual que formalmente obtém o direito de ser

identificado civilmente como mulher, não há como negar a incidência da lei penal porque, para todos os demais efeitos, esta pessoa será considerada mulher. (Sanches, Rogério)

Aquele que for portador de um registro oficial (certidão de nascimento, documento de identidade) onde figure, expressamente, o seu sexo feminino, poderá ser considerado sujeito passivo do feminicídio. (Greco, Rogério)

Realizada tais requisitos, o sujeito é reconhecido como mulher e, sendo assim, detém o direito de igual tratamento e é garantida igual proteção legal dada àquelas que já nasceram mulheres. Da mesma maneira, a qualificadora se aplica a mulheres homossexuais, tendo em vista que a lei não liga os casos previstos no §2º-A à opção sexual da vítima.

3.2.3 Elementos Caracterizadores

Nem toda morte que tenha como vítima uma mulher, incidirá na aplicação do feminicídio. Para que se caracterize a qualificadora, nos termos do Código Penal, é preciso que o crime envolva violência doméstica e familiar ou em decorrer do menosprezo ou discriminação da condição de mulher.

Alice Bianchini e Luiz Flávio Gomes entendem que à violência doméstica e familiar contra a mulher, é uma interpretação análise sistemática do ordenamento jurídico, o que permite conceituá-la a partir do artigo 5º da Lei Maria da Penha como —qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial. Dessa forma, é importante verificar se o motivo da agressão é ou não baseada na condição de mulher, visto que somente nas hipóteses afirmativas estará caracterizado o elemento previsto no inciso I §2º-A do artigo 121 do código penal. Verifica-se o segundo elemento para a caracterização do feminicídio quando praticado o homicídio por razões de menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

A ausência desses elementos subjetivos especiais descaracteriza o tipo subjetivo, independentemente da presença de dolo. Enquanto o dolo deve materializar-se no fato típico, os elementos subjetivos especiais do tipo especificam o dolo sem necessidade de se concretizarem, sendo suficiente que existam no

psiquismo do autor, isto é, desde que a conduta tenha sido orientada por essa finalidade específica. (BITENCOURT, Cezar Roberto)

Existe menosprezo, quando o agressor executa o crime por sentir pouco ou nenhum apreço pela vítima, sendo corriqueiro que exprima o seu desprezo através da tortura, da mutilação, do estupro, decapitação e, etc. Já a discriminação pode ser interpretada como toda distinção, restrição ou exclusão com base no sexo e que tenha como alvo frustrar o reconhecimento ou o exercício dos direitos e garantias fundamentais.

4. CONCLUSÃO

Por meio de uma análise da história e das diversas mudanças sociais, foi possível demonstrar como está ligada a inferioridade posta socialmente à mulher e a violência de gênero que dela escoa. Assim, o primeiro capítulo apontou a composição histórica do gênero feminino inferior à masculina que resultou na admissão social e a naturalização da violência contra as mulheres. Fruto de uma organização social patriarca, esta violência evidencia-se de diversas maneiras e, não respeita nenhum tipo de barreira social, seja política, religiosa, étnica ou econômica.

Logo depois, foram analisadas diversas normas, nacionais e internacionais, que procuraram garantir os direitos humanos das mulheres e reprimir a violência de gênero, foi

analisada em que contexto surgiu à proposta da tipificação da lei do feminicídio no Brasil, iniciada pela Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da Violência Contra a Mulher.

Com a nova qualificadora inserida no Código Penal, defende-se que esta é dotada de simbolismo, pois surge de um discurso importante, que reconhece os diversos contextos que lhes são característicos e do ambiente misógino que os cerca, assim como, cria um alerta para temáticas pouco debatidas – machismo, patriarcado enraizado na sociedade.

O legislador ao tipificar o feminicídio no Código Penal, evidenciou não só a ideia de necessária proteção, como também expôs que a violência de gênero é uma triste realidade, no qual Estado Democrático de Direito não pode ser omissor, por sua

obrigação legal de proteção as garantias fundamentais e efetivação dos direitos humanos.

Dessa forma, não se quer dizer que a Lei do feminicídio resolverá sozinha questão da desigualdade estrutural observada na sociedade brasileira, que viola os direitos da mulher de diversas maneiras. No entanto, discorda-se dos que dizem se tratar de uma lei de estímulo ao simbolismo penal, visto que se trata de uma importante ferramenta tutela e proteção capaz de formar políticas públicas mais eficazes na luta contra a violência de gênero.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA PATRÍCIA GALVÃO. FEMINICÍDIO. 2016. DISPONÍVEL EM: <https://agenciapatriciagalvao.org.br/violencia/noticiasviolencia/femicidio-como-uma-cidade-mexicana-ajudou-batizar-violencia-contra-mulheres/> ACESSO EM: 20 AGOSTO. 2018.

AGÊNCIA PATRÍCIA GALVÃO. Dossiê Violência Contra as Mulheres. Disponível em: <<https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/violencia/violencias/femicidio/>> Acessado em: 11 de Março de 2019

BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. Feminicídio: entenda as questões controvertidas da Lei 13.104/2015. Disponível em: <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/173139525/femicidio-entenda-as-questoes-controvertidas-da-lei-13104-2015>> Acessado em: 19 de Maio de 2019

BITENCOURT, Cezar Roberto. Homicídio Discriminatório por Razões de Gênero. Disponível em: <<http://www.cezarbitencourt.adv.br/index.php/artigos/34-homicidioidiscriminatorio-por-razoes-de-genero>> Acessado em: 10 de Maio de 2019

BUZZI, Ana Carolina de Macedo. Feminicídio e o Projeto de Lei nº292/2013 do Senado Federal. Mon. UFSC. Florianópolis/SC: 2014

BRASIL. DECRETO Nº 4.377, DE 13 DE SETEMBRO DE 2002. DISPONÍVEL EM [HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/DECRETO/2002/D4377.HTM](http://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/DECRETO/2002/D4377.HTM) ACESSADO EM: 09 DE MAIO DE 2019

BRASIL. Lei nº 13.104, de 9 de Março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm> Acessado em: 10 de Março de 2019

CAMPOS, Amini Haddad e CORRÊA, Lindalva Rodrigues. Direitos Humanos das Mulheres. Curitiba: Juruá, 2007.

CLARA VALESCO; GABRIELA CESAR; THIAGO REIS. G1. 2018. DISPONÍVEL EM: [HTTPS://G1.GLOBO.COM/MONITOR-DA-VIOLENCIA/NOTICIA/CRESCE-N-DE-MULHERES- VITIMAS-DE-HOMICIDIO-NO-BRASIL-DADOS-DE-FEMINICIDIO-SAO- SUBNOTIFICADOS.GHTML](https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/cresce-n-de-mulheres-vitimas-de-homicidio-no-brasil-dados-de-feminicidio-sao-subnotificados.ghtml) ACESSO EM: 10 AGOSTO. 2018.

CLARA VALESCO; GABRIELA CESAR; THIAGO REIS. G1.2019. DISPONÍVEL EM: < <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/03/08/cai-o-no-de-mulheres-vitimas-de-homicidio-mas-registros-de-feminicidio-crescem-no-brasil.ghtml>> Acessado em: 19 de Março de 2019

CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Formas de violência contra a mulher. DISPONÍVEL EM: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/lei-maria-da-penha/formas-de-violencia> Acessado em: 07 MARÇO. 2019

DE LOS RÍOS, MARCELA LAGARDE Y. ANTROPOLOGÍA, FEMINISMO Y POLÍTICA: VIOLENCIA FEMINICIDA Y DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES. REVISTA RETOS TEÓRICOS Y NUEVAS PRÁCTICAS. DISPONÍVEL EM: <[HTTPS://WWW.ANKULEGI.ORG/WPCONTENT/UPLOADS/2012/03/0008LAGARDE.PDF](https://www.ankulegi.org/wpcontent/uploads/2012/03/0008LAGARDE.PDF)> ACESSADO EM: 09 DE MAIO DE 2019

GRECO, ROGÉRIO. FEMINICÍDIOS: COMENTÁRIOS SOBRE A LEI Nº 13.104, DE 9 DE MARÇO DE 2015. ROGÉRIO GRECO SITE OFICIAL. ARTIGOS. DISPONÍVEL EM: [HTTPS://ROGERIOGRECO.JUSBRASIL.COM.BR/ARTIGOS/173950062/FEMINICIDIO-COMENTARIOS-SOBRE-A-LEI-N-13104-DE-9-DE-MARCO-DE-2015](https://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/173950062/feminicidio-comentarios-sobre-a-lei-n-13104-de-9-de-marco-de-2015) ACESSADO EM: 02 MAIO. 2019

HOFFMANN.CONJUR.2017.Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2017-nov-01/concessao-medida-protetiva-delegado-amplia-direitos-mulher>> Acessado em: 19 de Março de 2019

JUSBRASIL. A efetividade da proteção da mulher através da Lei Maria da Pena. Disponível em:< <https://bonifacio1317.jusbrasil.com.br/artigos/382729869/a-efetividade-da-protecao-da-mulher-atraves-da-lei-maria-da-penha>> Acessado em: 17 de Março de 2019

MAPA DA VIOLÊNCIA 2012. Atualização: Homicídios de mulheres no Brasil. Disponível em: <http://mapadaviolencia.org.br/pdf2012/MapaViolencia2012_atual_mulheres.pdf> Acessado em: 14 Março 2019

MAPA DA VIOLÊNCIA 2015: Homicídios de mulheres no Brasil. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf> Acessado em: 14 Março 2019

Meneghel; Portella. Feminicídios: conceitos, tipos e cenários. Ciênc. saúdecoletiva.2017.Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232017002903077> Acessado em: 10 agosto. 2018.

MIGALHAS. Aplicação da Lei Maria da Penha é Desigual no Brasil. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI275734,61044-Aplicacao+da+lei+Maria+da+Penha+e+desigual+no+Brasil> > Acessado em: 17 de Março de 2019

MONDELI, LAIS. BBC. Femicídio: como uma cidade mexicana ajudou a batizar a violência contra as mulheres. 2016. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-38183545> > Acessado em: 16 MARÇO 2019

OENNING ALEXANDRA; CARNEIRO JULIA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER NO BRASIL. JUSBRASIL. 2015. DISPONÍVEL EM: <https://alexandraelenning.jusbrasil.com.br/artigos/170060222/violencia-domestica-contra-a-mulher-no-brasil> Acessado em: 13 MARÇO. 2019

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração e plataforma de ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher. Pequim, 1995. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2014/02/declaracao_pequim.pdf> Acessado em 19 de Maio de 2019

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: < <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>> Acessado em: 19 de Abril de 2019

PASIONATO, FEMINICÍDIO E AS MORTES DE MULHERES NO BRASIL. 2011. DISPONÍVEL EM: <[HTTP://WWW.SCIELO.BR/SCIELO.PHP?PID=S010483332011000200008&SCRIPT=SCI_ARTTEXT](http://WWW.SCIELO.BR/SCIELO.PHP?PID=S010483332011000200008&SCRIPT=SCI_ARTTEXT)> ACESSADO EM: 17 SETEMBRO. 2018.

PINAFI, TÂNIA. Violência contra a mulher: políticas públicas e medidas protetivas na contemporaneidade. 2007. DISPONÍVEL EM: <<http://www.historica.arquivoestado.sp.gov.br/materias/anteriores/edicao21/materia03/>> > Acessado em: 14 MARÇO 2019

RODRIGUES, KEYTY KELLEN MARIA. FRIAS, ANDREA SIMONE. FEMINICÍDIO: índices de combate à violência contra a mulher. Revista Jus Navigandi. 2017. DISPONÍVEL EM: <<https://jus.com.br/artigos/58048/femicidio-indices-e-instrumento-de-combate-a-violencia-contra-a-mulher>> ACESSO EM: 14 MARÇO 2019

RUSSEL, Diana E. H. The Origin And Importance Of The Term Femicide. Dez. 2011. Disponível em: <https://www.dianarussell.com/origin_of_femicide.html> Acessado em: 20 de Setembro de 2018

SENADO FEDERAL. Relatório Final da CPMI para Investigar a Situação da Mulher no Brasil. 2013. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496481> Acesso em: 11 de Maio de 2018

SENADO FEDERAL. Relatório Final da CPMI para Investigar a Situação da Mulher no Brasil. 2013.

TOLEDO, FEMINICÍDIO. CONTEÚDO JURÍDICO: ARTIGOS. 2018. DISPONÍVEL EM:
[HTTP://WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR/ARTIGO,FEMINICIDIO,590858.HT](http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,feminicidio,590858.html)
ML
ACESSADO EM: 10 AGOSTO. 2018.

UNITED NATIONS. Human Rights Violation: the problem. Disponível: <
<https://www.un.org/sustainabledevelopment/ending-violence-against-women-and-girls/>> Acessado em: 20 de Maio de 2019

VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER EM DADOS. Sobre os dados da violência contra as mulheres no Brasil. Disponível em:
<https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/violencia-em-dados/sobre-os-dados-da-violencia-contra-as-mulheres-no-brasil/> Acessado em: 15 Março 2019

CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DA ASSISTÊNCIA SOCIAL NO BRASIL

Rosângela Maria Ferreira da Silva do Nascimento
Derly Pereira Brasileiro

RESUMO: O artigo em questão teve por objetivo geral analisar o percurso histórico da assistência social no Brasil, enfatizando os obstáculos e avanços no campo da proteção aos Direitos Sociais e a garantia do pleno exercício da cidadania, à luz da Constituição Federal de 1988. Com tal intento, buscou-se discutir, bem como refletir, acerca das políticas assistenciais enquanto políticas afirmativas de direitos. Para tanto, foi desenvolvida uma pesquisa bibliográfica, com base em livros, artigos, teses, dissertações, dentre outras publicações visando subsidiar teoricamente o estudo ora exposto. Também se fez uso de documentos oficiais, a exemplo da Lei n. 8.742 de 1993. Verificou-se que a Assistência Social no Brasil teve sua origem histórica baseada na caridade, filantropia e na solidariedade religiosa. Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 é o marco legal para compreender as transformações e redefinições da assistência social no País.

Palavras-chave: Seguridade Social. Assistência Social. Direito Sociais.

ABSTRACT: The main objective of this article was to analyze the history of social assistance in Brazil, emphasizing obstacles and advances in the field of protection of social rights and guaranteeing the full exercise of citizenship, in the light of the 1988 Federal Constitution. Such an attempt was aimed at discussing, as well as reflecting, on welfare policies as affirmative rights policies. For that a bibliographical research. It was verified that Social Assistance in Brazil had its historical origin based on charity, philanthropy and religious solidarity. In this sense, the Federal Constitution of 1988 is the legal framework to understand the transformations and redefinitions of social assistance in the country.

Key words: Social Security. Social assistance. Social Rights.

1 INTRODUÇÃO

A Política de Assistência Social no Brasil faz parte de um Sistema de Proteção Social bastante amplo, denominado por Seguridade Social, representado por um conjunto de políticas sociais com a finalidade precípua de assistir ao cidadão, bem como aquelas famílias que se encontrem em situação de vulnerabilidade.

Contudo, a Seguridade Social, ganhou o status de política pública a partir do advento da Carta Cidadã de 1988, onde passou a ser expressa no art. 194. Vale salientar que por muitos anos, a prática assistencialista foi baseada nos ideais de

caridade, sendo esta desempenhada de forma preponderante pela igreja católica. Em tal contexto, em nome da caridade foram constituídas associações filantrópicas a exemplo de: asilos, albergues, creches, tendo por fundamentos valores relacionados à filantropia e caridade cristã.

Portanto, foi apenas com a vigência da Constituição de 1988, que a Assistência Social foi elevada ao status de política pública, na qualidade de direito fundamental e social. Contudo, já com tantos anos transcorridos de tal avanço normativo, a assistência social ainda é enxergada, por alguns, como sendo uma prática assistencialista de auxílio aos pobres e a demais grupos vulneráveis. É nesse cenário que emerge a problemática norteadora deste estudo, a qual perpassa pelo seguinte questionamento: como se deu a construção da Política de Assistência Social no país, especialmente no que tange ao seu marco legal?

Com base no exposto, o estudo em questão tem por objetivo geral analisar a trajetória histórica da política de assistência social no Brasil, enfatizando os obstáculos e avanços no campo da proteção aos direitos sociais e garantia do pleno exercício da cidadania, à luz da Constituição Federal de 1988.

Sob essa perspectiva, buscou-se ainda discutir e refletir acerca das políticas assistenciais enquanto políticas afirmativas de direitos; apresentar os marcos legais que norteiam tal Política; analisar os limites e possibilidades da efetivação dos direitos sócio assistenciais assegurados na Carta Cidadã, além de descrever o sistema de seguridade social adotado no Brasil.

Nesse direcionamento, o que se espera com a elaboração deste artigo, é contribuir para reforçar o compromisso público com a efetivação da Assistência Social enquanto política de garantia de direitos e satisfação de necessidades sociais, problematizando questões essenciais a esse processo na cena contemporânea.

Almeja-se, no decorrer deste estudo, dissociar a política de assistência social de um caráter filantrópico/caritativo, ratificando sua existência, formulação e finalidade enquanto política volta a assegurar o cumprimento de direitos fundamentais. Para tanto, foi desenvolvida uma pesquisa bibliográfica, com base em livros, artigos, teses, dissertações, dentre outras publicações visando subsidiar teoricamente o estudo ora exposto.

Também se fez uso de documentos oficiais, a exemplo da Lei nº. 8.742 de 1993, a qual dispõe sobre a organização da Assistência Social, além da Lei nº. Lei 12.435 de 2011, a qual regulamenta e prevê a continuidade do Sistema Único de Assistência Social – SUAS, bem como a Constituição Federal de 1988, que em sua seção IV, artigos 203 e 204, estabelece que a assistência social deva prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS DIREITOS SOCIAIS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Antes de adentrar a análise em torno da construção da política de assistência social no Brasil, faz-se necessário tecer considerações no tocante aos direitos sociais previstos na Constituição Federal de 1988, sendo estes conhecidos por direitos prestacionais, vez que possuem status positivus, estando a serviço da igualdade e da liberdade material, ou seja, da proteção a pessoa contra as necessidades de ordem material e à garantia de uma existência com dignidade (SARLET, 2015).

De acordo com Bonavides (2017), a noção de Estado Social foi constituída como uma reação dos indivíduos da coletividade por não fruírem da liberdade disposta no texto constitucional, em virtude da omissão estatal em garantir condições mínimas indispensáveis de sobrevivência, inerentes a própria dignidade humana.

Com efeito, são assegurados no art. 6º da Constituição Federal de 1988, os direitos sociais à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, a moradia, o lazer, dentre outros, como preservação das liberdades, mas também, com a promoção da igualdade, objetivando a proteção e o bem estar dos indivíduos, bem como, discorre Sarlet (2015, p. 261):

Os direitos de defesa se identificam por sua natureza preponderantemente negativa, tendo por objeto abstenções do Estado, no sentido de proteger o indivíduo contra ingerências na sua autonomia pessoal, os direitos sociais prestacionais têm por objeto a conduta positiva do Estado (ou particulares destinatários da norma), consistente numa prestação de natureza fática.

O mesmo autor conclui ainda que enquanto a função precípua dos direitos de defesa é a de limitar o poder estatal, os direitos sociais (como direitos a prestações) reclamam uma crescente posição ativa do Estado na esfera econômica e social. Diversamente dos direitos de defesa, mediante os quais se cuida de preservar e proteger determinada posição (conservação de uma situação existente), os direitos sociais de natureza positiva (prestacional) pressupõem seja criada ou colocada à disposição a prestação que constitui seu objeto, já que objetivam a realização da igualdade (SARLET, 2015).

Os direitos sociais elencados no texto constitucional asseguram à aplicação imediata (art. 5º §1º, CF/88) dos dispositivos constitucionais, destacando-se a lição de Krell (2012) os Direitos Fundamentais Sociais da Carta de 1988 exercem um importante papel, cumprindo, ao lado de sua função jurídico-normativa, uma função educativa, acima de tudo, conscientizadora.

O autor supracitado afirma ainda que a Carta Maior deixa de servir somente como ordem jurídica de procedimento para o poder estatal, para assumir também a função de um documento para a integração da comunidade na formação de consciência política (KRELL, 2012).

Neste contexto, os direitos sociais não são direitos individuais, mais sim coletivos. O Estado possui um dever objetivo de proteção destes direitos. Os direitos prestacionais materiais ou fáticos (em sentido estrito) caracterizam o dever do Estado de fornecer, criar, complementar, distribuir ou redistribuir bens e serviços necessários ao bem-estar individual ou da coletividade (SARLET, 2015).

Os direitos fundamentais sociais de cunho prestacional requerem crescente posição ativa dos Poderes Públicos, no sentido de promover ao indivíduo como já mencionado, bens e meios necessários à sobrevivência do mesmo, razão pela qual a violação destes direitos, caracteriza a negligência do poder estatal. O Ministro do Supremo Tribunal de Justiça, Gilmar Mendes, em recente decisão enfocou a questão dos direitos sociais prestacionais, conforme transcrição infra:

A Constituição brasileira de 1988 não só prevê expressamente a existência de direitos fundamentais sociais (artigo 6º), especificando seu conteúdo e forma de prestação (artigos 196, 201, 203, 205, 215, 217, entre outros), como não faz distinção entre os direitos e deveres individuais e coletivos (capítulo I do Título II) e os direitos sociais (capítulo II do Título II), ao estabelecer que os direitos e garantias

fundamentais têm aplicação imediata (artigo 5º, § 1º, CF/88). Vê-se, pois, que os direitos fundamentais sociais foram acolhidos pela Constituição Federal de 1988 como autênticos direitos fundamentais (STF, STA 238, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJE n. 204: 28/10/2008).

O ínclito Ministro prossegue sua explanação acerca dos direitos sociais prestacionais, aduzindo ainda que:

[...] Não há dúvida – deixe-se claro – que as demandas que buscam a efetivação de prestações de saúde devem ser resolvidas a partir da análise de nosso contexto constitucional e de suas peculiaridades. [...] Na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas. Portanto, não se cogita do problema da interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros Poderes quanto à formulação de políticas públicas. [...] Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente (STF, STA 238, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJE n. 204: 28/10/2008).

Conquanto, a execução dos direitos sociais prestacionais sofrem limitações em sua abrangência, no sentido da disponibilidade de recursos pelo Estado para atender fielmente as necessidades do homem-cidadão. A eficácia dos direitos sociais prestacionais implica, ou não, a possibilidade do indivíduo ou coletividade exigir judicialmente o cumprimento da prestação pelo Estado, previsto no próprio texto constitucional (SARLET, 2015).

Com efeito, a Constituição Brasileira de 1988 se apresenta como uma das mais elaboradas no que concerne ao conteúdo dos direitos sociais. Entretanto, a realidade socioeconômica, e a omissão dos Poderes Públicos (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), na prestação e promoção dos serviços fundamentais, objetivando o bem-estar dos indivíduos, bem como a coletividade, deixam a desejar. Com base neste contexto, ressalta-se a lição de Hesse (1991 apud SARLET, 2015 p.165):

Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e ao mesmo tempo determinante em relação a ela, não pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sociopolíticas e

econômicas. [...] A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas.

Ademais, foi na Constituição Federal de 1988 que os direitos fundamentais sociais foram registrados como direitos fundamentais inerentes ao indivíduo, estes, sintonizados com os valores e objetivos assegurados nos (arts. 1º e 3º) da Constituição em epígrafe, em especial referência à dignidade da pessoa humana, neste sentido, conceitua Cleve (2016, p. 38):

Os direitos sociais não têm a finalidade de dar ao brasileiro, apenas o mínimo. Ao contrário, eles reclamam um horizonte eficaz progressivamente mais vasto, dependendo disso apenas do comprometimento da sociedade e do governo e da riqueza produzida pelo país. Aponta a Constituição, portanto, para a ideia de máximo, mas de máximo possível (o problema da possibilidade).

Verifica-se que os direitos sociais abrangem tanto os direitos prestacionais (positivo), quanto os defensivos (negativos). No sentido positivo, leciona Bonavides (2017) que os mesmos reclamam uma postura positiva do Estado e da sociedade, no sentido negativo, quando requer a proteção contra ingerências dos poderes estatais, bem como, de terceiros.

Bonavides (2017) elucida ainda que os direitos prestacionais materiais ou fáticos (em sentido estrito) caracterizam o dever do Estado de fornecer, criar, complementar, distribuir ou redistribuir bens e serviços necessários ao bem-estar individual ou da coletividade.

Embora já mencionado, a finalidade dos direitos sociais é a fruição da liberdade pessoal e da igualdade, objetivando a promoção da justiça social e redução das desigualdades sociais através de uma postura ativa estatal, conforme leciona Sarlet (2015, p. 202):

O certo é que os direitos fundamentais sociais a prestações, diversamente dos direitos de defesa, objetivam assegurar, mediante a compensação das desigualdades sociais, o exercício de uma liberdade e igualdade real e efetiva, que pressupõem um comportamento ativo do Estado, já que a igualdade material não se oferece simplesmente por si mesma, devendo ser devidamente implementada.

Portanto, os direitos fundamentais sociais de cunho prestacional requerem crescente posição ativa dos Poderes Públicos, no sentido de promover ao indivíduo como já mencionado, bens e meios necessários à sobrevivência do mesmo, razão

pela qual a violação destes direitos, caracteriza a negligência do poder estatal (HESSE, 1991 apud SARLET, 2015).

2.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SUA RELAÇÃO COM OS DIREITOS SOCIAIS

Entende-se que o princípio da dignidade é o eixo do Estado Democrático de Direito, alcançando tal patamar devido à ampliação do movimento neoconstitucionalista, que, coadunado a tal princípio, fez refletir os objetivos do constituinte em concretizar os direitos fundamentais, especialmente os direitos sociais, trazendo à tona a questão da assistência social como forma de efetivar tais direitos (SARLET, 2015).

Sob esse prisma, Sarmiento (2016) esclarece que as Constituições do México (1917) e de Weimar (1919) trouxeram em seu cerne novos direitos que demandaram uma incisiva ação estatal para sua implementação concreta, a rigor, destinados a trazer consideráveis melhorias às condições materiais de vida da população em geral, como, por exemplo, o direito à saúde, à moradia, à alimentação, à educação, à previdência etc. Tais Constituições se tornaram referência no que diz respeito a assegurar os direitos de segunda geração.

Sob esse enfoque, Pereira (2016, p. 02) infere que a importância recente do novo constitucionalismo está na intensificação do empenho de tutelar juridicamente os direitos fundamentais, sendo este um aspecto balizador para a construção do Estado Democrático de Direito. Nessa esteira, a mesma autora prossegue:

Em consequência, a jurisdição dos direitos fundamentais tem buscado estabelecer uma série de pautas e critérios destinados a garantir a efetividade jurídica desses direitos. E a intensificação dessa preocupação, presente na maior parte dos sistemas jurídicos ocidentais, permite identificar os contornos próprios da interpretação constitucional dos direitos fundamentais, a qual é caracterizada por determinadas técnicas e princípios especiais (PEREIRA, 2016, p. 02).

Uma tutela eficiente dos direitos de segunda geração viabiliza o exercício consciente das outras categorias de direitos fundamentais, quais sejam, os direitos individuais e políticos, onde todos, conjuntamente, contribuem para realização da dignidade da pessoa humana e para concretização da isonomia real. Desse modo,

no rol do art. 6º da Carta Maior, onde estão inseridos os direitos sociais, verifica-se a concretização inquestionável do princípio da dignidade humana na esfera das condições materiais de existência do homem. Nesse diapasão, Sarlet (2015, p. 21) aduz que:

Os direitos fundamentais constituem construção definitivamente integrada ao patrimônio comum da humanidade [...] Praticamente não há mais Estado que não tenha aderido a algum dos principais pactos internacionais (ainda que regionais) sobre direitos humanos ou que não tenha reconhecido ao menos um núcleo de direitos fundamentais no âmbito de suas Constituições.

Em que pese a possibilidade de se questionar a vinculação direta de todos os direitos sociais consagrados na constituição de 1988 com o princípio da dignidade humana, Sarlet (2015) entende que não há como desconsiderar tal conexão, com vistas a relevância dos direitos sociais para a efetiva fruição de uma vida digna.

Nessa senda, Marmelstein (2016) afirma que os direitos sociais impõem diretrizes, deveres e tarefas a serem realizadas pelo Estado, no intuito de possibilitar aos seres humanos melhores qualidade de vida e um nível de dignidade como pressuposto do próprio exercício da liberdade.

Em tal acepção, “os direitos fundamentais de segunda geração funcionam como uma alavanca capaz de proporcionar o desenvolvimento do ser humano, fornecendo-lhe as condições básicas para gozar, de forma efetiva, a tão necessária liberdade” (MARMELESTEIN, 2016, p. 50). É o que se depreende da seguinte decisão:

A partir da consolidação constitucional dos direitos sociais, a função estatal foi profundamente modificada, deixando de ser eminentemente legisladora [...] para se tornar mais ativa com a missão de transformar a realidade social. Em decorrência, não só a administração pública recebeu a incumbência de criar e implementar políticas públicas necessárias à satisfação dos fins constitucionalmente delineados, como também, o Poder Judiciário teve sua margem de atuação ampliada, como forma de fiscalizar e velar pelo fiel cumprimento dos objetivos constitucionais. [...] qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem motivos, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado Democrático de Direito. Por este motivo, o princípio da reserva do possível não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial (RECURSO ESPECIAL Nº 1.041.197 – MS, 2008/0059830-7).

A expressão „dignidade” aparece em vários dispositivos da Constituição Federal de 1988. Exemplo disso é que o art. 226, §7º, estabelece que o planejamento familiar é fundado nos princípios da “dignidade da pessoa humana” e

da paternidade responsável; já no art. 227, caput, está instituído que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à “dignidade”; por sua vez, no art. 230, caput, fixa-se que compete à família, à sociedade e ao Estado o dever de amparar as pessoas idosas, “defendendo sua dignidade”.

3 SEGURIDADE SOCIAL NO BRASIL

A seguridade social se reveste em um direito fundamental de segunda dimensão, o qual tem por finalidade precípua contemplar ações cuja iniciativa provenha do poder público, aliado a própria sociedade, visando concretizar os direitos relacionados à saúde, à previdência e à assistência social.

Os direitos sociais de segunda geração, conforme leciona Moraes (2017) estão profundamente relacionados ao princípio da igualdade, formulados com base em reivindicações em busca de maior justiça social. No tocante a previsão legal, a seguridade social está disposta na Constituição Federal de 1988, no Título VIII, “Da Ordem Social”.

Martins (2010) elucida que a seguridade social envolve um conjunto de princípios e objetivos estabelecidos com o intuito maior de disponibilizar um sistema de proteção social aos cidadãos para que este tenha acesso a serviços básicos, relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Portanto, a seguridade social tem por meta assegurar a efetiva proteção social de grupos vulneráveis, acesso à previdência social e o pleno direito a saúde.

A seguridade social foi subdividida nas Constituição Federal por meio de normas que dispõe acerca da saúde, previdência social e assistência social, sendo norteadas pelos princípios da universalidade da cobertura de atendimento, igualdade ou equivalência dos benefícios, unidade de organização pelo Poder Público e pela solidariedade financeira, haja vista ser financiada por toda coletividade. Nesse sentido, o artigo 194 CF define seguridade social na seguinte dicção:

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

I - universalidade da cobertura e do atendimento;

II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;
III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;
V - equidade na forma de participação no custeio; VI - diversidade da base de financiamento;
VII - caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, com a participação da comunidade, em especial de trabalhadores, empresários e aposentados.
VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados (BRASIL, 1988).

A Seguridade Social disposta no artigo acima transcrito é gênero no qual são espécies: a Saúde, art. 196 e seguintes; a Previdência Social, art. 201 e seguintes e a Assistência Social, artigos 203 e 204 da Constituição Federal de 1988. Vale frisar que o art. 1º da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991 utilizou o mesmo conceito constitucional acerca da organização da seguridade social, instituindo o plano de custeio e demais pontos. Oliveira (1987 apud REIS, 2015, p. 45) assim define a seguridade social:

Conjunto de medidas adotadas pelo Estado, por meios de organizações próprias ou subvencionadas, destinadas a prover as necessidades vitais da população do país, nos eventos básicos previsíveis e em outras eventualidades, variáveis segundo as condições nacionais, que podem verificar-se na vida de cada um, por meio de um sistema integrado de seguro social e de prestação de serviços sociais, de cuja administração e custeio participam direta ou indiretamente, os próprios segurados ou a população mesma, as empresas e o Estado.

Com base no artigo 193 da CF3, tem-se que a seguridade social possui os seguintes objetivos: “o bem-estar e a justiça social” (BRASIL, 1988). Sobre o assunto, Miranda (2007, p. 23) explica que:

A seguridade social, como direito social que é, tem por objetivos promover e assegurar o bem-estar e justiça sociais, propiciando meios de subsistência ao desvalido e ao trabalhador atingido por determinadas contingências sociais, a todos garantido os meios disponíveis para promoção, proteção e recuperação da saúde.

Ibrahim (2018) alude que a seguridade social se trata de uma rede de proteção composta pelos entes estatais e membros da sociedade civil, com contribuições conjunta, tendo por fito o desenvolvimento de ações visando auxiliar

pessoas carentes, trabalhadores e seus dependentes, a fim de efetivar um padrão mínimo de vida digna.

Essa rede se compõe por um elo entre todos os componentes da seguridade social, quais sejam: saúde, previdência e assistência social. Isto posto, a seguridade social está voltada para concretização da justiça social e o bem-estar geral, tendo por fulcro princípios como seletividade, distributividade, isonomia, refletidos em políticas públicas.

3.1 ASSISTÊNCIA SOCIAL: HISTÓRICO

De acordo com Souza e Gonçalves (2014), a política social no contexto histórico brasileiro está relacionada à configuração da questão social, produzida pelas contradições da reprodução do capitalismo que se estabeleceu a partir da correlação de forças entre os interesses do capital e o interesse das classes trabalhadoras, a qual culminou no crescimento alarmante da pobreza.

No mesmo sentido, Carvalho (2012) considerara que os movimentos sociais contribuíram significativamente para a conformação dos novos arranjos das políticas sociais brasileiras, fazendo sua inserção tanto na gestão quanto no controle social. Nesse cenário permeado pelo conflito de interesses, fomentando pelas reivindicações da classe trabalhadora, o estado e a igreja se articularam visando apaziguar a revolta dos mais pobres.

Considera-se que a década de 1930 foi o marco de uma mudança na função do Estado brasileiro haja vista que é em tal período que surgem as primeiras medidas de proteção social no Brasil, como exemplo, foram criadas uma série de legislações trabalhistas visando assegurar maior proteção e estabelecer direitos aos trabalhadores (SOUZA; GONÇALVES, 2014). Corroborando com o exposto, Santana e Silva (2013, p. 4), assinalam que:

O avanço do capitalismo industrial na década de 1930 acarretou uma intensificação da exploração da força de trabalho e agravamento significativo nos níveis de desigualdade social, ocasionando um aprofundamento das expressões da questão social, principalmente da pobreza. Dentro deste contexto surge a necessidade da construção de um sistema de proteção social e tal sistema nasce com um caráter compensatório para regular e minimizar as mazelas sociais. [...], a população que tinha uma cidadania regulada pelo Estado, emerge de seu descontentamento social e passa a expressar sua insatisfação através dos

movimentos sociais de cariz reivindicatório que se fortalecem nos anos 1980 contra a ditadura militar.

Entretanto, vale frisar que o modelo assistencial adotado era o de caráter contributivo, onde era deixada à margem a população que não tinha vínculo empregatício. A assistência social ainda não se constituía em foco de ação do Estado, não tendo nenhuma visibilidade estatal, sendo a mesma exercida caritativamente pelas instituições religiosas, tendo caráter eminentemente benemerente. Sob esse prisma, Carvalho (2012, p. 11-12) analisa que:

Com a expansão do capital e a precarização do trabalho, a pobreza se torna visível, incômoda e passa a ser reconhecida como um risco social. A benemerência, como um ato de solidariedade, passa a se constituir em práticas de dominação, que destituem o alvo das ações de caridade da condição de sujeito de direitos. [...] A caridade e a beneficência acabavam por despir o público alvo da assistência social da condição de cidadão, de indivíduo capaz, ou seja, sujeito de direitos.

Salienta-se, pois, que a Igreja exerceu um papel fundamental no desenvolvimento de formas assistencialistas de enfrentamento da questão social, utilizando como recurso fundamental um discurso moralizador e educador das famílias, reforçando o modelo de família nuclear burguesa, como pontua Yazbek (2009) a respeito do modelo familiar destacando “sua perfectibilidade, sua capacidade de desenvolver potencialidades; a natural sociabilidade do homem para realizar o bem comum (como bem de todos) e a necessidade da autoridade para cuidar da justiça geral” (YAZBEK, 2009, p. 55).

Cumpram-se mencionar que no Brasil, até meados da década de 1930, não se compreendia a pobreza enquanto expressão da questão social, mas sim, como uma disfunção pessoal, uma condição subjetiva dos indivíduos (CARVALHO, 2012). Sendo assim, na década de 1930:

[...] os pobres eram considerados como grupos especiais, párias da sociedade, frágeis ou doentes. A assistência se mesclava com as necessidades de saúde, caracterizando o que se poderia chamar de binômio de ajuda médico-social. Isto irá se refletir na própria constituição dos organismos prestadores de serviços assistenciais, que manifestarão as duas faces: a assistência à saúde e a assistência social. O resgate da história dos órgãos estatais de promoção, bem-estar, assistência social, traz, via de regra, esta trajetória inicial unificada (SPOSATI, 2017, p. 42).

Conforme por Behring e Boschetti (2016), a crise de 1929 marcou uma mudança substantiva no desenvolvimento das políticas sociais, uma vez que

consolidou a convicção sobre a necessidade de regulação estatal para seu enfrentamento.

Este momento é reconhecido como de ampliação de instituições e práticas estatais intervencionistas. Como iniciativa estatal, foi criada primeira instituição nacional de assistência social, denominada por Legião Brasileira de Assistência – LBA, visando dar suporte aos pracinhas da Segunda Guerra Mundial e suas famílias (SOUZA; GONÇALVES, 2014).

A Legião Brasileira de Assistência - LBA representou a união entre a iniciativa privada e a iniciativa pública, tendo a presença da classe dominante enquanto poder civil e a relação benefício/caridade x beneficiário/pedinte, conformando a relação entre Estado e classes menos favorecidas (SPOZATI, 2017).

Posteriormente, no período ditatorial, entre as décadas de 1960 e 1980, a assistência social se manteve articulada as ações clientelistas, assistencialistas, controladoras e disciplinadoras, cujo foco maior residia no ajuste social, conforme elucidam Behring e Boschetti (2016).

Foi apenas com o advento da Constituição Federal de 1988 que a política de assistência social se consolidou enquanto direito, descaracterizando-se de sua forma assistencialista, configurando o tripé da seguridade social brasileira. Vale destaca que este foi um dos grandes avanços da política de assistência sedimentada constitucionalmente no âmbito dos direitos.

Na década de 1990, ocorreu a implantação da Lei Orgânica da Assistência Social - LOAS, no ano de 1993. Anos depois, em 2004, foi elaborada a Política Nacional de Assistência Social – PNAS, em seguida, no ano de 2005, criou-se o Sistema Único de Assistência Social – SUAS, com a finalidade de organizar as redes de serviços dispostos na política de assistência social de forma descentralizada, participativa e hierarquizada.

Com efeito, verifica-se que foi com a promulgação da Carta Cidadã de 1988, que a Assistência Social adquiriu status de política pública, devendo atender a todos que dela necessitar, configurando-se, assim, como direito de cidadão e dever do Estado (SANTANA; SILVA, 2013).

Behring e Boschetti (2016) observam que a seguridade social assumiu, no Brasil, enquanto sistema de proteção social, duas vertentes, a saber: a) contributiva

(contrapartida dos rendimentos do trabalho assalariado para sua garantia) e b) não contributiva (para todos os cidadãos que dela necessitem).

Tal direito foi, portanto, solidificado pela Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) n. 8.742 de 1993, bem como pelo Sistema Único de Assistência Social (SUAS), em 2005. Tendo suporte na legislação infraconstitucional, foi instituída a Política Nacional de Assistência Social (PNAS), assegurada também pela Constituição Federal de 1988 (artigos 203 e 204), sistematizada e aprovada a partir do SUAS, e normatizada pela LOAS, a qual preconiza a universalidade dos direitos sociais e o acesso aos serviços socioassistenciais.

3.2 TRAJETÓRIA HISTÓRICA DA POLÍTICA ASSISTENCIAL NO BRASIL

A construção do Direito à Assistência Social é recente na história brasileira. Ao longo de várias décadas a questão social esteve ausente das formulações de políticas no país. O principal marco é o advento da Constituição Federal de 1988, denominada por Carta Cidadã, a qual assegura a condição de política pública à assistência social, constituindo, no mesmo nível a saúde e previdência social, trata-se, pois, do tripé da seguridade social que ainda se encontra em construção no país (CARVALHO, 2012).

No que tange a trajetória de construção da política de assistência social no Brasil, tem-se ainda como marco legal a criação da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) (Lei n. 8.742/1993). Tal legislação veio a regulamentar os artigos 203 e 204 da Constituição Federal de 1988, estabelecendo normas e critérios para organização da Assistência Social, que é um direito, exigindo assim, a definição de leis, normas e critérios objetivos para assegurar o mesmo no plano material.

Conforme o art. 1º da Lei n. 8.742 de 1993, a assistência social, sendo um direito do cidadão e dever do Estado, se reflete em Política de Seguridade Social de natureza não contributiva, a qual objetiva prover os mínimos sociais, concretizada por meio de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às demandas básicas do cidadão (BRASIL, 1993).
Segue in verbis:

A Assistência Social, direito do cidadão e dever do Estado, é política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da

sociedade, para garantir o atendimento as necessidades básicas (BRASIL, 1993).

A Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) norteia-se ainda pelos princípios a seguir transcritos:

Art. 4º A assistência social rege-se pelos seguintes princípios:

I - supremacia do atendimento às necessidades sociais sobre as exigências de rentabilidade econômica;

II - universalização dos direitos sociais, a fim de tornar o destinatário da ação assistencial alcançável pelas demais políticas públicas;

III - respeito à dignidade do cidadão, à sua autonomia e ao seu direito a benefícios e serviços de qualidade, bem como à convivência familiar e comunitária, vedando-se qualquer comprovação vexatória de necessidade;

IV - igualdade de direitos no acesso ao atendimento, sem discriminação de qualquer natureza, garantindo-se equivalência às populações urbanas e rurais;

V - divulgação ampla dos benefícios, serviços, programas e projetos assistenciais, bem como dos recursos oferecidos pelo Poder Público e dos critérios para sua concessão (BRASIL, 1993).

Carvalho (2012) esclarece que o aporte legal em torno da seguridade vem sendo aperfeiçoado desde o ano de 2003, a partir da construção de uma rede de proteção e promoção social, visando cumprir as determinações legais. Dentre as iniciativas, salienta-se a implementação do Sistema Único de Assistência Social (SUAS), no ano de 2005, conforme determinações da LOAS e da Política Nacional de Assistência Social (PNAS).

Os SUAS é o instrumento normativo que permite interromper a fragmentação que até então marcou os programas do setor, instituindo, efetivamente, as políticas públicas da área e a transformação da assistência em direito.

Vale frisar que a Política Nacional de Assistência Social (PNAS) aprovada pela Resolução n. 15, de 15 de outubro de 2004, do Conselho Nacional de Assistência Social - CNAS, expressa exatamente a materialidade das diretrizes da Lei n. 8.742 de 1993, a Lei Orgânica da Assistência Social. Por sua vez, a Norma Operacional Básica do Sistema Único da Assistência Social – NOB/ SUAS aprovada pela Resolução n. 130, de 15 de julho de 2005, do CNAS, visa a implementação e a consolidação do SUAS.

Salienta-se que o Sistema Único da Assistência Social (SUAS) é um sistema não contributivo, descentralizado e participativo que tem por objetivo a gestão do conteúdo específico da Assistência Social no campo da proteção social brasileira (BRASIL, 1993).

Este se configura como a nova tendência da Política de Assistência Social na perspectiva de promover maior efetividade de suas ações. O SUAS materializa o conteúdo da LOAS, cumprindo as exigências para a realização dos objetivos e resultados esperados que devem consagrar direitos de cidadania e inclusão social.

Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) trouxe uma nova perspectiva para a Assistência Social enquanto Política pública de seguridade, direito do cidadão e dever do Estado, prevendo um sistema de gestão descentralizado e participativo. Criou ainda o Conselho Nacional de Assistência Social, com composição paritária, deliberativo e controlador da política de assistência social, para que fossem aplicados os pressupostos da Constituição Federal de 1988, tendo como objetivos, a proteção social, vigilância socioassistencial e defesa de direitos.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A promulgação da Constituição Federal em 1988 trouxe grandes avanços, especialmente no que diz respeito a ordem social, tendo como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça social. No que tange a assistência social, a Carta Cidadã representou um marco histórico e legal, assegurando os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Com a criação da Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS), em dezembro de 1993, foram regulamentados os dispostos nos artigos 203 e 204 da Constituição Federal de 1988, que dispõe sobre os princípios, diretrizes, organização e gestão, prestações e financiamento da Assistência Social, sendo esta legislação um paradigma para a política assistencial brasileira, trazendo um novo significado para a Assistência Social enquanto Política pública, prevendo também, um sistema de gestão descentralizado e participativo.

Em seu turno, Sistema Único da Assistência Social (SUAS) veio materializar o conteúdo da LOAS, tendo como eixos estruturantes a matricialidade sóciofamiliar, a descentralização político-administrativa e a territorialização, estabelecendo novas bases para a relação entre Estado e sociedade civil; financiamento; controle social com participação popular e normas definidas para informações de monitoramento e avaliação, além de política de recursos humanos própria.

Estabelece também a organização da assistência em dois níveis de proteção, divididos em proteção social básica, ofertadas nos CRAS, e proteção social especial de média ou alta complexidade, ofertados nos CREAS, cumprindo assim, as exigências para a realização dos objetivos e resultados esperados que devem consagrar direitos de cidadania e inclusão social.

Verificou-se que houve uma longa trajetória dos sistemas de proteções sociais no Brasil, que conta hoje, com a oferta de serviços, planos, programas, projetos e benefícios em um sistema de rede. Entretanto, a mesma deve dispor de pessoal não apenas capacitado, mas também comprometido, para que os objetivos do SUAS sejam alcançados, de maneira integral pelos indivíduos e famílias que se encontram em situação de vulnerabilidade e risco social.

REFERÊNCIAS

BEHRING, Elaine Rossetti; BOSCHETTI, Ivanete. Políticas Sociais: fundamentos e história. São Paulo: Cortez, 2016.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: 05 de outubro de 1988.

. Lei n. 8213, de 24 de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios Previdenciários e dá outras providências. Publicada no DOU em: 25/07/1991.

. Lei n. 8742, de 07 de dezembro de 1993. Lei Orgânica da Assistência Social. Publicada no DOU em: 07/12/1993.

BRASILEIRO, Derly Pereira. ; SILVA, M. M. Direito Previdenciário. 1. ed. Salvador: JM, 2018.

CARVALHO, Alysson. (Org.). Políticas Públicas. Belo Horizonte: Editora UFMG; Proex, 2012.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. Revista de Direito Constitucional e Internacional, n. 54, jan-mar, São Paulo, 2016.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário. 23. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2018.

KRELL, Andreas Joachim. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha:

Os descaminhos de um Direito Constitucional “Comparado”. Porto Alegre: Fabris, 2012.

MARMELSTEIN, George. Curso de direitos fundamentais. 5. ed. São Paulo: Altas, 2016. MARTINS, Sergio Pinto. Direito da Seguridade Social: custeio da seguridade social.

Benefícios - Acidente do trabalho - Assistência Social - Saúde. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MIRANDA, Jadiel Galvão. Direito da Seguridade Social previdenciário, infortunistica, assistência social e saúde. Rio de Janeiro: Elservir, 2007.

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.

12. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Interpretação constitucional e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2016.

REIS, Jair Teixeira. Manual de Rescisão de Contrato de Trabalho. 6. ed. São Paulo: LTr, 2015.

SANTANA, Eline Peixoto de; SILVA Jéssica Aparecida dos Santos da. Histórico da Política de Assistência Social. In: VI Jornada Internacional de Políticas Públicas. UFMA, Maranhão, 20 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinp2013/anais-eixo8-dl.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015.

SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SOUZA, Sonia Aparecida da Silva de; GONÇALVES, Suélen Felipe. Política de Assistência Social: uma breve análise de seus avanços e retrocessos. In: VI Seminário Nacional Estado e Políticas Sociais. UNIOESTE, Paraná, 15 de setembro de 2014. Disponível em:

<<http://php.unioeste.br/eventos/Anais/pdf>>. Acesso em: 07 abr. 2019.

SPOSATI, Aldaíza. A assistência na trajetória das políticas sociais brasileiras: uma questão em análise. 12. ed. São Paulo: Cortez, 2017.

YAZBEK, Maria Carmelita. Os fundamentos históricos e teórico-metodológicos do Serviço Social brasileiro na contemporaneidade. CFESS; ABEPSS. Serviço Social: Direitos Sociais e Competências Profissionais. Brasília: DF. CFESS/ABEPSS, 2009.

INFANTICÍDIO INDÍGENA ENTRE O COSTUME E A LEI

Sandy Almeida Alencar
Arnaldo Sobrinho de Moraes Neto

RESUMO: O presente estudo tem o objetivo de analisar a prática do infanticídio indígena no Brasil, tanto dos que apoiam, em virtude do respeito ao direito cultural, quanto daqueles que colocam o direito à vida frente a qualquer outro direito, no intuito de buscar um modo adequado de o Estado brasileiro atuar diante desta diversidade. Para tanto o trabalho está dividido em conceituar o infanticídio indígena e a sua origem, a forma como a prática é realizada, quais os motivos que levam os indígenas a cometerem-no e em quais tribos existem registro dessa prática cultural. Aborda-se também, o projeto de lei que visa disciplinar a ocorrência do infanticídio nas tribos indígenas brasileiras. À via disto, o presente estudo analisará o conflito do resultado da relação entre direitos fundamentais protegidos pela Constituição Federal de 1988 e a diversidade cultural, que a temática em estudo evoca, em um embate do Direito à vida e do Direito à Identidade Cultural dos povos indígenas. Diante disso, é necessário avaliar os limites da intervenção estatal na cultura desses povos, através de órgãos que tem como obrigação proteger e promover os direitos das populações indígenas, bem como examinar a estrutura, as condições de vida e a realização de ações, por parte do Estado, para o desenvolvimento sustentável dessas comunidades indígenas. Em contrapartida, buscar compreender as motivações culturais para a prática do infanticídio indígena no Brasil.

Palavras-chave: Infanticídio indígena. Crime de Infanticídio. Estado Puerperal. Direitos fundamentais. Diversidade cultural. Direitos humanos.

ABSTRACT: The objective of this study is to analyze the practice of indigenous infanticide in Brazil, both of those who support, by virtue of respect for cultural law, and those who place the right to life before any other right, in order to seek a suitable way of the Brazilian State to act in the face of this diversity. For this, the work is divided in the conceptualization of the indigenous infanticide and its origin, the way in which the practice is carried out, the reasons why the indigenous people commit it and in what tribes there are records of this cultural practice. Also discussed is the bill to discipline the occurrence of infanticide in Brazilian indigenous tribes. In this way, the present study will analyze the conflict between the results of the relationship between fundamental rights protected by the Federal Constitution of 1988 and the cultural diversity that the theme under study evokes, in a clash of the Right to life and the Right to Cultural Identity of the peoples indigenous peoples. In view of this, it is necessary to evaluate the limits of state intervention in the culture of these peoples, through bodies whose obligation is to protect and promote the rights of indigenous peoples, as well as to examine the structure, living conditions and the performance of actions by of the State, for the sustainable development of these indigenous communities. On the other hand, to understand the cultural motivations for the practice of indigenous infanticide in Brazil.

Key words: Indigenous infanticide. Crime of Infanticide. Puerperal State. Fundamental rights. Cultural diversity. Human rights.

1. INTRODUÇÃO

Esse artigo acadêmico se atentará apenas ao infanticídio indígena no Brasil. As comunidades indígenas no Brasil são constituídas de grupos sociais independentes, dotados de práticas, costumes e leis próprios. Por esse motivo, tais indivíduos possuem concepções peculiares a respeito do que é o nascimento, vida, morte e do que é o ser humano. Entretanto, tais peculiaridades algumas vezes acabam por entrar em choque com valores cristalizados na Constituição Federal Brasileira, como a dignidade da pessoa humana e o direito à vida, o que tem gerado discussões acerca de até que ponto a cultura e a sua preservação legitimam a existência de práticas que, para muitos, são claramente contrárias a valores e aos direitos fundamentais.

A prática tradicional do “infanticídio indígena” consiste no assassinato de crianças indesejadas pelo grupo, tais como, a deficiência física ou mental, o nascimento de gêmeos, de filhos de mães solteiras, de bebês com o sexo não desejado, o fato de a criança nascer em período que a mãe está amamentando outro filho, ou por qualquer outro motivo que a respectiva tribo entender que acarretará maldição para a mesma. É comum em diversas tribos brasileiras, é um dos assuntos que melhor representam o encontro entre o respeito à diversidade cultural e a proteção de um dos direitos humanos mais fundamentais, o direito à vida. Os indígenas brasileiros são compostos de grupos sociais autônomos, com práticas e costumes próprios. E cada etnia possui uma visão diferenciada de mundo. Cada um destes grupos possui um conceito diferente sobre o que é a vida e a morte do ser humano. Esta visão de mundo algumas vezes se contrapõe com os valores universais dos direitos humanos reconhecidos internacionalmente e também na nossa Carta Magna. Cabendo ao Estado tomar alguma postura diante de tal prática. Este conflito de valores gera o debate acerca de até que ponto se deve preservar determinadas culturas, que legitimam práticas que se contrapõem aos direitos mais básicos e à própria dignidade da pessoa humana.

O presente artigo fará uma abordagem do posicionamento que o Estado deveria adotar frente ao infanticídio indígena, sendo ela omissiva. Será demonstrada, ainda, a ilegalidade de tal ato. Bem como, a posição que o Governo brasileiro deveria assumir, no sentido de propor como solução, para o conflito de valores instituído, o investimento, político e educacional, em programas de promoção

do diálogo intercultural, tendendo a expandir os campos de visões culturais, dando possibilidade a uma efetiva reavaliação das tradições de forma interna. O cerne deste trabalho é a discussão sobre as duas principais posições que há sobre o infanticídio indígena: a liberdade cultural e a proteção dos direitos humanos.

2 INFANTICIDIO NO BRASIL

No Brasil Durante o processo de colonização, poucos foram os documentos ou legislações que definissem o crime de infanticídio.

Quando finalmente o reconhecimento do infanticídio se consolidou, a legislação penal brasileira iniciou o processo de desenvolvimento desse tema, sendo assim, o conceituou de diversas maneiras no decorrer dos anos.

Durante o período Brasil- colônia, as leis que vigoravam no país eram as chamadas Ordenações do Reino. As ordenações equiparavam o crime, em sentido estrito, com a ofensa moral e o pecado. As penas eram cruéis e visavam implementar o temor pelo castigo 16, aplicando a pena de morte, através da força, assim como torturas, etc...

Assim, no Livro V das Ordenações do Reino, que vigorava no Brasil, não constava nenhuma referência ao crime de infanticídio, logo, ele foi considerado pelo juiz como crime de homicídio, com agravante, devido a pouca idade da vítima.

Com a proclamação da Independência em 1822, a Assembleia Constituinte de 1823, pela lei nº20, artigo 1º, mandou que vigorassem no país as antigas disposições da Metrópole, até a elaboração de novo Código.

Após finalizado, o Código Criminal do Império, considerou o infanticídio como figura excepcional, atribuindo-lhe pena mais branda.

Estabelecia o legislador do Império a existência de duas hipóteses do delito:

- na primeira, disposta no artigo 198 do Código Imperial: “ Se a própria mãe matar o filho recém-nascido para ocultar a sua desonra. Pena: prisão com trabalho por 1 (um) a 3 (três) anos...”, na qual a mãe mata seu filho em defesa da própria honra. Para esta hipótese, o legislador culminou pena de prisão com trabalho por um a três anos, visivelmente mais amena, tanto na quantidade quanto na qualidade, em relação a do homicídio.

- na segunda, através de seu artigo 197 do mesmo Código: “Matar algum recém-nascido: pena – de prisão por 3 (três) a 12 (doze) anos e de multa correspondente à metade do tempo”.

Nesta hipótese, o legislador impunha uma pena mais leve ao crime praticado por estranhos e sem intenção de ocultação de desonra, em relação à punição de um homicídio praticado contra a vida de uma pessoa adulta.

Em ambos os casos o legislador se referiu ao sujeito passivo utilizando o termo “recém-nascido”, deixando completamente desamparado o ser nascente, já devidamente qualificado.

Com a proclamação da República, o Código Criminal é modificado, e passa a definir o crime de infanticídio como delito sui generis, deixando de se ater à ocultação de desonra como justificativa.

Assim, em 1890, o Código Penal em seu artigo 298 dispunha:

Matar recém-nascido, isto é, infante nos primeiros sete dias de seu nascimento, quer empregando meios diretos e ativos, quer recusando à vítima os cuidados necessários à manutenção da vida e a impedir sua morte. Pena: prisão celular por 6 a 24 anos. (Brasil,1890)

Pelo disposto no Código Penal de 1890, qualquer pessoa podia ser autora do infanticídio, inclusive a mãe, mesmo não sendo para ocultar desonra própria; não distinguindo o legislador, no que diz respeito a pena, o crime de infanticídio do homicídio.

Deve-se voltar a atenção à definição que o legislador faz de infante, limitando o sujeito ativo à uma criança com até sete dias de vida, ou seja, passados os sete dias, o crime de infanticídio não era caracterizado.

Mesmo o legislador não limitando o enquadramento penal à hipótese da causa honoris, considerou a mesma como uma possibilidade de abrandamento da pena, dispondo no parágrafo único do artigo em questão: “Se o crime for cometido pela mãe para ocultar desonra própria. Pena: prisão celular por 2 a 6 anos.” (Brasil, 1890)

Ambos os Códigos Penais, tanto o de 1830 quanto o de 1890 tratavam o crime de infanticídio da mesma maneira que o de homicídio, principalmente no que diz respeito à aplicação da pena, empregando a ambas as condutas ilícitas a mesma previsão penal.

O atual Código Penal de 1940 entrou em vigor em 1 de Janeiro de 1942 e conceituou o crime de infanticídio a partir de um critério oposto aos utilizados até então, o fisiopsicológico, da influência do estado puerperal.

Assim dispôs sobre o delito em seu artigo 123: “Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após. Pena – detenção de 2 (dois) a 6 (seis) anos.” (Brasil, 1942)

Com essa tipificação, o crime de infanticídio passa a constituir a forma de delito autônomo, com denominação jurídica própria, mesmo não deixando de ser uma forma de homicídio privilegiado, na qual o legislador leva em conta a situação particular da parturiente, que mata o próprio filho em condições especiais.

Assim, o crime de infanticídio tornou-se, com o Código Penal de 1940 *delictum exceptum*, admitindo somente a mãe como autora, e, exigindo ainda, que esta pratique o delito sob a influência do estado puerperal, é o que cita Alfredo Farhat: “O infanticídio é considerado um “*delictum exceptum*” quando praticado pela parturiente, sob a influência do estado puerperal”.

Galdino Siqueira faz uma análise à evolução do crime de infanticídio no Brasil:

Analisando-se a evolução cultural exposta pelos mais diversos autores percebemos que o infanticídio passou por três períodos:
No primeiro, denominado período de indiferença, era comum a sua prática sem que as leis ou os costumes a reprovassem.
No segundo, ou período de reação em favor da vítima, eram impostas penas graves além da prática de crueldade, não se contentando apenas com a morte do autor do crime.
O terceiro período, inaugurado sob a influência das idéias de Beccaria e Bentham, foi marcado pela reação em favor da mulher infanticida, sendo, na vigência desse período, elaborados nossos Códigos: Criminal de 1830 (Império), Penal de 1890 (República) e o vigente de 1940, os dois primeiros exagerando no benefício ao autor do crime, fosse ele quem fosse, e o de 1940 não considerando apenas a vítima, levando em conta também a figura do agente ativo. (SIQUEIRA, p.28-29, 1955)

Conforme o dicionário de Língua Portuguesa Aurélio, infanticídio significa: “Assassínio de recém-nascido ou de criança. Jur. Morte do próprio filho, sob a influência do estado puerperal, durante o parto ou logo depois”.

A palavra infanticídio deriva do latim, *infans* e *coedere*, que significa “o que mata uma criança recém-nascida”.

Etimologicamente o termo infanticídio significa “a morte de um infante ou criança que ainda não fala”. Noronha E. Magalhães² afirma: “O infanticídio é o crime

da genitora, da puérpera. É, portanto a mãe que se acha sob a influência do estado puerperal e atua contra vida de seu filho”. Para a conceituação do crime de infanticídio, nosso Código adota o critério fisiopsicológico, que admite a influência do estado puerperal como motivação e fundamentação para a conduta, segundo Fernando Capez:

Trata-se de crime de forma livre, ou seja, praticado por qualquer meio comissivo, por exemplo: enforcamento, estrangulamento, afogamento, fraturas cranianas; ou por meio omissivo, por exemplo: deixar de amamentar a criança, abandonar recém-nascido em local deserto, objetivando sua morte (CAPEZ, 2007, p. 101).

O abandono de recém-nascido, segundo configuração do art. 134, parágrafo 2º ou 123 do CP, refere-se a um crime de perigo, no qual a agente quer apenas abandonar, livrar-se do bebê, colocando-o em situação perigosa, arriscando a vida e a saúde de um ser totalmente indefeso. Neste caso, o meio de execução é diferente do crime de infanticídio, visto que, a mãe age com dolo, que não chega a ser crime de dano; ela não tem a intenção de matar, mas de abandonar. No entanto, a morte agrava a pena da agente pela decorrência da culpa, por ser apenas previsível, sem o desejo de óbito.

Na hipótese em que a mãe abandona o bebê com a intenção de causar-lhe a morte em decorrência do abandono, haverá dolo (direto ou eventual), portanto é crime de dano. Porém, se o fato se der “logo após o parto e sob a influência do estado puerperal”, terá ocorrido o infanticídio (art. 123 do CP); na ausência de tais circunstâncias, é considerado homicídio. Momento consumativo: refere-se ao crime material. A “consumação se dá com a morte do neonato ou nascente”. Portanto, deverá a ação física do delito ocorrer no período a que a lei se refere: “durante ou logo após o parto”. A tentativa é possível, na hipótese em que a mãe, por circunstâncias alheias à sua vontade, não consiga eliminar a vida de seu bebê, tendo sua conduta impedida por terceiros.

Sabemos que o infanticídio é crime que se compõe pelos elementos: ser mãe e matar o próprio filho durante ou logo após o parto, sob a influência do estado puerperal (art. 123 do CP). Com a exclusão de alguns dados contidos no infanticídio, o fato típico deixa de existir como tal e torna-se outro tipo de crime (atipicidade relativa).

Entretanto, os componentes do tipo, em especial o estado puerperal, são elementares desse crime. Portanto, comunicam-se as circunstâncias ao coautor ou partícipe (art. 30 do CP), a menos que este desconheça sua existência, com a finalidade de evitar a responsabilidade.

As consequências podem ser diferentes no caso de o terceiro ser autor, coautor ou partícipe. São três as situações possíveis:

- A mãe que mata o próprio filho com a ajuda de terceiro: esta é autora de infanticídio e as circunstâncias elementares do crime se comunicam ao partícipe, que responde também por infanticídio;
- O terceiro que mata o recém-nascido e conta com a participação da mãe: este se torna autor de homicídio (art. 121 do CP), por ter realizado a conduta principal, enquanto que a mãe responde pela conduta de partícipe do mesmo crime e, portanto, responderá também por homicídio;
- Mãe e terceiro executam em coautoria a conduta principal, matando a vítima: a mãe será autora de infanticídio e o terceiro responderá pelo mesmo crime por força da teoria unitária ou monista, como menciona o art.29, CP, caput.

Concurso de pessoas e a questão da comunicabilidade da elementar “influência do estado puerperal”:

Durante muitos anos uma corrente doutrinária também compartilhada por outros autores distinguiu as circunstâncias pessoais das personalíssimas, não havendo comunicabilidade. Portanto, para tal corrente o estado puerperal não se comunica ao partícipe, respondendo este por homicídio, evitando-se um privilégio sem merecimento. Porém, o maior penalista de todos os tempos, Nelson Hungria, passou a sustentar que “mesmo os terceiros que concorrem para o infanticídio respondem pelas penas a este cominadas, e não pelas do homicídio” (CAPEZ, p. 107-108, 2007).

Não é admitida coautoria nem participação em infanticídio em face das elementares personalíssimas do tipo legal. “O estado puerperal” é um exemplo deles. Portanto, havendo intervenção de terceiro, este responderá por homicídio em coautoria ou participação. As elementares objetivas ou subjetivas são sempre comunicáveis, porém o estado puerperal é considerado elementar personalíssima, sendo incomunicável, porém, admite-se o concurso de pessoas no infanticídio com coautoria ou participação se a lei não falar em condições personalíssimas. As

condições de caráter pessoal comunicam-se quando há elementares do crime (art. 30 do CP), e as de caráter não pessoal, sejam elementares ou circunstanciais, podem ser sempre comunicáveis. A condição de ser mãe e estar sob a influência do estado puerperal são elementos do tipo, razão pela qual se comunicam aos coautores ou partícipes. Concurso de crimes haverá concurso material com o delito de infanticídio se a genitora também ocultar o cadáver do infante (artigo 211 do Código Penal).

1.1. PUERPÉRIO E SUAS ALTERAÇÕES

Puerpério vem de puer: criança e parere: parir. É o período durante o qual os órgãos se preparam para a expulsão do feto, já formado, rumo à vida autônoma, isto é, sem dependência física da mãe.

Há algumas divergências a respeito do período de duração do puerpério, mas a obstetrícia define o puerpério como sendo o período que começa logo depois da expulsão da placenta e termina com a completa regressão do organismo materno às condições pré-gravídicas.

A mulher em condições gravídicas pode apresentar uma série de sinais clínicos que caracterizam o pós-parto. Para que se possa entender perfeitamente a influência do estado puerperal, é imprescindível o breve conhecimento de algumas das alterações sofridas pela parturiente em decorrência do puerpério.

O puerpério é um fenômeno que exige incontáveis esforços por parte da parturiente, podendo acarretar palidez, bruscas alterações hormonais, calafrios, esgotamento mental e muscular, baixa de pressão, etc..

O estudo sobre o infanticídio de Irene Muakad especifica:

A pressão arterial pode ficar abaixo do normal. A secreção de lóquios brancos geralmente desaparecem entre o 15º e o 20º dias. As taxas de gonadotrofinas permanecem altas até o 10º dias, mais ou menos, e a colpocitologia irá normalizar-se entre o 21º e 28º dias. (MUKAD, Irene Batista, 2002)

A uretra da mulher pode sofrer traumas, o que ocasiona desconforto durante a micção, que pode se acentuar devido ao aumento do volume de urina, consequência da redistribuição dos líquidos corporais. No caso de cesariana, o desconforto é dobrado, pois a barriga da mulher sofre uma incisão, logo, após o

parto, os incômodos são maiores, com as dores dos pontos, o resguardo (inclusive sexual), enfim, a recuperação da mulher no caso de cesariana é muito mais demorada e trabalhosa do que no caso de parto normal.

Enfim, são muitas as consequências físicas decorrentes do puerpério, que acabam por gerar um stress, devido à situação desconfortável na qual a mesma se encontra; o que num misto de dores, contrações, sangramentos e todas as outras alterações, acaba por conduzir a mãe a praticar o crime. Assim como a parte física da mulher se altera bruscamente, como foi possível verificar, a parte emocional da parturiente também se altera em função do puerpério.

Nos primeiros momentos após o parto, a relação da mãe com seu filho não está completamente elaborada, assim, a mãe precisa de cuidados, além de físicos, psicológicos, o que muitas vezes não acontece, pois o alvo das atenções acaba tornando-se o recém-nascido.

Portanto, é fato comprovado e aceito pela maioria dos juristas que a parturiente passa por mudanças bruscas, fisiológicas e psíquicas, em decorrência da condição gravídica. Essas transformações resultam no que a doutrina classifica como psicose ou estado puerperal, que é bem representado na manifestação de Paulo José da Costa Jr.:

As psicoses puerperais surgem no terreno lavrado pela tara psíquica que se agrava pelos processos metabólicos do estado puerperal ou são uma espécie do genus, psicoses sintomáticas, isto é, transtornos psíquicos que se apresentam no curso de enfermidades gerais internas, de infecções agudas, de intoxicações, etc., e cujas lesões não têm uma localização cerebral. Tais psicoses manifestam-se, de regra, vários dias após o parto.

Pode-se concluir, em suma, que o puerpério gera, por si só, uma série de perturbações psíquicas e fisiológicas à mulher, podendo levá-las ou não a cometer o crime de infanticídio. O estado que a mulher atinge depende muito de sua resistência, pois mesmo que fique constatado que o puerpério baixa sua resistência, a intensidade dessa queda varia de mulher para mulher, pois há certas mulheres cujo organismo pode vir a não se abalar diante das condições ocasionadas por este.

1.2. ENTRE A NORMA E A CULTURA

Os principais dispositivos jurídicos brasileiros que tratam as questões indígenas no país são a Constituição Federal e o Estatuto do Índio. Desta forma, há

um projeto de Lei tramitando no congresso a respeito da criminalização do ato de infanticídio indígena, o PL 1057, conhecida como Lei Muwaji – em homenagem a uma mãe da tribo dos Suruwahas que não permitiu a morte da filha deficiente. O projeto é apresentado pelo Ex-Deputado Federal Henrique Afonso (PT-AC) em 2007, que prevê criminalizar, por omissão de socorro, quem não informar o infanticídio ou qualquer outra prática que atende contra a saúde e a integridade dos índios, tendo também como objetivo proteger crianças indígenas em situação de risco de rejeição, maus tratos ou morte – colocando o Brasil em sintonia internacional com a maneira como são tratadas práticas tradicionais que violam os direitos humanos, sem deixar de valorizar, respeitar e preservar a cultura. Junto com a participação de líderes indígenas em sua elaboração.

A medida inclui também ONGs, poder público, Funai (Fundação Nacional do Índio) e qualquer cidadão. Pelo projeto, o índio não é punido. Mas cabe ao poder público proteger e auxiliar o índio que “decidir não permitir, expor ou submeter crianças a práticas que coloquem em risco a vida. “Todavia, ao falar em práticas nocivas entre outras expressões discriminadoras do ato o projeto se tornou etnocêntrico, precisando, portanto, de ajustes inclusive quanto à criminalização” (PEDRO & DIEL, 2014).

O Estatuto do Índio existe em prol da garantia de proteção a cultura dos mesmos nos seguintes termos:

Art. 6º Serão respeitados os usos, costumes e tradições das comunidades indígenas e seus efeitos, nas relações de família, na ordem de sucessão, no regime de propriedade e nos atos ou negócios realizados entre índios, salvo se optarem pela aplicação do direito comum (Brasil, 1973).

Também no Estatuto do índio há previsão quanto à garantia do respeito à cultura indígena: “Art.47 - É assegurado o respeito ao patrimônio cultural das comunidades indígenas, seus valores artísticos e meios de expressão” (Brasil, 1973).

A Constituição Federal também protege a cultura. Conforme artigo 215 e seu § 1º:

Art. 215 - O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. § 1º - O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional. (Brasil, 1988)

Também versa o supracitado artigo, direitos atribuídos aos povos indígenas de forma a serem preservados pelo Estado: “Art. 231 - São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens” (Brasil, 1988).

Entretanto a Constituição Federal também protege o direito à vida o que como já citado neste trabalho: “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 [...]” (Brasil, 1988).

Cabe aqui reforçar a importância da vida, visto que sem ela, todos os outros direitos são afetados. Para que haja cultura, deve primeiramente haver vida. Se não há vida humana, direito algum tem utilidade. Perde o objeto a qual se pretende garantir a tutela, portanto segundo Pedro e Diel:

Despindo-se de qualquer resquício de etnocentrismo, deve-se observar que mesmo na cultura indígena das tribos brasileiras, como a suruhawá, a inviolabilidade do direito à vida deve ser preservada, pois praticar o infanticídio é não permitir que uma pessoa que nasça numa determinada cultura sequer participe desta. Não há que afirmar o desrespeito a cultura indígena, entretanto, apenas um auxílio ao desenvolvimento cultural existente no dinamismo. (PEDRO & DIEI, 2014)

Para muitos povos indígenas o corpo humano é resultado de uma fabricação cultural. Há todo um processo, desde o nascimento até a puberdade, no qual o corpo vai recebendo as marcas da cultura, vai sendo culturalmente construído: “O ser em fabricação está nu, não usa pinturas, nem adornos. Pode-se daí supor que há, inicialmente, um corpo não humano, ou, pelo menos, não completamente humanizado, passando a sê-lo por meio dos ritos de fabricação do mesmo. A pessoa também é resultado de uma construção da cultura.”

Assim, se uma criança não passa por esse processo não é considerada humana e meninas, deficientes físicos ou filhas de mãe solteira têm status inferior à dos meninos fisicamente perfeitos, por conta da cultura local, sexista.

Importante para entender o processo que leva à prática do infanticídio e morte intencional de crianças é a construção social do conceito de vida, e sua relação com vida plena, integral, com qualidade. E a definição social de vida, é intrinsecamente ligada à questão de qualidade de vida. Assim, crianças deficientes não teriam

condições de levar uma vida plena, que valesse a pena ser vivida, assim como crianças gêmeas ou muito próximas, trabalho dobrado na busca de alimentação e na proteção frente aos perigos da floresta, dificultando a vida dos pais e da comunidade, além de ter um significado místico negativo para alguns grupos, como os Kamayurá por exemplo. Para muitos povos, a escassez de terra para o plantio é fator desencadeador do infanticídio como forma de controle populacional, e da morte de gêmeos.

Os casos de infanticídio praticados entre grupos indígenas brasileiros parecem ser majoritariamente (mas não exclusivamente) ligados ao segundo tipo, infanticídio assistido/coagido: em geral, são fruto de coerção social, e algumas vezes envolvem a participação de pais, avós, tios e outros parentes e membros da comunidade, tendendo a alimentar um ciclo de abusos em que mulheres se vêm inaptas a proteger a si mesmas e a seus filhos, de acordo com a classificação de Margaret G. Spinelli (2002) que identificou cinco categorias de infanticídio (neonaticídio; infanticídio assistido/coagido; infanticídio relacionado a negligência; infanticídio relacionado a abuso; infanticídio relacionado à moléstia mental das mães) e o perfil psicológicos das mães, traçado por Michelle Oberman (2002). Mas, há também outras questões como a super valorização do sexo masculino, apontada por Feitosa, Tardivo e Carvalho como uma das três causas principais de infanticídio em aldeias brasileiras.

Enfim, situações de profundo sofrimento e dor, atingindo sobretudo as mães, meninas, crianças com necessidades especiais, os gêmeos, os filhos de uma união indesejável. A luta interna das mulheres indígenas que de alguma forma não correspondem ao ideal proposto pelo seu grupo principalmente mulheres solteiras que engravidam. A coerção social, é exercida pela própria família, representada pela figura do pai dessas mulheres, que a despeito de suas lágrimas enterram os filhos que nascem de relações não consagradas pela tradição, relações não permitidas. São, portanto, mulheres em processo interno de sofrimento, que se inserem no mesmo ciclo de abusos que seus filhos, mulheres que se vêm incapacitadas de reagir.

Segundo Vallisney de Souza Oliveira autora de um dos artigos da ONG Atini onde é dedicada à erradicação do infanticídio nas aldeias: “O infanticídio ainda é

cometido por pelo menos treze tribos indígenas brasileiras. Tem por finalidade aumentar as chances de sobrevivência do grupo contra os perigos da mata”.

Se, por um lado, essa prática se justifica em razão da realidade dos povos da floresta, por outro, o ato de matar alguém em qualquer sociedade não pode ser concebível, porque viola direitos humanos indeclináveis.

A Constituição Brasileira, que tem a vida como o direito primordial, proíbe a pena de morte. Do mesmo modo, o Estatuto do Índio (art. 57 da Lei nº 6.0001/1971), tolera a aplicação, pelos grupos tribais, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não tenham caráter cruel ou infamante, sendo vedada em qualquer caso a pena de morte.

O infanticídio para o direito brasileiro é crime. Segundo o art. 123 do Código Penal, matar criança durante o parto ou logo após, com influência do estado puerperal (infanticídio), a pena é de detenção de dois a seis anos. Da mesma maneira, o homicídio (art. 121 do Código Penal) é crime dos mais reprováveis em nossa sociedade.

Tratando-se de tribos praticamente isoladas, não pode haver aplicação da nossa lei penal para os atentados à vida. Os membros desses povos não possuem condições de saber que essa deletéria prática é contrária ao direito brasileiro. Em tais circunstâncias, aqueles índios provavelmente não possuem consciência de que se trata de delito tipificado no Código Penal, não sendo admissível, assim, impor sanções aos viventes daquelas comunidades isoladas, que não possuem a noção da ilicitude de seus atos.

Aliás, os índios isolados são inimputáveis. Mesmo se eventualmente, em alguma hipótese, fosse permitida a aplicação da legislação penal, deveria ser considerada ainda a regra disposta no art. 56 do Estatuto do Índio, segundo o qual, no caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola.

Consoante o art. 10 da mesma Convenção da Organização Internacional do Trabalho (OIT), aprovada no Brasil por meio do Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004, quando sanções penais são impostas a membros de alguns povos, devem ser levadas em conta suas características econômicas, sociais e culturais.

É até compreensível que alguns indígenas tenham como tradição a extinção de um de seus membros, deficiente ou doente, para poder enfrentarem as

dificuldades naturais da floresta e os outros problemas ligados às suas condições sociais e geográficas adversas. Contudo, o infanticídio e qualquer outro delito de idêntica natureza contrariam o direito natural e fundamental do ser humano, que é o direito à vida.

O Direito à vida é constitucionalmente direito de todos, portanto garantir a vida dessas crianças é também respeitar estas comunidades, trazendo à estas culturas o entendimento e o conhecimento de que a vida é importante. Não que eles não compreendam a grandiosidade da vida, mas seja possibilitada à eles a oportunidade de visualizar a complexidade de privar a vida destes novos seres que, por serem incapazes de expressar claramente suas vontades, dependem daqueles que deveriam protegê-los.

Toda cultura é dinâmica, e está sujeita a modificações de acordo com a evolução social. Nesse sentido: (JUNIOR, 2011) a solução do conflito deve ser orientada pela ponderação, seguido por circunstâncias que serão avaliadas em cada caso. [...] Frise-se, desde já, que o direito dos povos deve ser resguardado a todo custo e não apregoamos a iniciativa despreparada de interceder com vistas autoritárias. A contrário sensu, clamamos pela criação de comissões especializadas em etnografia, compostas de antropólogos com notável conhecimento na área, para que criem pontes ou diálogos que definidos pela ética, alcancem soluções que conciliem com o paradigma da Constituição e seus ditames. Portanto, é possível solucionar a questão do infanticídio sem exterminar a cultura destes índios. Todavia, cabe a realização de análise e estudo de cada caso concreto para que seja avaliada, exposta, aprovada e aplicada a melhor medida cabível à sua solução.

É necessário, então, conhecer e explorar os costumes específicos de cada comunidade indígena, na qual esteja inserida a prática de infanticídio. Assim, descobrindo as possíveis formas de aplicação de medida sanadora para tal prática, uma vez que, a cultura local é fator determinante para as atitudes sociais.

1.3. INFANTICÍDIO INDÍGENA

O infanticídio, é o assassinato de crianças nos primeiros dias de vida. Etimologicamente a palavra possui sua origem do latim *infanticidium* (*infans*-criança e *caedere*-matar), ou seja, “ato de matar recém-nascido” (SIDOU, 2006, p. 452). Na

história sempre houve relatos do infanticídio, por vários motivos, seja sob a influência do estado puerperal, durante o parto ou logo após, por deformidade da criança, pela discriminação de raça, pelo controle populacional, por motivos sociais e até mesmo em rituais religiosos, todavia sua origem é desconhecida.

Cabe citar que “infanticídio indígena” é utilizada para se referir à morte atribuída às crianças nas aldeias indígenas. Porém, isso se deve à origem histórica do infanticídio, assim como pela explicação etimológica da palavra “matar-criança”, uma vez que o infanticídio é caracterizado pela morte provocada, permitida e induzida, justificado por motivos sociais e culturais. Em algumas tribos indígenas brasileiras ainda persiste a prática de tirar a vida de crianças em virtude de particularidades relacionadas à cultura. Segundo lideranças indígenas, a prática acontece entre tribos lanomâmis, menos aculturados e de recente contato com o homem branco. Existem poucos dados oficiais do infanticídio nas tribos brasileiras. Há registros do infanticídio indígena, nos grupos uaiuai, guarani, bororo, kajabi, mehinaco, yanomani, tapirapé, ticuna, amondaua, parintintin, kamayurá, kuikuro, uru-eu uau-uau, suruwaha, deni, waurá, jarawara, jaminawa (PROJETO HAKANI, 2013), localizados na região do Acre, Amazonas e Mato Grosso, onde crianças são estranguladas, enterradas vivas, afogadas e abandonadas na mata (PROJETO HAKANI, 2013). O referido tema é ligado à cultura, e relacionado aos costumes que são repassados de geração em geração, justificadas diversamente.

Pode-se mencionar três critérios que estão relacionados ao infanticídio: a incapacidade da genitora em criar seu filho, dando os cuidados necessários e dedicando toda a atenção aos cuidados dele; o fato de o bebê estar apto ou não a sobreviver e desenvolver dentro da tribo em que nasceu e a preferência do casal pela criança de um sexo específico (FEITOSA; TARDIVO, 2006, p. 5). A morte das crianças, em caso de impossibilidade de criar o filho, representa um traço cultural da etnia, em que a mulher pode escolher entre a vida e a morte dele. A genitora quando está prestes a dar a luz vai até a mata sozinha para ganhar a criança, momento que pode escolher em levar a criança de volta para tribo ou abandoná-la na mata. O recém-nascido é sufocado em folhas secas, enterrado vivo ou envenenado.

Segundo a tradição, existe a preferência de que o primeiro filho seja do sexo masculino. Se nascer uma menina a mãe a sacrifica, para poder engravidar mais rápido, pois caso fique com a criança deve cuidar dela até os três anos de idade,

ensinando as tradições da comunidade indígena e principalmente dando os cuidados básicos para que seja uma criança saudável. Em algumas tribos as mães solteiras ou vítimas de violência sexual, sofrem pressão psicológica da família e da tribo para sacrificar seus filhos. Em outras, gêmeos são considerados uma maldição, uma vez que para eles essas crianças representam o “bem” e o “mal” e como não sabem diferenciar qual é a criança boa, opinam por sacrificar as duas.

Cabe mencionar que, atualmente, o infanticídio gera polêmica uma vez que as famílias ficam divididas entre criar os seus filhos dando-lhes todo carinho necessário e o compromisso de honrar as tradições, esta pratica não é aceita por todos os integrantes das tribos.

A história da pequena índia Hakani, da tribo Suruwahá, que foi condenada à morte com dois anos de idade, por não se desenvolver no mesmo ritmo das outras crianças demonstra que algumas famílias se sentem oprimidas quando da realização do infanticídio. Os próprios pais da garota deveriam sacrificá-la utilizando um veneno conhecido entre os índios como timbó, e ao invés de dá-lo à índia preferiram tomá-lo, em um suicídio duplo.

Os membros da tribo resolveram, então, enterrá-la viva, porém ela foi salva pelo irmão de nove anos, que a entregou para um casal de missionários (COUTINHO, 2007, p.104-106). Pelos depoimentos de alguns indígenas, entende-se que o infanticídio vem sendo repudiado por integrantes de algumas tribos, o que torna relevante a discussão do tema, uma vez que a prática coloca em confronto duas garantias constitucionais o direito à vida e o direito cultural.

A morte de bebês, geralmente com até seis dias de vida, é praticada segundo lideranças indígenas, entre tribos ianomâmis (menos aculturados e de recente contato com o homem branco.)

Para o autor do “Mapa da Violência” Julio Jacobo Waiselfisz, as mortes de bebês índios não deixam de ser assassinato, por mais que a pratica seja vinculada à cultura. “Não se deve criminalizar o índio, mas tem de agir para salvar essas vidas”

Em dois anos, foram registradas 96 mortes de bebês indígenas de até seis dias de idade em Barcelos, Caracaraí e Alto Alegre, Também no Estado de Roraima, segundo o “Mapa da Violência 2015”.

Os órgãos oficiais de proteção e cuidados aos indígenas não divulgam estatísticas a respeito do tema em estudo, deixando incerto a probabilidade desses números serem maiores.

Mortes de índios entre 0 e 6 dias de idade Ano de 2012

Fontes: Mapa da Violência e Câmara dos Deputados

Ano de 2013

Total de mortes em 2012

Total de mortes em 2013

CONCLUSÃO

A conclusão deste trabalho defende a ideia de que o infanticídio indígena é uma prática que ocorre todos os anos no Brasil afetando uma quantidade considerável de crianças. Dada a importância do ato, entende-se a necessidade de uma intervenção externa dentro destas comunidades. O quão importante é observar o aspecto milenar dessa prática, que se amplia no decorrer dos anos, instaurando-se como algo já enraizado no esqueleto cultural desses povos.

Desde os tempos antigos é praticado alegando, também, honra, religião, miséria, deficiências físicas etc.; é certo destacar que nesse período não havia diferença entre homicídio e infanticídio. Dependendo da época, poderia ser interpretado de formas diversas.

No Brasil, algumas etnias ainda abrem mão dessa prática infanticida e, mesmo com a dificuldade para coleta dos fatos devidamente apropriada, se sabe da ocorrência frequente desse fenômeno em determinadas aldeias. As quais desconhecem os conceitos do ordenamento jurídico brasileiro.

Ressalto que não foi possível aprofundar ainda mais o trabalho de pesquisa devido a certa resistência por parte dos órgãos envolvidos neste conteúdo (Infanticídio indígena) onde estes poderiam conceder estatísticas ainda mais palpáveis e atuais proporcionando ainda mais material para compor este artigo. É difícil montar um quadro com os números certos de mortes de crianças indígenas, principalmente, porque parte delas é disfarçada nos dados oficiais, por exemplo,

culpa-se a desnutrição ou outras causas misteriosas. Além disso, as mortes ocorrem em locais isolados e escondidos, onde é mais raro o contato com a sociedade.

Dessa maneira, é importante lembrar que o infanticídio não é generalizado, há conhecimento dessa prática apenas em determinadas etnias. Esses povos possuem uma grandeza de dispositivos legais que os protegem da interferência direta da ação do governo e de indivíduos que não fazem parte de seu círculo de convivência. A situação legal dos indígenas dá um tratamento especial no que se refere especialmente à aplicação das penas.

A Constituição Federal em seu capítulo VIII dispõe sobre os índios e propicia-lhes proteção estatal, garantindo respeito às suas crenças e tradições (Art. 231). São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. (BRASIL, 1988). Assim, entendendo como medida de mediação entre a afirmação de tal prática milenar e a defesa do direito à vida propõe uma solução pela via de conciliação entre dois povos distintos evitando a sobreposição de uma cultura sobre a outra. O Estado, com sua força de ação, necessita adentrar no cotidiano desses povos e compreender a situação, considerando todos os aspectos legais do ordenamento jurídico como um todo e também respeitando as práticas indígenas, para que gradualmente se extinga essa prática de infanticídio de maneira definitiva. É preciso que através de Órgãos específicos e programas destinados especialmente para a proteção desses grupos étnicos se dê uma intervenção gradual e discreta, para que de maneira pedagógica seja mostrado a incompatibilidade dessa prática com a conjuntura social atual. E em virtude desse estudo, acredito que a sociedade precisa ter sensibilidade para com este assunto, visto que essa prática não é rara no meio social.

REFERÊNCIAS

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

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COSTA, Pedro Ivo Augusto Salgado Mendes da. A problemática do infanticídio enquanto tipo autônomo. 2007.

COUTINHO, L. Crimes na floresta. Veja, São Paulo, v. 40, n. 32, p. 104-106, ago. 2007.

ESTATUTO DO INDIO – LEI Nº 6.001, DE 19 DE DEZEMBRO DE 1973.

FARHAT, Alfredo. “Do Infanticídio”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p.137

FEITOSA, S. F.; TARDIVO, C. R. F.; CARVALHO, S. J. de. Bioética, cultura e infanticídio em comunidades indígenas brasileiras: o caso Suruahá. 2006. Monografia. Universidade de Brasília-UnB, Brasília, 2006.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. “ Dicionário da língua portuguesa. Rio de Janeiro, 1993, editora Nova Fronteira.

FOCAULT, Michael. Vigiar e Punir. São Paulo: Vozes, 2002.

INFANTICIO DE INDIOS AINDA É COMUM EM ALDEIAS DA AMAZONIA. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/12/1721455-infanticidio-de-indios-ainda-e-comum-em-aldeias-da-amazonia.shtml>> Acesso em 28/05/2019.

JESUS, Damásio E. “Direito Penal”, São Paulo, editora Atual, 2003, 25ª.ed.

JESUS, Damásio Evangelista de. Manual de direito penal. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

JUNIOR, R. P. M. (2011). Direito e Interpretação: Racionalidades e Instituições. 1ª edição. Saraiva. São Paulo.

JUNIOR, A. Almeida e J.B. de Oliveira e Costa Jr.”Lições de Medicina Legal”. São Paulo: Nacional, 1996, p.381

MATOS, Marly de Bari. Instituições de Justiniano. São Paulo: Icone, 1999 - “Institutas” 4,18,16

MUAKAD, Irene Batista. O Infanticídio: análise da Doutrina médico-legal e da prática judiciária, São Paulo: Editora Mackenzie, 2002, 1.ed.

OCORRÊNCIAS DE INFANTICÍDIO E MORTE INTENCIONAL DE CRIANÇAS EM RUPÓS INDÍGENAS BRASILEIROS. Disponível em: <<https://www.atini.org.br/ocorrencias-de-infanticidio-e-morte/>> Acesso em 28/05/2019.

O INFANTICÍDIO E O ESTADO PUERPERAL. Disponível em: <<http://arquivo.fmu.br/prodisc/direito/lob.pdf> >Acessado em:20/04/2019.

PEDRO, C. Q., Diel, T.O. (2014). O Delito de infanticídio e o estado puerperal. III Congresso Nacional de Pesquisa em Ciências Sociais Aplicadas – III CONAPE Francisco Beltrão/PR, 01, 02 e 03 de outubro de 2014.

PROJETO HAKANI. O que é infanticídio. Disponível em: <http://www.hakani.org/pt/oque_e_infanticidio.asp>. Acessado em 07/05/2019.

SIDOU, J. M. O. Dicionário jurídico: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006

SIQUEIRA, Galdino. Tratado de Direito Penal, 1950.

SIQUEIRA, Galdino. "Tratado de Direito Penal", 1955, p.28-29

SILVA, I. C. Infanticídio indígena: o direito à vida sob uma perspectiva cultural R. Curso Dir. UNIFOR, Formiga, v. 5, n. 1, p. 28-43, jan./jun. 2014

TUTELA PENAL NO DIREITO DO CONSUMIDOR

Sílvia Cardoso Maia Orientando
Mariana Tavares de Melo Orientador

RESUMO: O presente trabalho tem como escopo, abordar assuntos relacionados à tutela penal no Direito do consumidor. Pretende demonstrar e averiguar as suas diversas espécies nas relações de consumo, suas origens, características e ocorrências no cotidiano das mais distintas relações na jurisprudência e acerca da tutela penal. Como surgiram e como são abordadas pelas pessoas que fazem parte de tal relação (consumidor e prestador de serviços), suas consequências jurídicas, pessoais e gerais, os danos enfrentados por suas vítimas e por quem as pratica. Aborda também, formas de evitar tal situação e o que se deve ser levado em consideração no momento da estipulação de um valor para indenização na própria causa, apresentando as consequências mais comuns na esfera do Direito do Consumidor e do Direito Penal e as divergências no posicionamento em âmbito de tribunais do consumidor. Por fim, as considerações finais utilizadas em cada causa distinta, exemplificadas em jurisprudências diversas.

Palavras-chave: Direito, Direito do Consumidor, Tutela Penal, Efeitos no Âmbito Criminal, Consequências jurídicas.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to show issues related do criminal protection um consumer law. Ir intends do demonstrate and investigate its diverse species of consumer relations,its origins, characteristics nas occurrences in dia daily life of teu most distinguished relations in protection. How they came about and they até approached by dia people who are part of this relationship (consumer and service provider),its legal consequences,personal and general, dia damages faces by ora victims and by those who practice them. Ir also shows ways of avoiding such a situation and what should be taken into account when stipulating with the most common consequences in the field of Consumer Law and Criminal Law and its differences ir positioning um dia cconsumer courts. At the end, the final considerations used in each distinct case show in different jurisprudence.

Keywords: Law, Consumer Law, Criminal Law,Legal Consequences.

1 INTRODUÇÃO

A tutela do consumidor é objeto de disciplina em nossa Constituição e, especialmente, no Código de Defesa do Consumidor. O objetivo deste trabalho é sistematizar e analisar a tutela do consumidor sob o aspecto penal.

Neste interim, é mister compreender a relação de consumo e os interesses individuais, levando em consideração a relação de consumo, abordaremos a tutela repressiva, analisando os interesses público e privado e destacando os interesses protegidos pelo ordenamento jurídico.

Observa-se também a disciplina constitucional quanto à defesa do consumidor, prevista nos artigos 5º, XXXII; 170, V e 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Deve-se ainda ressaltar ainda pelos princípios constitucionais que tem aplicação nas relações consumeristas e que têm reflexo nas infrações penais, verificando se realmente é adequado termos a tutela penal das relações de consumo, principalmente em razão do poderio econômico do fornecedor e suas reiteradas práticas de desrespeito ao consumidor, bem como da propaganda maciça que busca seduzir o consumidor, mudar seus hábitos e que, por vezes, é totalmente abusiva e enganosa.

Assim, o escopo desse trabalho impõe a definição de Direito como a concretização de convivência organizada segundo os valores da sociedade. Para Miguel Reale o direito é a “vinculação bilateral-atributiva da conduta humana para a realização dos valores de convivência” (1999, p. 703).

Assim, quanto melhor o Direito concretizar as aspirações e os valores da sociedade, mais legítimo será. Escolhemos a vida em sociedade, em razão de nosso instinto social, para mais facilmente realizarmos nossas necessidades. Com isso fomos constituindo vários grupos, como a família, o clube, a escola, os partidos políticos, as sociedades comerciais, as associações, já que em verdade coexistimos.

É natural que dessa convivência surjam conflitos de interesses que devem ser solucionados à luz de normas gerais e abstratas que visem à realização do bem comum e da paz social.

Para tanto, é indispensável que o Direito seja dinâmico a fim de incorporar novos anseios éticos e econômicos e valores da sociedade em constante mutação. Relembremos a conceituação de interesse.

A palavra interesse não tem significado unívoco. Dentre as várias acepções, temos a seguinte: é “a relação de reciprocidade entre um indivíduo e um objeto que corresponde a uma determinada necessidade daquele” (FERREIRA, 1986, p. 957)

Interesse, portanto, refere-se à pretensão de alguém em relação a determinado bem da vida. Para Maria Helena Diniz interesse é “importância; ganho; vantagem; proveito e posição favorável para a satisfação de uma necessidade” (1998, p. 879).

Quanto ao significado de interesse jurídico temos que é aquele que tem relevância material ou instrumental, “subjetivada ou não subjetivada, conferida pelo direito positivo a determinadas situações respeitantes ao indivíduo isolado, ao grupo ou à coletividade” (PRADE, 1987, p. 11).

Pode-se dizer que o interesse é jurídico quando disciplinado pelo direito, definindo e delimitando a relação do ser humano com o bem da vida. Seu conteúdo valorativo é fixado pela norma. Explica Moacyr Amaral Santos que o interesse consiste “na posição favorável à satisfação de uma necessidade. Sujeito do interesse é o homem” (2007, p. 4). O autor explica ainda que o interesse pode ser individual, quando há relação entre o bem e o homem, ao passo que o interesse coletivo, abrangendo os difusos, coletivos em sentido lato e os individuais homogêneos, apresentam relação entre o bem e o homem considerando-se suas necessidades enquanto grupo social. O interesse, quando se referir ao indivíduo que é seu titular, em suas relações com os demais indivíduos, é privado. O interesse público, que tem o Estado como titular, diz respeito ao bem comum, enquanto interesse da coletividade.

Destarte o interesse público primário liga-se à pretensão de direito material, ligando um indivíduo a um bem, ao passo que o secundário é medida assecuratória do interesse primário. Os interesses metaindividuais estão entre os interesses público e privado, transcendem a esfera individual e atingem pessoas com algo em comum tais interesses decorrem da massificação social, fruto da revolução econômica e tecnológica que implicou ao Estado, a partir do século XVIII, modificar seu papel, já que a individualidade liberal não mais dava conta da nova realidade social, que lhe exigia prestações positivas.

Marcus Vinícius defende que os interesses difusos são os trans-individuais, de natureza indivisível, cujos titulares são pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato, por exemplo, consumidores que podem ser induzidos a erro por uma propaganda enganosa; ou os habitantes de certo local afetados por emissão de poluentes de uma fábrica, sendo impossível proteger apenas uma das pessoas expostas sem preservar as demais.

Todavia, se um grupo de pessoas adoecer em razão da poluição, o interesse não será mais difuso, mas individual homogêneo. Interesses coletivos correspondem

ao interesse trans-individual indivisível, artigo 81, par. único, II do CDC e por isso temos a coisa julgada ultra partes.

O interesse coletivo distingue-se do difuso, pois os titulares deste são pessoas indetermináveis, ao passo que naquele as pessoas são determináveis, como os consorciados cujo contrato tem cláusulas abusivas (temos interesse coletivo, já que as pessoas são determináveis e têm em comum um vínculo fático).

Interesse individual é o ligado ao indivíduo; é exercido pelo e para o indivíduo, sem a consideração de se encontrar inserido num contexto social, daí ser subjetivo. Como explica Maria Helena Diniz em seu curso de direito civil: “o direito subjetivo é subjetivo porque as permissões, com base nas normas jurídicas e em face dos demais membros da sociedade, são próprias das pessoas que as possuem, podendo ou não usadas por elas” (2004, p. 11). Portanto, trata-se de direito fruível individualmente; a tutela é para seu titular.

Os interesses individuais homogêneos foram conceituados pelo artigo 81, par. único, III do CDC como aqueles que têm origem comum, caracterizando-os como divisíveis porque seus titulares são pessoas determinadas ou determináveis, como as vítimas de acidentes ocasionados por defeito de fabricação de um veículo.

Os adquirentes em potencial são indeterminados, mas as vítimas dos acidentes são determinadas, podem optar por propor individualmente a ação, e o juiz pode acolher algumas e rejeitar outras. Se a ação coletiva for proposta por um dos legitimados para declarar nula a cláusula de um contrato, teremos a proteção de interesses coletivos, e se for postulada a condenação do réu a abster-se de inserir cláusula abusiva, teremos a defesa de interesses difusos. Os interesses individuais homogêneos são divisíveis ao passo que os difusos e coletivos são indivisíveis. Os titulares dos interesses coletivos e individuais homogêneos pertencem a um grupo de pessoas identificadas, enquanto os titulares dos interesses difusos não podem ser identificados. As três espécies de interesses metaindividuais estão, portanto, disciplinadas no Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 81.

Deste modo, percebe-se a definição de interesses difusos no inciso I; a de interesses coletivos, no inciso II; e a de interesses individuais homogêneos, no inciso III. A dicotomia público/privado, por conseguinte, está superada ante nossa realidade social mais complexa.

É importante considerar que há uma relação entre os interesses metaindividuais e a tutela penal, já que há proteção penal de interesses difusos, coletivos e individuais, por se tratar de matéria de interesse público estatal – jus puniendi.coletivos e difusos para o adequado desenvolvimento deste.

2 DIREITO PENAL: TRAÇADO HISTÓRICO

Quanto à origem do Direito Penal Punitivo, há uma verdade religiosa e uma verdade não religiosa. A versão religiosa está ligada à passagem de Adão e Eva no Paraíso. Havia lá uma norma imposta por Deus: “Não comer o fruto proibido”, que foi desrespeitada por Adão e Eva gerando-lhes uma punição: a expulsão do Paraíso.

A outra versão, não religiosa, assenta-se na teoria evolucionista de Charles Darwin e crê em um sistema punitivo dos tempos primitivos, em que os mais fracos estariam submetidos à vontade dos mais fortes, e a inobservância disto impunha a pena de morte aos mais fracos.

Cesare Beccaria, no século XVIII, foi o grande responsável pelo divisor de águas do Direito Penal. Sua obra *Dos delitos e das penas* deu origem ao chamado período humanitário. Isto porque antes do Marquês de Beccaria aplicava-se o direito penal com base ora na vingança privada, ora na vingança divina e ora na vingança pública.

1.2. VINGANÇA PRIVADA

Na época da vingança privada, a vítima tinha o direito de responder à ofensa sem qualquer proporção de reação, inclusive com vantagem numérica, com o apoio da família ou de toda tribo quanto ao infrator de outra tribo.

1.3 VINGANÇA DIVINA

Na vingança divina, o infrator que por uma lamentável coincidência desobedecesse a Lei num momento de desgraça da sociedade (pestes, enchentes, secas), pagaria com sua vida para acalmar a ira dos deuses.

1.4. VINGANÇA PÚBLICA

O Estado punitivo contemporâneo inspirou-se na vingança pública. Isto tem início com o fortalecimento do Estado, na figura de um comandante – rei, príncipe etc. –, que passou a ditar as normas e punir os infratores em nome do interesse público.

As arbitrariedades do direito punitivo começaram a ser criticadas por Beccaria, em sua obra retro citada, nos idos de 1764, que representou um marco no direito penal. Beccaria, ao contrário do pensamento de alguns, não pregava a impunidade, sustentava a tese da aplicação da pena justa, como função do operador do direito.

Entre outras ideias, colaboraram com a criação do Período Humanitário: a) princípio da legalidade; b) princípio da publicidade da lei penal; c) admissibilidade somente de provas lícitas; d) possibilidade jurídica da pretensão punitiva e e) finalidades da pena privativa de liberdade.

Este último princípio impõe que a pena tenha uma finalidade e, hoje, indiscutivelmente, deve ela significar reeducação e ressocialização. Daí se conclui que a pena imposta pelo CDC deva ser capaz de reeducar o fornecedor a fim de que a sua conduta no mercado de consumo atenda aos princípios da lei consumerista.

3 AS RELAÇÕES DE CONSUMO

Foi após a Revolução Industrial que tiveram início as relações de consumo tal como se desenvolvem atualmente. O passar dos tempos, com a introdução de novos e diversos fatores, esta relação foi ficando cada vez mais complexa.

Com isso foi se formando uma nova realidade quanto às relações de consumo com o fortalecimento do poderio econômico dos fornecedores e o conseqüente aumento da vulnerabilidade do consumidor, bem como com veiculação ostensiva da propaganda, introduzindo novos hábitos na sociedade de consumo.

No século XX esse panorama foi se agravando, sobretudo pela formação dos grandes centros urbanos e a evolução da indústria e da economia ameaçando a qualidade de vida e atingindo, cada vez mais, os direitos dos consumidores. Assim,

era imperioso criar uma lei para equilibrar a relação de consumo e proteger os interesses dos consumidores para que pudessem melhor exercer seus direitos.

O legislador constituinte, então, criou para o Estado o dever de promover a defesa do consumidor no art. 5º, XXXII, tratando-se de direito coletivo e cláusula pétrea. Ademais, a defesa do consumidor está elevada a princípio da ordem econômica, em conjunto com a livre iniciativa. Por derradeiro, houve a determinação ao legislador ordinário de elaborar um Código de Defesa do Consumidor, que contivesse as normas protetivas.

A Lei nº 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor, surge como fruto de determinação constitucional, protegendo o consumidor em todas as esferas de sua personalidade, bem como nas áreas civil; administrativa, estabelecendo sanção decorrente do poder de polícia, diante das infrações contra as relações de consumo, nos artigos 55 a 60; e penal, prevendo apenas alguns tipos penais, sem prejuízo da legislação penal e penal especial existente, nos artigos 61 a 80.

O equilíbrio dos polos nas relações de consumo é indispensável, e só se pode falar verdadeiramente em mercado livre se houver equilíbrio entre o fornecedor e o consumidor, lembrando que este acaba sendo um titular apenas de um fragmento de um direito difuso, levando-se em conta a produção e circulação de produtos.

O Código de Defesa do Consumidor tem vida própria. É subsistema autônomo, com princípios e objeto próprios, para ser interpretado adequadamente: considerar que ele prevalece sobre os demais sistemas, salvo o constitucional. É lei princípio lógica: ingressou no sistema jurídico atingindo toda relação jurídica consumerista, buscando a concretização dos princípios e garantias constitucionais; explicita para as relações de consumo os comandos constitucionais, dentre eles os Princípios Fundamentais da República, que norteiam o regime constitucional e os direitos e garantias fundamentais, estando à frente de todos o princípio da dignidade da pessoa humana.

O artigo 1º da lei consumerista prevê que se trata de norma de ordem pública e interesse social. Daí resta evidente que o juiz deve examinar de ofício qualquer questão referente às relações de consumo. Nas lides de consumo, o Ministério Público tem intervenção obrigatória, inclusive com legitimidade para defender, em juízo, os direitos do consumidor

4. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O DIREITO DO CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor surge de uma determinação constitucional ao legislador ordinário e, tem como fundamento a proteção e defesa do consumidor, mediante normas de ordem pública e interesse social, logo, cogentes, em atendimento aos artigos 5º, XXXII; 170, V da Lei Magna e artigo 48 das Disposições Transitórias.

Previu a Constituição em seu artigo 5º, XXXII, que caberá ao Estado a defesa do consumidor. Importa verificar que tal artigo está no Título “dos direitos e garantias individuais” e no Capítulo dos “direitos e deveres individuais e coletivos”. Temos, então, que a defesa do consumidor é direito fundamental, ou seja, direito inerente à pessoa humana, cuja natureza é indisponível, inalienável e irrenunciável.

Os direitos do consumidor inserem-se entre os direitos fundamentais coletivos, assim, Os direitos coletivos, por seu turno, trazendo à baila, os ensinamentos de Ada Pellegrini Grinover, só podem ser exercidos comunitariamente, ante a existência de um vínculo jurídico que une as pessoas do grupo entre si.

Assim sendo, o direito coletivo, entendido, portanto, como a reunião dos direitos fundamentais do homem-membro de uma coletividade, acaba por se contrapor aos direitos individuais, definidos como o conjunto dos direitos fundamentais do homem indivíduo, empregando a terminologia adotada por José Afonso da Silva em sua obra. (SILVA apud PASSARELLI, 2002, p. 13).

Destaque-se ainda que há impossibilidade de suprimir o dispositivo legal em comento, visto tratar-se de cláusula pétrea, por força do artigo 60, § 4º. O artigo 170 da Constituição Federal prevê que a ordem econômica visa assegurar a todos existência digna, com base na justiça social, observando-se alguns princípios, entre eles o previsto no inciso V – defesa do consumidor. Todavia, deve-se entender que a defesa do consumidor não se trata só de princípio da ordem econômica, mas é o fim por ela visado.

A Constituição, em seu artigo 173, § 4º, prevê punição para os abusos da ordem econômica, que visem à dominação do mercado, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. A finalidade do dispositivo é punir

abusos como o truste (dominação do mercado e imposição de preços de produtos e serviços por uma única empresa, abusando do monopólio); o cartel (dominação do mercado por um grupo pequeno de empresas) e dumping (prática de preços de produtos abaixo do seu valor de custo para eliminar a concorrência e dominar o mercado). Note-se, por outro lado, que o mesmo artigo 170 prevê a livre iniciativa como princípio da ordem econômica.

Por conseguinte, importa considerar que a livre iniciativa não é tão livre assim, já que não pode violar a dignidade do consumidor tampouco inobservar os ditames da justiça social, que é o valor fim do direito, de modo que vedado está o “capitalismo selvagem”. Nesse sentido, há a Lei nº 8884/94 com o objetivo de proteger a concorrência entre diversos fornecedores para que possam competir e apresentar aos consumidores os produtos e serviços com boa qualidade e preço acessível, atendendo ao poder aquisitivo, necessidades e expectativas destes. Evidente aqui a finalidade de defender o consumidor quanto à sua liberdade de escolha entre os produtos e serviços ofertados no mercado.

5 OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DAS RELAÇÕES DE CONSUMO E SEUS REFLEXOS NAS INFRAÇÕES PENAIS

Princípios são alicerces, são mandamentos fundamentais de um sistema, donde se pode concluir que são mandamentos nucleares do sistema, com a principal função de sustentá-lo. Os princípios são vigas mestras sobre os quais se constrói o sistema jurídico. Eles vinculam o entendimento e aplicação das normas jurídicas, não podem ser contrariados; têm que ser privilegiados até as últimas consequências.

Por isso, pode-se dizer que são supranormas: agem como regras hierarquicamente superiores às normas positivadas no conjunto das proposições escritas. Os princípios são normas de hierarquia superior à da lei, posto que determinam seu alcance e direção. Contrariar um princípio significa violar todo o sistema jurídico.

O Código de Defesa do Consumidor adota, em sua sistemática, uma série de princípios constitucionais e cria outros específicos. Isso importa que, levando-se em consideração que os princípios são vigas mestras do ordenamento jurídico, é imperioso que sejam observados em sua plenitude para a defesa e proteção efetiva

do consumidor, de tal modo que orientem a produção legislativa, a aplicação e interpretação das leis e os atos do Executivo.

Isto se faz necessário para que seja mantida a harmonia e unidade do sistema consumerista. Daí é fácil concluir que a atividade interpretativa deve se submeter aos princípios, proibindo-se contradição implícita ou explícita.

Os princípios ocupam lugar de superioridade no sistema jurídico, pois são enunciados lógicos, explícitos ou não, que em face de sua generalidade sujeitam toda interpretação e aplicação das normas jurídicas.

Não podem ser contrariados, pois iluminam, orientam e condicionam toda a interpretação, dando coesão ao sistema jurídico. Os princípios gerais das relações de consumo estão previstos no Código de Defesa do Consumidor, nos artigos 1º a 7º, mas difundem-se por toda a lei, ou seja: todo o conteúdo restante é uma projeção desses princípios, de modo a torná-los efetivos e operacionalizados.

a) Protecionismo. Fruto de determinação constitucional – criação de legislação apta a equilibrar as relações de mercado em que há grande desigualdade entre os consumidores e as grandes potências empresariais, cuidando dos direitos do consumidor (saúde, segurança, infrações penais, proteção contratual, práticas abusivas, defesa do consumidor em juízo).

b) Ordem Pública e Interesse Social. Artigo 1º do CDC: artigos. 5º, XXXII, 170, V, da CF e artigo 48 de suas Disposições Transitórias. Sem necessidade de iniciativa da parte, deve o juiz examinar a matéria de ofício, havendo a possibilidade de reformatio in pejus. O interesse social recupera da marginalização a imensa coletividade de consumidores, munindo-a de mecanismos para o efetivo acesso à justiça sob o aspecto individual e coletivo.

c) Dignidade. Art. 4º, conceito elaborado e uma conquista histórica da razão ético-jurídica, não devendo ser relativo. A dignidade, por ser garantida por um princípio, é absoluta, plena, para evitar que o ser humano continue sendo vítima de atrocidades. Principal direito assegurado, o fundamento do nosso sistema constitucional, artigo 1º da CF. d) Saúde e segurança. Atreladas ao princípio maior da dignidade que requer um piso “vital mínimo”: O artigo 4º, caput, repete expressamente o princípio nos termos do artigo 6º, I, direitos básicos do consumidor.

e) Interesses econômicos. Proteção da incolumidade, dos interesses econômicos do consumidor, obstaculizando perdas materiais, artigos 18 a 21, 30, 32 e 35.

f) Transparência. Caput do artigo 4º: o fornecedor tem a obrigação de permitir ao consumidor o conhecimento prévio dos produtos e serviços que oferece e de tornar claro o conteúdo do contrato. g) Harmonização de interesses.

Pelo

a) “marketing de defesa do consumidor”: departamentos de atendimento ao consumidor criados pelas empresas, possibilitando contato telefônico, postal, via e-mail;

b) “práticas efetivas de recall” incentivando a composição extrajudicial das demandas: o Judiciário só deve ser provocado na impossibilidade de solução amigável, se pretender evitar confrontos:

1) evita ações coletivas em face do fornecedor e os reflexos danosos que a publicidade poderia trazer;

2) previne ações atuamos: os vícios e defeitos são sanados e;

3) resolve de forma eficaz os litígios, garantindo a paz e o desenvolvimento.

h) Vulnerabilidade. Fundamenta toda a filosofia da lei, inciso I, do artigo 4º. O consumidor é o pólo mais fraco da relação consumerista; é frágil e impotente diante do poder econômico.

A CF reconhece esta vulnerabilidade e atribui ao Estado a defesa do consumidor em seu artigo 5º, inciso XXXII, assumindo postura de garantidor.

i) Intervenção do Estado. Havendo fragilidade e desigualdade de apenas uma das partes nas relações, há a necessidade de o Estado proteger a mais fraca, garantindo o respeito a seus interesses, legislativa e administrativamente, garantindo-lhe acesso, adequação e qualidade dos produtos e serviços essenciais e promovendo sua defesa.

j) Boa-fé. sua finalidade é a harmonia da relação dos contratantes, fundamentada nos princípios da isonomia e solidariedade, cumprindo com os deveres assumidos pela avença, agindo com lealdade para atingir os fins visados.

Como princípio: artigo 4º, III; como cláusula geral: artigo 51, IV, a garantir os princípios dispostos no artigo 170 da CF. Objetiva: difere da subjetiva (relacionada à ignorância da pessoa quanto a um fato modificativo, impeditivo ou violador de seu

direito, falsa crença de sua verdadeira situação). Boa-fé objetiva: standard, modelo de comportamento, regra de conduta pautada na honestidade, lealdade da palavra, fidelidade e cumprimento adequado das obrigações (tempo, lugar e modo), para garantir o equilíbrio nas relações consumeristas quanto a direitos e deveres.

k) Igualdade. Objetivo maior do CDC: igualar os desiguais. O consumidor enfrentou várias situações de dominação com total desrespeito aos dominados para satisfazer suas necessidades, sem alternativa: necessidade de lei para poder igualar as partes, impedindo que a dignidade humana continuasse violada. O Estado deve ser promotor da defesa e proteção do consumidor, implementando objetivos para que a igualdade não fique no plano abstrato.

l) Repressão eficiente aos abusos. Coibição e repressão aos abusos que possam redundar em prejuízo ao consumidor, punindo seus autores, impondo o respectivo ressarcimento e objetivando a prevenção de novas práticas abusivas que possam trazer prejuízos aos consumidores.

O CDC dispõe sobre a responsabilidade civil do fornecedor, práticas comerciais, proteção contratual, sanções administrativas, infrações penais e defesa do consumidor em juízo. O artigo 6º, IV, prevê a proibição das práticas descritas no artigo 39 e cláusulas abusivas; o artigo 51 faz a enumeração dessas cláusulas. Um dos mais importantes meios de defesa do consumidor: a proteção contra cláusulas abusivas, sobretudo quanto aos contratos de adesão em que o adquirente não consegue discutir as bases do contrato autorizando a nulidade. É indevida a alegação de que o consumidor foi “livre” para assinar o contrato: na sociedade de massa, o dia-a-dia corrido faz com que o consumidor se submeta a condições e contratos desfavoráveis.

m) Conscientização do consumidor e do fornecedor. A fim de diminuir ou eliminar os conflitos, com consciência de seus direitos e deveres. Essa conscientização será atendida com educação formal e informal do consumidor e fornecedor. O fornecedor deve ser educado a: não produzir uma mercadoria com defeito; rotular o produto especificando minuciosamente seu conteúdo; colocar o produto no mercado informando o prazo de validade; se não o fizer, será responsabilizado pelo dano ocasionado, responderá pelo prejuízo causado e criminalmente por crime omissivo e comissivo. Quanto mais educado estiver o fornecedor menos responsabilizado será

n) Melhoria dos serviços públicos. O Poder Público deve prestar serviços eficientes e seguros, com garantia de qualidade e desempenho, que não atentem contra a vida, saúde e segurança do consumidor (art. 22), mas, é notório que os serviços públicos são precários, sobretudo os de saúde, educação, e transporte.

o) Dever de informar. Artigo 6º, II, junto ao princípio da transparência, artigo 4º. Fornecedor obriga-se prestar todas as informações acerca do produto e serviço: suas características, qualidades, riscos, preço etc., de modo claro e preciso, não admitindo falhas nem omissões. Este é um componente necessário do produto e serviço, que não pode ser oferecido sem ele, para que o consumidor tome conhecimento do contrato.

p) Equilíbrio. Realização da justiça, tratamento equitativo: artigo 51, III, IV e § 1º. Os tipos penais previstos na lei consumerista são consequência do descumprimento destes princípios, como veremos nas linhas abaixo.

As infrações penais disciplinadas no Código de Defesa do Consumidor são, em sua maior parte, crimes de perigo, conforme artigos 63 a 74. Basta a potencialidade lesiva da conduta do fornecedor, sem que seja necessária a ocorrência do dano.

Note-se que isso decorre de a lei ter considerado a vulnerabilidade do consumidor, com a previsão de meios capazes de equilibrar a relação de consumo. Foi prevista também a proteção contratual no campo repressivo fruto da incidência do princípio da interpretação dos contratos de consumo que deva favorecer o consumidor, no artigo 74 do Código de Defesa do Consumidor.

O legislador voltou sua atenção para algo relevante: a cobrança de dívidas, que não deve expor o consumidor a ridículo nem submetê-lo a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça, ou seja, veda-se a cobrança vexatória. Daí a criação do tipo do artigo 71, que pune a prática de cobranças vexatórias ou que empreguem coação, violência, ameaça, visando preservar a incolumidade física e psíquica do consumidor.

Quanto à publicidade, que deve atender aos princípios da identificação da mensagem publicitária, da vinculação contratual da publicidade, da veracidade e da não-abusividade, da correção do desvio publicitário bem como do ônus da prova a cargo do fornecedor, a lei consumerista previu delitos nos artigos 66 a 69.

6 DIREITO PENAL DO CONSUMIDOR

O direito, portanto, rege a vida em sociedade e é formado por um complexo de normas jurídicas que preveem sanção, civil ou penal, em caso de violação. Buscando conceituar o Direito Penal, devemos considerar que se trata de uma ciência voltada para o agir justo do ser humano, levando em consideração a lei penal.

O Direito Penal visa proteger os direitos mais significativos para a coexistência em sociedade, os direitos fundamentais para a manutenção da paz social, estabelecendo uma pena como consequência da desobediência ao comando legal. O Direito Penal tradicional, como explica Rizzatto Nunes, tem como base, no caso brasileiro, o Código Penal de 1940, os tipos penais e as respectivas sanções têm como base as relações individuais, típicas do direito privado.

Ainda que, como se sabe, a política criminal que instituiu essa legislação penal tenha levado em consideração – aliás como sempre leva e deve levar – a gravidade da conduta criminosa e os efeitos e riscos que elas causam à sociedade como um todo, o delito tal como está lá definido pressupõe vítima ou vítimas determinadas e, logo, individualmente identificadas. Assim é, por exemplo, com crimes de realce como o homicídio (art. 121 do CP), ou o estupro (art. 213 da mesma lei). (2005, p. 617).

Os ataques à ordem econômica hoje são expressivos e dizem respeito não mais aos direitos individuais, mas atacam bens jurídicos supra-individuais. Nesse sentido, é mister a proteção da ordem econômica, já que seu ataque importa em obstáculo ao desenvolvimento e gera desajuste social.

Merece atenção, portanto, o Direito Penal Econômico, tendo em vista que os crimes econômicos e consumeristas são os mais infames, posto que afrontam a esfera coletiva, como a comercialização de alimentos e medicamentos impróprios ao consumo e a propaganda enganosa. Levando-se em conta a crescente violação à ordem econômica, o Direito Penal Econômico ganha forças e dimensão como fruto da exigência social.

O estabelecimento de normas de exercício da atividade econômica deve ser feito pelo Direito Econômico como meio de assegurar sua utilidade social em

contraposição à liberdade de mercado. Por isso, justifica-se a intervenção do Estado na esfera econômica a fim de garantir o desenvolvimento socialmente justo.

O Direito Penal do Consumidor surge como consequência dos direitos fundamentais reconhecidos aos consumidores: direito à segurança, informação, de escolha, de ser ouvido, e ser consultado. Em outros termos, decorre da proteção ao consumidor, que não encontrava respaldo no Direito Penal tradicional. Temos, então, que o Direito Penal do Consumidor nasce como um dos ramos do Direito Penal Econômico, visando estudar formas eficientes de proteção penal das relações consumeristas, de modo a assegurar efetivamente a proteção prevista no CDC. O Direito Penal do Consumidor diz respeito, portanto, aos crimes contra o consumidor, consubstanciados pelo abuso do poder econômico que violam nossa ordem econômica e devem ser reprimidos, em atendimento ao disposto nos parágrafos 4º e 5º do artigo 173 da Constituição.

Por conseguinte, fica claro que o bem que se procurou tutelar, nas infrações criminais, são os direitos básicos do consumidor. Assim, da necessidade de reação social às pressões econômicas injustas exercidas pela parte mais forte da relação de consumo nasce o Direito Penal do Consumidor.

Nesse sentido, o entendimento de João Batista de Almeida: A importância da tutela penal reside no fato de outorgar maior efetividade à defesa do consumidor, inibindo procedimentos reprováveis dos infratores e depurando o mercado fornecedor, além, é lógico de punir criminalmente, com detenção, multa ou restrição de direitos (CDC, art. 78), aqueles que se dedicam a desrespeitar os direitos dos consumidores, legalmente estabelecidos, praticando as condutas sancionadas. (2002, p. 206).

Os bens jurídico-penais de natureza individual são divisíveis e os indivíduos têm disponibilidade sem afetar os demais, ao passo que os de natureza coletiva e difusa são indivisíveis em relação aos titulares e os indivíduos não têm disponibilidade sem afetar os outros titulares.

Distinguindo-se bens jurídico-penais de natureza coletiva dos de natureza difusa é que estes apresentam conflituosidade social que contrapõe os grupos dentro de uma sociedade. É o caso da proteção ambiental, em que se contrapõem os interesses econômicos e o interesse na preservação do meio ambiente.

Na proteção das relações de consumo contrapõem-se os interesses dos fornecedores e os dos consumidores. Os crimes previstos no CDC, como visto anteriormente, constituem-se crimes de perigo, ou seja, a ocorrência do dano efetivo ao consumidor não é exigência para sua caracterização, nem se configura elemento constitutivo do tipo.

Destaque-se que o Código de Defesa do Consumidor prevalecerá sobre as disposições do Código Penal e leis extravagantes, tendo em vista tratar-se de lei especial. Em relação aos princípios penais, no Direito Penal do Consumidor observou-se o atendimento dos seguintes princípios específicos: princípio da legalidade, insculpido no artigo 5º, XXXIX da Constituição, que assegura que nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena pode ser aplicada sem que exista lei definindo-o e prevendo a sanção correspondente.

Quanto ao princípio da intervenção mínima há discussão, já que se entende que a criminalização só se legitima se for meio indispensável para proteger o bem jurídico, o que no caso da conduta prevista no artigo 74, poderia ter sido resolvido mediante reclamação sob sanção administrativa, sem que tivéssemos a formação de mais um processo penal. Necessário, então, verificar quais infrações, de fato, merecem sanção penal diferenciando-as daquelas que só devem receber sanções civis e administrativas.

O princípio da integridade da relação de consumo tem por finalidade assegurar a intangibilidade da relação consumerista, sua seriedade, importância, retidão.

7 TUTELA PENAL DO CONSUMIDOR

Houve previsão na legislação consumerista de mecanismos de defesa do consumidor nas esferas administrativa, civil e penal. Verificar-se-á, agora, esta última forma de tutela dos direitos das relações de consumo, em correspondência com a violação dos direitos dos consumidores quanto a fraudes e práticas abusivas, periculosidade de produtos e serviços, fraude quanto à oferta, publicidade enganosa e abusiva.

Enfrenta-se, nos dias atuais, um problema, na maioria das vezes, relacionado ao desinteresse do consumidor individualmente considerado no tocante a pequenos

prejuízos que o tenham afetado, favorecendo a impunidade e, conseqüentemente, a manutenção dos atos atentatórios à relação de consumo.

Por óbvio, a ideologia do Código de Defesa do Consumidor é permitir que empresas voltadas para o respeito à personalidade humana, bem preparadas para atender necessidades de mercado, se realcem; sancionar fornecedores nos desvios de conduta praticados em prejuízo do consumidor; modificar o pensamento de que o fornecedor deve visar somente o lucro, superando o aspecto privado da produção e direção da economia para seu caráter social. O legislador, como forma de garantir, de fato, o equilíbrio entre as partes da relação de consumo, previu a incriminação de algumas condutas praticadas pelo fornecedor.

De igual modo, a incriminação de certas condutas decorre do princípio da igualdade entre os partícipes da relação consumerista. O Código de Defesa do Consumidor também na esfera penal tem características de um microssistema interdisciplinar que, a par de definir tipos penais específicos decorrentes do seu descumprimento, como se depreende de seu artigo 61, convive harmonicamente com o Código Penal e legislação especial e extravagante. Quanto a estas destacam-se a Lei nº 1521/51 (“Lei de crimes contra a economia popular”); Lei nº 8137/90 (“Lei de crimes contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo”). José Geraldo Brito Filomeno explica que os crimes previstos no Código de Defesa do Consumidor são considerados crimes diretamente contra as relações de consumo, ao passo que os definidos na Lei nº 1521/51 e Lei nº 8137/90, bem como no Código Penal, são os crimes indiretamente contra as relações de consumo.

Assim, o objeto da tutela penal, nos crimes de consumo, refere-se a um interesse jurídico supraindividual: a relação de consumo.

É necessário fazer referência à política criminal que visa prevenir e reprimir a criminalidade. Trata-se de um conjunto de princípios por meio do qual o Estado e a sociedade organizam o combate à delinquência, para que bens e direitos sejam tutelados pela ordem jurídica. O Código de Defesa do Consumidor pugnou pelo movimento de política criminal “nova defesa social” que defende, (...) em síntese, a descriminalização dos delitos de menor potencial ofensivo, também denominados “bagatela”.

Em contrapartida, clamam pela criminalização de condutas que lesam a economia, os direitos coletivos e interesses difusos. No tocante à pena privativa de liberdade, reprovam seu uso indiscriminado. (PASSARELLI, 2002, p. 35).

O legislador da supracitada lei preocupou-se com o direito repressivo em relação a quem atentasse contra bem jurídico de toda a coletividade, entendendo pela necessidade de tipificar condutas lesivas aos consumidores, em razão do campo penal não ter previsão para dirimir litígios de interesses metaindividuais.

Os tipos penais e sanções previstos no Código Penal têm em mira as relações individuais. Todavia, necessária é a adequação em razão da nova realidade que acaba por gerar uma nova espécie de demanda, em que o ofendido não é mais um indivíduo, mas passa a ser uma parcela não identificável da coletividade.

Os defensores da criminalização das condutas lesivas ao consumidor levam em conta a necessidade de proteger a segurança das relações de consumo como mecanismo e também garantir maior obediência aos ditames da lei, ou seja, entende-se que o caráter intimidativo da sanção penal favoreça que os direitos atribuídos ao consumidor possam ser mais efetivamente cumpridos.

O uso indiscriminado do denominado tipo penal aberto, o emprego de uma redação inúmeras vezes confusa, com abuso de redundância, ambiguidade e indeterminação, e a repetição de normas que já integram a Parte Geral do Código Penal são circunstâncias comprometedoras da técnica legislativa de um diploma que contém normas de natureza repressiva [...]. (2002, p. 35).

A doutrinadora considera que os tipos penais consumeristas possuem redação confusa, distanciando-se da moderna doutrina de direito penal. Na doutrina encontramos entendimento no sentido da excessiva utilização de conceitos indeterminados, com alusão a elemento subjetivo dúbio, bem como de tipos desnecessários.

No entanto, há entendimentos em que é positiva a previsão de crimes abertos, sobretudo em relação ao sistema financeiro e relações de consumo, devendo mesmo haver no tipo elementos normativos que reclamem do juiz a valoração normativa.

Cabe destacar que a maior parte dos crimes do CDC tem menor potencial lesivo, tem pena máxima igual ou inferior a um ano e não há previsão de

procedimento especial. Assim, de acordo com o artigo 61 da Lei nº 9099/95, são passíveis de aplicação de transação penal, o que, no entendimento de muitos, impede a efetivação da necessária proteção já que o fornecedor sentirá a punição de modo brandíssimo e não impedirá novas práticas.

Os crimes contra as relações de consumo são, em sua maioria, crimes formais ou de mera conduta, que não exigem, portanto, resultado material. O Código de Defesa do Consumidor prevê crimes próprios em que as relações jurídicas têm importância particular e só diante delas podem ocorrer, ou seja, protegem a relação de consumo; ou impróprios, aqueles que defendem o consumidor de forma indireta; protegem o consumidor em dada relação, mas protegem também um fornecedor.

As normas penais de defesa do consumidor apresentam conceitos vagos, indeterminados a exemplo do advérbio “imediatamente”, previsto nos artigos 64, parágrafo único, e 73, bem como normas penais em branco, como a do artigo 65, que requer determinação suplementar acerca da definição do alto grau de periculosidade.

Outra crítica lançada diz respeito à consideração de ser incipiente a repressão prevista na lei consumerista, já que a ocorrência criminosa, no mais das vezes, permite ao infrator valer-se do acordo e a ocorrência criminosa não constará em sua folha de antecedentes. Logo, haveria a necessidade de maior agravamento das sanções.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Penal tradicional baseia-se nas relações individuais. A proteção da ordem econômica é fundamental, já que seu ataque importa obstáculo ao desenvolvimento e gera desajuste social, objeto do Direito Penal Econômico. O Direito Penal do Consumidor surge como consequência dos direitos fundamentais reconhecidos aos consumidores: direito à segurança, à informação, de escolha, de ser ouvido, e ser consultado.

Em outros termos, decorre da proteção ao consumidor, que não encontrava respaldo no Direito Penal tradicional. O Direito Penal do Consumidor diz respeito aos crimes contra o consumidor, que encerram forma de abuso do poder econômico que violam a ordem econômica geral e, sem sombra de dúvida, devem ser coibidos e

aos crimes contra o consumidor, consubstanciados pelo abuso do poder econômico, que violam nossa ordem econômica e devem ser reprimidos, em atendimento ao disposto nos parágrafos 4º e 5º do artigo 173 da Constituição.

Temorigem como um dos ramos do Direito Penal Econômico, visando estudar formas eficientes de proteção penal das relações consumeristas, de modo a assegurar efetivamente a proteção prevista no CDC.

O bem que se procurou tutelar, nas infrações criminais, são os direitos básicos do consumidor. Os crimes previstos no CDC constituem-se crimes de perigo. Destaque-se que o Código de Defesa do Consumidor prevalecerá sobre as disposições do Código Penal e leis extravagantes, tendo em vista tratar-se de lei especial.

O Direito Penal do Consumidor observou os seguintes princípios penais específicos: princípio da legalidade, da intervenção mínima e da integridade da relação de consumo. O Código de Defesa do Consumidor na esfera penal tem características de um microssistema interdisciplinar que, a par de definir tipos penais específicos decorrentes do seu descumprimento, como se depreende de seu artigo 61, convive com o Código Penal e legislação especial e extravagante.

A maior parte dos crimes do CDC é de menor potencial lesivo, tem pena máxima igual ou inferior a um ano e não há previsão de procedimento especial. Assim, de acordo com o artigo 61 da Lei nº 9099/95, são passíveis de aplicação de transação penal.

Os crimes contra as relações de consumo são, em sua maioria, crimes formais ou de mera conduta, que não exigem, portanto, resultado material. O Código de Defesa do Consumidor prevê crimes próprios e impróprios. Os crimes previstos no Código de Defesa do Consumidor são considerados crimes diretamente contra as relações de consumo, ao passo que os definidos na Lei nº 1521/51 e Lei nº 8137/90, bem como no Código Penal, são os crimes indiretamente contra as relações de consumo.

A inserção no Código de Defesa do Consumidor dos tipos penais não mostrou a efetividade necessária. Ademais, enquanto todo o direito penal busca a descriminalização de certas condutas, a lei consumerista andou na contramão, o que deve ser objeto, ainda, de muita discussão na comunidade jurídica.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, João Batista de. A proteção jurídica do consumidor. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. Direito penal, parte geral. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 1.
- DINIZ, Maria Helena. Dicionário jurídico. São Paulo: Saraiva, 1998. _____. Curso de direito civil brasileiro. 21. ed. rev., aum. e atual. de acordo com o novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo dicionário da língua portuguesa. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. Curso fundamental de direito do consumidor. São Paulo: Atlas, 2007. FONSECA, Antonio Cezar Lima da. Direito penal do consumidor: código de defesa do consumidor e Lei nº 8137/90. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. Tutela de interesses difusos e coletivos. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed.. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- NUNES, Rizzatto. Comentários ao código de defesa do consumidor. 2. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2005. PASSARELLI, Eliana. Dos crimes contra as relações de consumo: Lei federal nº 8078/90 (CDC). São Paulo: Saraiva, 2002.
- PRADE, Péricles. Conceito de interesses difusos. 2. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. 25. ed., rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.
- ZANELLATO, Marco Antônio. O direito penal econômico e o direito penal de defesa do consumidor como instrumentos de resguardo da ordem política econômica. Disponível em: . Acesso em 21/02/2019.

A DIVERGÊNCIA ENTRE O PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE E A INCIDÊNCIA DO ICMS NA CONTA DE ENERGIA

José Gomes de Lima Neto
Suanderson Borges Lopes

RESUMO: O presente artigo busca fazer uma análise introdutória acerca da aplicabilidade do princípio da seletividade no ICMS, mais especificamente, a incidência do ICMS nas contas de energia e como esta incidência se opõe diretamente ao princípio da seletividade descrita na Constituição da República de 1988, demonstrando a importância de se analisar esse tema sob uma ótica crítica, de modo a compreender como a conscientização dos juristas e operadores do Direito pode gerar uma linha de raciocínio unânime e deste modo, tentar a aplicabilidade mais efetiva desse princípio. De caráter exploratório, com método dedutivo e a partir da análise textual, temática e interpretativa, a pesquisa decorre de uma metodologia centrada em revisão bibliográfica, por isso, teórico-bibliográfica, com vistas tanto em periódicos, quanto em fontes primárias. Busca-se, aqui, atingir os seguintes objetivos específicos: (i) analisar de forma metódica o entendimento acerca da incidência do ICMS nas contas de energia; (ii) examinar como o princípio da seletividade pode ser aplicado de forma mais específica e (iii) apresentar uma análise crítica sobre o ICMS e uma proposta para diminuir a incidência do imposto supracitado aos mais pobres.

Palavras-chave: Direito Tributário, ICMS, energia elétrica.

ABSTRACT: This article seeks to make an introductory analysis about the applicability of the principle of selectivity in ICMS, more specifically, the incidence of ICMS on energy bills and how this incidence is directly opposed to the principle of selectivity described in the Constitution of the Republic of 1988, demonstrating the importance of analyzing this issue from a critical perspective, in order to understand how the awareness of jurists and legal practitioners can generate a unanimous line of reasoning and, thus, try the most effective applicability of this principle. Exploratory in nature, with a deductive method and based on textual, thematic and interpretive analysis, the research stems from a methodology centered on bibliographic review, therefore, theoretical-bibliographic, with views both on journals and on primary sources. Here, the aim is to achieve the following specific objectives: (i) methodically analyze the understanding of the ICMS levy on energy bills; (ii) examine how the principle of selectivity can be applied more specifically and (iii) present a critical analysis of the ICMS and a proposal to reduce the incidence of the aforementioned tax on the poorest.

Key words: Tax Law, ICMS, electricpower.

1. INTRODUÇÃO

O Direito Tributário afeta diretamente o dia-a-dia da população em geral, mesmo que de forma despercebida, todos os indivíduos são afetados pela tributação

constantemente, seja no momento de fazer as compras do mês, na compra de um carro novo, ou até mesmo no ato de receber ser salário mensalmente, relativo a todas as situações supracitadas há a incidência de tributo, ressalta-se que, segundo dados do IPEA , o cidadão brasileiro, em média, destina 132 dias trabalhados ao ano para o pagamento de tributos.

A grandiosidade dos números supracitados, juntamente com um sistema tributário que malogrou em efetivar a Justiça Fiscal entre os segmentos sociais, desrespeitando totalmente a capacidade contributiva, foi determinante para o desenvolvimento do tema em discussão.

Atualmente muito tem se discutido acerca do ICMS e sua incidência nas contas de energia elétrica, principalmente no que tange ao valor exorbitante cobrado, salientando-se que grande parte da cobrança é advinda do imposto supracitado e taxas, descaracterizando a essencialidade do produto. Vale ressaltar que o imposto supracitado é de competência estadual e Distrital, e destaca-se como uma das mais expressivas fontes de arrecadação do estado.

É relativamente pacífico entre os acadêmicos e juristas, segundo Paulsen (2015), a ideia de que o Princípio da Seletividade é um meio necessário e adequado para promover, por meio da tributação, a justiça fiscal, o desenvolvimento e diminuir as desigualdades sociais. Este trabalho tem por objetivo uma análise sobre tal certeza, visto que, o tema traz uma problemática de grande relevância ao cenário econômico, posto que sobre vários tributos incorpora-se um caráter extrafiscal que traz ônus ao erário, principalmente no atual cenário vivido em que se buscam soluções para o grande déficit orçamentário decorrente da atual conjuntura econômica.

Destaca-se, no presente artigo, um assunto de grande relevância sobre a situação do atual momento em que o país está passando, como também, um tema de importância significativa para a população, visto que a discussão sobre como se distribui a incidência dos impostos frente aos diversos segmentos sociais deve ser instalada na sociedade a fim de se buscar atingir o Princípio da Isonomia consolidado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Nesta acepção, O presente artigo busca fazer uma análise introdutória acerca da aplicabilidade do princípio da seletividade no ICMS, mais especificamente, a incidência do ICMS nas contas de energia e como esta incidência supracitada afeta

diretamente o princípio da seletividade descrita na Constituição da República de 1988, demonstrando a importância de se analisar esse tema sob uma ótica crítica, de modo a compreender como a conscientização dos juristas e operadores do Direito pode gerar uma linha de raciocínio unânime e deste modo, tentar a aplicabilidade mais efetiva desse princípio. De caráter exploratório, com método dedutivo e a partir da análise textual, temática e interpretativa, a pesquisa decorre de uma metodologia centrada em revisão bibliográfica, por isso, teórico-bibliográfica, com vistas tanto em periódicos, quanto em fontes primárias. Busca-se, aqui, atingir os seguintes objetivos específicos: (i) analisar de forma metódica o entendimento acerca da incidência do ICMS nas contas de energia; (ii) examinar como o princípio da seletividade pode ser aplicado de forma mais específica e (iii) apresentar uma análise crítica sobre o ICMS e uma proposta para diminuir a incidência do imposto supracitado aos mais pobres.

2. BREVE HISTÓRICO SOBRE A TRIBUTAÇÃO NO BRASIL E A CRIAÇÃO DO ICMS

Sabe-se que a história registra apenas alguns casos de tributação na antiguidade, alguns casos são mencionados com frequência ao se falar de tributação na antiguidade, quais sejam, o Egito, Grécia e Roma, no caso de Roma, de acordo com Juano (2000), chegou a ter um imposto de caráter geral, instituída pelo imperador romano Augusto, e tinha a alíquota de 1% sobre as mercadorias que eram vendidas em leilão público, já na idade média, este mesmo tributo era exigido ocasionalmente em razão de necessidade eventuais de príncipes ou senhores feudais.

Diante da grande evasão fiscal, que foi agravada ainda mais pelo enfraquecimento da administração pública, os governantes necessitavam de um tipo de imposto que pudesse ser exigido de uma maneira genérica, sendo incidido de preferência sobre o volume total dos negócios, com efeito, que tal imposto possuísse alta rentabilidade.

Segundo Machado (200), grande foi a adoção de cobrança de impostos, que inicialmente fora criado para suprir despesas de guerra, entretanto, passou a chamar a atenção dos Estados pelo enorme potencial de arrecadação que encerrava em

comparação com os impostos cobrados na época, muito dos quais eram arrecadados com valores fixos e de pouca representatividade em termos de generalidade de contribuintes e universalidade de operações tributárias.

Posteriormente, tratando-se do sistema tributário local, pode-se dizer que a história da tributação no Brasil, principalmente referente às últimas décadas, pode ser dividida em dois grandes períodos, cujo divisor é a chamada Reforma Tributária de 1965. Essa reforma teve como principal elemento a funcionalidade do sistema sendo introduzido de forma mais codificada, se diferenciado do mero formalismo jurídico que era predominante anteriormente.

No que se refere à tributação de bens e serviços, as mudanças foram profundas, sobretudo com a substituição dos impostos estaduais em cascata por um imposto sobre o valor adicionado, ainda que de abrangência limitada, em virtude da criação de imposto específico sobre serviços e de impostos “únicos” sobre energia, combustíveis e minérios e, posteriormente, transportes e comunicações (Britto, 2010, p. 7).

Após essa breve análise, deve-se salientar que a Emenda Constitucional nº 18 de 01 de dezembro de 1965 teve um papel decisivo na reformulação da discriminação de rendas no Brasil. Segundo Baleeiro (2007), a Comissão Especial procurou delimitar vários setores em que se distribuiu a capacidade contributiva, adotando o agrupamento de impostos em quatro categorias distintas, quais sejam, (i) impostos sobre o comércio exterior; (ii) impostos sobre o patrimônio e a renda; (iii) impostos sobre a produção e a circulação de bens e serviços; e (iv) impostos especiais.

A partir da reforma de 1965, firmou-se a competência da União para impor tributação sobre os produtos industrializados. Os Estados ficaram com a competência de instituir o imposto sobre a circulação de mercadorias (ICM) e a competência dos Municípios para tributar s serviços de qualquer natureza. A divisão de competência supracitada tem vigência até os dias atuais, entretanto, com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, coube aos Estados não só instituir o imposto sobre a circulação de mercadorias, como também, tributar os serviços de transportes interestaduais e intermunicipais e os serviços de comunicação, denominando-se a nova sigla ICMS.

É importante ressaltar que os impostos são, portanto, tributos não vinculados, tanto em razão da atividade estatal quanto no que se refere à destinação dos recursos arrecadados. No entendimento de Caparroz (2018), isso implica dizer que os valores relativos a impostos, em regra, ingressam na caixa da Fazenda Pública e serão gastos de acordo com o previsto nas respectivas leis orçamentárias, e é importante que sejam assim, pois o Estado tem vários compromissos financeiros que são diretamente desvinculados de um serviço ou atividade diretamente relacionado com o cidadão, como por exemplo, o pagamento dos servidores públicos, as despesas com juros, os investimentos em infraestrutura, entre outros.

Adentrando mais especificamente no Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS – sabe-se que o mesmo é de competência dos Estados e do Distrito Federal. Previsto no art. 155, II, da Constituição, o ICMS está regulamentado pela Lei Complementar de nº 87/96 e as posteriores alterações que veio a sofrer.

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II – operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transportes interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações se iniciem no exterior.

(...)

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

I – será não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;

II – a isenção ou não incidência, salvo determinação em contrário da legislação:

a) Não implicará crédito para a compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes;

b) Acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores;

III – poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços; (Constituição da República Federativa do Brasil. 1988).

Vale salientar, que de acordo com Barreto (2018), existe uma grande discussão acerca do inciso III do artigo supracitado, o autor analisa a infelicidade do legislador na hora da transcrição do respectivo inciso no que concerne a “poderá” ser seletivo, deixando margem para interpretações doutrinárias acerca do ICMS se utilizar ou não do princípio da seletividade, o verbo no infinitivo na codificação do assunto é de bastante relevância para o presente trabalho, visto que, o potencial da

pesquisa fixa no princípio da seletividade não ser respeitado na cobrança do ICMS incidido nas contas de energia elétrica.

A partir desta abordagem, fica claro porque Caparroz (2018) expressa que o ICMS é um tributo bastante complexo e que possui diversos dispositivos normativos, o mesmo autor descreve o seu infortúnio acerca do constituinte não exigir a obediência ao princípio da seletividade em função da essencialidade das mercadorias, como fez com o IPI.

Segundo o entendimento de Carrazza (2004), o ICMS abrange pelo menos cinco impostos diferentes, quais sejam, (i) o imposto sobre operações mercantis – operações relativas à circulação de mercadorias – que, de algum modo, compreende o que nasce da entrada de mercadorias importadas; (ii) o impostos sobre os serviços de transporte interestadual e intermunicipal; (iii) o imposto sobre serviços de comunicação; (iv) imposto sobre produção, circulação, importação, distribuição ou utilização de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos e de energia elétrica; e (v) o imposto sobre a extração, distribuição, circulação ou consumo de minerais.

O autor supracitado analisa esses impostos como diferente, pois os mesmo têm hipótese de incidência e base de cálculo diferentes, ainda de acordo com a análise de Carrazza (2004), o método adotado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de reunir impostos diferentes em um mesmo rótulo, neste caso o ICMS, além de não ser das mais louváveis, a partir do aspecto jurídico, como também do científico, está na prática causando grandes confusões. Nesta acepção, pode-se perceber uma falta de tecnicidade do legislador ordinário, nem sempre se utilizando da melhor técnica, pode-se perceber isto a partir da composição legislativa brasileira.

A linguagem do legislador é uma linguagem técnica, o que significa dizer que se assenta no discurso natural, mas aproveita em quantidade considerável palavras e expressões de cunho determinado, pertinentes ao domínio das comunicações científicas. Os membros das Casas Legislativas, em países que se inclinam por um sistema democrático de governo, representam os vários segmentos da sociedade. Alguns médicos, outros bancários, industriais, agricultores, engenheiros, advogados, dentistas, comerciantes, operários, o que confere um forte caráter de heterogeneidade, peculiar aos regimes que se queiram representativos. E podendo aduzir que tanto mais autêntica será a representatividade do Parlamento quanto

maior for a presença, na composição de seus quadros, dos inúmeros setores da comunidade social.

Ponderações desse jaez nos permitem compreender o porquê dos erros, impropriedades, atecnicas, deficiências e ambiguidades que os textos legais cursivamente apresentam. Não é, de forma alguma o resultado de um trabalho sistematizado cientificamente. (CARVALHO, Paulo de Barros. 2004, p. 4-5).

A partir dessa abordagem do professor Paulo de Barros Carvalho pode-se perceber que uma falta de tecnicidade do legislador na hora de elaborar um dispositivo pode causar grande divergência doutrinária, esse é o caso da seletividade no ICMS, diante desta situação, deve ser analisado como se porta o princípio da seletividade frente ao ICMS, como também, uma análise superficial acerca do princípio da capacidade contributiva, para posteriormente analisar os mesmos aplicados ao ICMS nas contas de energia.

3. OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO CONTRIBUINTE: CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E SELETIVIDADE

Inicialmente, se faz importante analisar os princípios em comento de forma distinta para só então, posteriormente, analisá-los em conjunto, interpretando de que forma os mesmos podem influenciar ou induzir no dia a dia do contribuinte, sendo ambos os princípios essenciais no que tange à tributação do ICMS.

Sabe-se, também, que princípios são normas abstratas que devem ser observadas quando da interpretação das leis, norteando sua aplicação, e que constituem os fundamentos de determinado ramo do direito. Segundo o entendimento de Coêlho (2012), no direito tributário, os princípios são normas constitucionalmente previstas que tem por objetivo limitar o poder de tributar, regular a competência tributária e resguardar os direitos dos contribuintes, em objetiva contraposição ao poder de coerção do Estado de interferir no patrimônio do sujeito passivo, de modo que devem ser respeitados por todos os demais entes federativos, quais sejam, União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, bem como por seus órgãos e, também, por suas autarquias.

Profundamente ligado à busca pela Justiça Fiscal, o princípio da capacidade contributiva tem seu surgimento, segundo os descritos de Aristóteles (1991), ainda na Antiguidade grega, sendo durante esse período aplicado na cidade de Atenas por Sólon (2001), que na própria biografia ressalta que dividiu o povo em classes conforme o montante de impostos que deveriam pagar, ainda, nessa análise histórica, percebe-se que a ideia de justiça como igualdade se revelava por meio da justiça cumulativa, baseada nas trocas, devendo, nesse caso, existir a relação de igualdade entre os objetos que eram trocados, que deverias ser proporcional o objeto dado e o recebido, também, se percebia vislumbres de justiça distributiva, visto que por meio da distribuição de honras e bens baseados nos méritos individuais, com o intuito de que cada um recebesse conforme seus esforços.

Seguindo a análise de Holanda (1998), há relatos da utilização dos princípios supracitados – ainda que de forma rústica – na Roma Antiga, como também, na Idade Média, no caso deste último período há o reconhecimento acerca da Magna Carta de 1215, que serviu como limitadora dos poderes do monarca João Sem Terra, já que em seu corpo textual era previsto que todas as prestações impositivas deveriam ser fixadas de forma módica.

Já partindo para a Idade Moderna, é possível encontrar referências as palavras “capacidade contributiva na própria Elizabeth poor Law, havendo também, segundo Meirelles (2016), menção ao princípio também na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. No mesmo século desses acontecimentos, Adam Smith (2003), já preceituava que, “é necessário que os súditos de cada estado contribuam o mais possível para a conservação do governo, proporcionalmente às suas respectivas capacidades, isto é, em proporção ao rendimento que cada um usufrui sob a proteção do Estado”. (SMITH, Adam. Riqueza das Nações, 2003).

Trazendo para uma ótica mais nacional e local, no caso do Brasil, percebe-se que a primeira menção, de forma mais humilde acerca da proporcionalidade da contribuição do indivíduo frente ao Estado, se deu com a Carta Imperialde 1824, em seu artigo de nº 179, XV.

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. (...)

XV. Ninguém será exempto de contribuir para as despesas do Estado em proporção dos seus haveres. (BRASIL. Constituição de 1824. Constituição Política do Imperio do Brazil. RJ, 22 de abril de 1824).

Entretanto, mesmo com essa referida menção ao princípio da capacidade contributiva, após a Carta Imperial de 1824 as constituições que vieram posteriormente substituir a mencionada, não abrangiam o princípio ora mencionado, fazendo pouco ou nenhuma menção ao preceito, destacando-se como um incontestado retrocesso face as Constituições dos demais países que já se utilizavam desse princípio.

Posteriormente, com o advento da Constituição de 1946, ficou estabelecido em seu artigo 202 que “os tributos terão caráter pessoal, sempre que isso for possível, e serão graduados conforme a capacidade econômica do contribuinte”. (BRASIL, Constituição. 1946. Constituição dos Estados Unidos do Brasil). Entretanto, apesar de haver muito discordância em contrário, este princípio foi outra vez suprimido da legislação brasileira no ano de 1965 por meio da Emenda Constitucional de número 18/65, após essa supressão, o mesmo instituto não foi abordado, também, na Constituição de 1967. Por fim, com o advento da Constituição Cidadã de 1988 o princípio se consagrou e encontra-se em vigência até os dias atuais.

Posto isto, há de se fazer uma análise acerca do princípio da capacidade contributiva em primeiro momento, este princípio encontra-se gravado no artigo de nº 145, § 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil, in verbis:

Art. 145 – A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

[...]

§ 1º - Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte. (PALÁCIO DO PLANALTO, 2019).

A partir dessa abordagem, pode-se perceber que o princípio analisado é tido como um corolário do princípio da igualdade, salvo que, no âmbito tributário, as pessoas (contribuintes) devem contribuir para haver a manutenção da coisa pública, observando sempre a proporção dos seus haveres, nesse caso, de seus índices de riqueza ou demonstração da mesma. Fica mais elucidado ao analisar-se na perspectiva dos juristas alemães TIPKE e YAMASHITA.

Deste modo, o princípio da capacidade contributiva significa: todos devem pagar impostos segundo o montante da renda disponível para o pagamento de impostos. Quanto mais alta a renda disponível, tanto mais alto deve ser o imposto. Para contribuintes com rendas disponíveis igualmente altas o imposto deve ser igualmente alto. Para contribuintes com rendas disponíveis desigualmente altas o imposto deve ser desigualmente alto. (TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. *Justiça Fiscal e Princípio da Capacidade Contributiva*, 2002, p.31).

Vale ressaltar que a cláusula que estabelece “sempre que possível” destacado no Parágrafo 1º do artigo 145 da Constituição Federal, não retira a imposição do comando constitucional. O significado pretendido pelo legislador é de que sempre que a natureza do imposto permitir, ele será pessoal, devendo respeitar a capacidade econômica do contribuinte.

Sabe-se que a capacidade contributiva tem como pressuposto uma relação jurídico-tributária na qual deverá ser analisada no momento da instituição de tributos e de aplicação da lei tributária. Segundo o entendimento de Lodi (2010), a capacidade contributiva consiste na manifestação econômica identificada pelo legislador como signo presuntivo de riqueza a fundamentar a tributação.

A relação que se é estabelecida entre o princípio da capacidade contributiva e o princípio da isonomia se dá pelo axioma de que se deve tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, na medida das suas desigualdades estabelecidas, devendo, assim, o tributo ser cobrado de acordo com a possibilidade expressa e exposta do contribuinte de suportar o ônus imposto pelo Fisco. Um fato importante que deve ser levado em conta é que, ao analisar todos os requisitos supracitados, o contribuinte não deve abrir mão de um mínimo existencial. Esse posicionamento pode ser observado nas palavras de Tipke (2002).

Normas (...) de um Direito Tributário justo devem considerar a limitação da capacidade contributiva decorrente das inevitáveis obrigações privadas. O Estado Tributário não pode retirar do contribuinte aquilo que, como Estado Social, tem de lhe devolver. (TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. *Justiça Fiscal e Princípio da Capacidade Contributiva*, 2002, p.31).

Acerca de outros princípios norteadores do Direito Tributário no que tange o contribuinte, é de grande relevância analisar o princípio da Seletividade, este princípio já era previsto desde 1946 no ordenamento jurídico brasileiro visto que era

regulamentado no art. 15, § 1º da Constituição supramencionada, entretanto, era figurado na forma de isenção, vejamos:

Art. 15 – Compete à união decretar impostos sobre:

(...)

§ 1º - São isentos do imposto de consumo os artigos que a lei classificar como o mínimo indispensável à habitação, vestuário, alimentação e tratamento médico das pessoas de restrita capacidade econômica. (BRASIL, Constituição. 1946. Constituição dos Estados Unidos do Brasil).

Vale ressaltar que também havia a respectiva previsão no Código Tributário Nacional (1966) e na Constituição de 1967, entretanto, nos dois casos mencionais só era disciplinado o IPI, foi somente com o advento da Constituição Cidadã de 1988 que houve a extensão dessa aplicação para o ICMS. Atualmente, a seletividade tem sua previsão abrangida para o IPI, ICMS e ISS. A aplicabilidade do referido princípio ao imposto sobre produtos industrializados está expressa no art. 153 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Art. 153 – Compete à União instituir impostos sobre:

(...)

IV – produtos industrializados;

(...)

§ 3º - O imposto previsto no inciso IV:

I – Será seletivo, em função da essencialidade do produto;(PALÁCIO DO PLANALTO, 2019)

Quanto à aplicabilidade do princípio da seletividade relativo ao Imposto sobre serviço de qualquer natureza, o referido imposto encontra-se consolidado no artigo de número 156 da Constituição Federal, já acerca do princípio da seletividade, o mesmo será encontrado no art. 82 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que deverá se incidido sobre serviços supérfluos.

Art. 156 – Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

III – Serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar.

Art. 82 – Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem instituir Fundos de Combate à Pobreza, com os recursos de que trata este artigo e outros que vierem a destinar, devendo os referidos Fundos ser geridos por entidades que contem com a participação da sociedade civil.

2º Para o financiamento dos Fundos Municipais, poderá ser criado adicional de até meio ponto percentual na alíquota do Imposto sobre serviços ou do imposto que vier a substituí-lo, sobre serviços supérfluos. (PALÁCIO DO PLANALTO, 2019).

O princípio da Seletividade também é aplicado aos tributos indiretos como forma de complementar o princípio da isonomia e da capacidade contributiva, é

imperativo na doutrina a ideia de que a seletividade é um dos meios de conquistar a Justiça Fiscal.

Não há nenhuma razão pela qual pudessem ser desconsiderados, no caso de impostos indiretos, os valores que os princípios em análise buscam preservar, a pretexto de que a capacidade contributiva deva ser a do contribuinte de direito, ignorando-se o contribuinte “de fato”. (...) Aliás, é precisamente em atenção ao contribuinte “de fato” que se põe outra das vertentes da capacidade contributiva no campo dos impostos indiretos, ou seja, o princípio da seletividade, segundo o qual o gravame deve ser inversamente proporcional à essencialidade do bem. (AMARO, Luciano. Direito tributário brasileiro, 2011. p. 133).

Retomando acerca da conceituação do princípio, ser seletivo significa, segundo Machado (2007), fazer escolha fundamentada e criteriosa, escolher de um número ou grupo, pela aptidão, qualidade ou qualquer outro característico. No que diz respeito a seletividade instituída no Direito Tributário, essa escolha se dará pelo critério da “essencialidade”, ou seja, há um tipo de vinculação da carga tributária ao grau de essencialidade do produto que será tributado. Analisado desse ponto de vista, quanto mais essencial o produto, menor deverá ser a alíquota incidente, entretanto, quanto mais supérfluo for o produto, maior será sua alíquota. A partir da ótica apresentada, faz-se importante analisar a seletividade imposta pela Constituição Federal de 1988 no que tange ao ICMS.

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:
(...) II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;
§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:
(...) III - poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços;(PALÁCIO DO PLANALTO, 2019).

Desta forma, um produto que é considerado mais “essencial” sofrerá uma incidência tributária mais suave ou até nula, enquanto bens que são considerados “não essenciais” poderão sofrer incidência tributária mais gravosa, isso é importante exatamente para o imposto não atingir de forma não mensurável as camadas menos favorecidas da sociedade.

Uma observação relevante acerca da seletividade no ICMS é do caráter extrafiscal do mesmo, sabe-se que a extrafiscalidade se afasta da função meramente arrecadatária do tributo e tem como finalidade interferir no

comportamento da sociedade. No caso do imposto em análise, pode-se citar, além do uso da seletividade como forma de diminuir a regressividade do imposto, também há a interferência no comportamento da sociedade, como por exemplo, no caso do cigarro, que por ser um produto altamente cancerígeno sofre incidência extremamente onerosa de ICMS, tendo por objetivo desestimular o consumo deste produto.

Ressalta-se que apesar do legislador ter dito de forma expressa no art. 155, § 2º, inciso III, “poderá ser seletivo”, deve ser analisado como uma norma programática, devendo ser observada quando da regulação do ICMS vinculando o legislador. Há vários doutrinadores que discordam dessa imposição do legislador no momento de fixar o entendimento acerca da seletividade do ICMS, visto que ao estabelecer a mesma seletividade no IPI, o legislador não deixou margem para interpretação, visto que ele diz que o imposto “será” seletivo, enquanto no ICMS o legislador dá margem para interpretação ao estabelecer que o imposto “poderá” ser seletivo. A partir de uma análise linguística é simples definir que em um dos artigos há uma imposição, enquanto no outro há uma relativização da aplicabilidade do princípio.

Pautado nessa dicotomia, deve-se analisar se há uma obrigatoriedade do Estado impor, ou não, a seletividade em produtos tidos como indispensáveis para a manutenção de uma vida digna do contribuinte, respondido este questionamento, outra questão se faz necessário para resolver o objetivo de pesquisa do presente trabalho, atualmente a energia é um dos bens mais essenciais para a sobrevivência humana, deste modo, a tributação pontuada nas contas de energia deveriam, ou não, sofrer imposições do princípio da seletividade?.

4. A INCIDÊNCIA DO ICMS NAS CONTAS DE ENERGIA ELÉTRICA E A DIALÉTICA DOS PRINCÍPIOS DA SELETIVIDADE E DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

Ao analisar o artigo 155 da Constituição Federal de 1988, mais especificamente o inciso II, § 2º, X, alínea “b” e § 3º, entende-se que haverá a tributação relativa ao ICMS sob a produção, importação, circulação, distribuição ou consumo de energia elétrica.

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:
II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

X - não incidirá

b) sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica;

§ 3º À exceção dos impostos de que tratam o inciso II do caput deste artigo e o art. 153, I e II, nenhum outro imposto poderá incidir sobre operações relativas à energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País. (PALÁCIO DO PLANALTO, 2019).

A partir dessa análise, pode-se perceber que de acordo com o artigo supracitado da Constituição, o Estado e o Distrito Federal possuem a competência para instituir o Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transportes Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação, mesmo que as operações mencionadas se iniciem no exterior do Brasil.

Vale ressaltar que de acordo com Torres (2000), a partir de um raciocínio sistemático, é cediço, incontestável e tranquilo que a energia elétrica é considerada um bem jurídico móvel, sendo igualado a mercadoria quando for objeto de atos de mercancia.

Nesta acepção, de acordo com Britto (2010), como bem móvel, o próprio Direito Penal já qualificou a energia elétrica, sendo possível tipificar como crime de furto aquele que faz o consumo de energia elétrica mediante ligações clandestinas de cabos de transmissão, popularmente conhecidos por “gato”. No Direito Tributário, também, essa conceituação sempre foi pacífica, posto que, à época do regime constitucional anterior, era competência da União a tributação sobre operações relativas à energia elétrica, que era considerada com um produto industrializado, logo, bem móvel passível de incidência tributária, como ocorre nos dias atuais a incidência do ICMS sob esse bem.

Um fato importante a ser considerado é que a incidência decorrente de operações mercantis ocorrerá quando a energia elétrica for destinada à comercialização, com a venda pelo estabelecimento produtor a outro estabelecimento distribuidor, podendo ser estas operações tanto no âmbito interno quanto externo (interestaduais).

Ora, quando um outro estabelecimento diverso daquele que gerou e produziu a energia elétrica realiza a transmissão desta, em verdade aquele estabelecimento presta um serviço de operacionalização para a produtora de energia elétrica, ou seja, é contratado pelo estabelecimento gerador para transportar a energia elétrica aos estabelecimentos distribuidores, situados no mesmo ou em outro Estado. Sendo um serviço, este somente poderá ser entendido como serviço de transporte e, sendo assim, essa transmissão significa transporte de energia elétrica. (BRITTO, Benner Roberto Ranzan. P. 19, 2010).

Sabe-se que não há discordância acerca da energia elétrica ser caracterizada como um bem móvel e no sentido de mercadoria inerente aos atos de circulação econômica resultante de negócios jurídicos – operações mercantis – contudo, pode haver questionamentos sobre a possibilidade da realização de transporte de energia elétrica, posto que a transmissão é inerente aos atos praticados pela operação mercantil. Desse modo, sendo a transmissão inerente à geração e, conseqüentemente, ao consumo de energia, quando a transmissão supracitada for transportada para outro Estado da Federação estaria albergada pela regra da imunidade, tratando-se da imunidade de operações estaduais.

Partindo de uma ótica mais centrada nas necessidades do Estado e suas arrecadações, de acordo com Santana (2015), segundo dados da Receita Federal, no ano de 2014 foram arrecadados aproximadamente R\$ 1,85 trilhão – correspondente a 33,47% do PIB – do quais 18,02% foram advindos da tributação sobre a renda, apenas 4,17% sobre a propriedade e 51,02% da tributação sobre bens e serviços (relativos ao consumo). Ainda de acordo com Santana (2015), dentre os países que compõem a OECD, o Brasil é o que possui a maior carga tributária incidente sobre o consumo, dentre uma lista que é composta por 26 países, ocupando a 25^o posição relativo a tributação sobre a renda, lucro e ganho de capital.

Apenas o ICMS representou 20,8% da arrecadação total do país no ano de 2015, uma arrecadação que pode ser descrita como isolada, pode-se perceber ao

| Tributo/Competência | 2013 | | | 2014 | | |
|---|---------------------|---------------|----------------|---------------------|---------------|----------------|
| | R\$ milhões | % PIB | % | R\$ milhões | % PIB | % |
| Total da Receita Tributária | 1.740.419,49 | 33,74% | 100,00% | 1.847.739,70 | 33,47% | 100,00% |
| Tributos do Governo Federal | 1.200.167,87 | 23,27% | 68,96% | 1.265.056,19 | 22,91% | 68,47% |
| Orçamento Fiscal | 419.477,81 | 8,13% | 24,10% | 446.577,74 | 8,09% | 24,17% |
| Imposto de Renda | 298.881,10 | 5,79% | 17,17% | 319.529,95 | 5,79% | 17,29% |
| Pessoas Físicas | 24.188,33 | 0,47% | 1,39% | 25.782,09 | 0,47% | 1,40% |
| Pessoas Jurídicas | 109.316,36 | 2,12% | 6,28% | 109.019,96 | 1,97% | 5,90% |
| Retido na Fonte | 165.376,40 | 3,21% | 9,50% | 184.727,89 | 3,35% | 10,00% |
| Imposto sobre Produtos Industrializados | 42.922,81 | 0,83% | 2,47% | 49.201,55 | 0,89% | 2,66% |
| Imposto sobre Operações Financeiras | 29.417,36 | 0,57% | 1,69% | 29.756,15 | 0,54% | 1,61% |
| Impostos sobre o Comércio Exterior | 36.973,80 | 0,72% | 2,12% | 36.773,72 | 0,67% | 1,99% |
| Taxas Federais | 4.981,14 | 0,10% | 0,29% | 4.875,34 | 0,09% | 0,26% |
| Cota-Parte Ad Fr. Ren. Mar. Mercante | 3.366,91 | 0,07% | 0,19% | 3.197,68 | 0,06% | 0,17% |
| Contrib. Custeio Pensões Militares | 2.170,71 | 0,04% | 0,12% | 2.343,24 | 0,04% | 0,13% |
| Imposto Territorial Rural | 763,97 | 0,01% | 0,04% | 900,12 | 0,02% | 0,05% |

analisar a tabela disposta a seguir:

| | | | | | | |
|--|-------------------|---------------|---------------|-------------------|---------------|---------------|
| Orçamento Seguridade Social | 642.705,41 | 12,46% | 36,93% | 666.246,45 | 12,07% | 36,06% |
| Contribuição para a Previdência Social (1) | 298.129,37 | 5,78% | 17,13% | 319.451,13 | 5,79% | 17,29% |
| Cofins (2) | 197.545,45 | 3,83% | 11,35% | 194.696,29 | 3,53% | 10,54% |
| Contribuição Social sobre o Lucro Líquido | 61.686,58 | 1,20% | 3,54% | 62.331,83 | 1,13% | 3,37% |
| Contribuição para o PIS/Pasep | 50.519,56 | 0,98% | 2,90% | 51.441,22 | 0,93% | 2,78% |
| Contrib. Seg. Soc. Servidor Público - CPSS | 24.386,33 | 0,47% | 1,40% | 26.808,87 | 0,49% | 1,45% |
| Contrib. s/ Receita de Concursos e Progn. | 4.054,93 | 0,08% | 0,23% | 4.768,78 | 0,09% | 0,26% |
| Contrib. Partic. Seguro DPVAT | 3.987,89 | 0,08% | 0,23% | 4.145,15 | 0,08% | 0,22% |
| Contribuições Rurais | 1.354,87 | 0,03% | 0,08% | 1.496,10 | 0,03% | 0,08% |
| Fundo de Saúde Militar (Beneficiário) | 1.040,43 | 0,02% | 0,06% | 1.107,08 | 0,02% | 0,06% |
| Demais | 137.984,66 | 2,68% | 7,93% | 152.232,00 | 2,76% | 8,24% |
| Contribuição para o FGTS (5) | 98.044,57 | 1,90% | 5,63% | 108.781,72 | 1,97% | 5,89% |
| Salário Educação (3) | 16.560,53 | 0,32% | 0,95% | 18.410,69 | 0,33% | 1,00% |
| Contribuições para o Sistema S | 15.351,17 | 0,30% | 0,88% | 16.884,42 | 0,31% | 0,91% |
| Cide Combustíveis | 734,44 | 0,01% | 0,04% | 25,71 | 0,00% | 0,00% |
| Cide Remessas | 2.233,17 | 0,04% | 0,13% | 2.498,74 | 0,05% | 0,14% |
| Outras Contribuições Federais (4) | 1.642,45 | 0,03% | 0,09% | 2.635,56 | 0,05% | 0,14% |
| Confr. s/ Rec. Empr. Telecomun. | 1.556,53 | 0,03% | 0,09% | 1.628,14 | 0,03% | 0,09% |
| Receita da Dívida Ativa (não alocável) | 579,19 | 0,01% | 0,03% | -40,93 | 0,00% | 0,00% |
| Contrib. S/Rec.Concess.Permis.Energ.Elet. | 749,21 | 0,01% | 0,04% | 813,45 | 0,01% | 0,04% |
| Cota-Parte Contrib. Sindical | 533,40 | 0,01% | 0,03% | 594,50 | 0,01% | 0,03% |
| Tributos do Governo Estadual | 438.927,21 | 8,51% | 25,22% | 468.319,34 | 8,48% | 25,35% |
| ICMS | 343.189,99 | 7,04% | 20,97% | 384.994,91 | 7,6% | 20,80% |
| IPVA | 29.232,08 | 0,57% | 1,68% | 32.452,96 | 0,59% | 1,76% |
| ITCD | 4.142,18 | 0,08% | 0,24% | 4.698,16 | 0,09% | 0,25% |
| Contrib. Regime Próprio Previd. Est. | 16.499,33 | 0,32% | 0,95% | 19.528,99 | 0,35% | 1,06% |
| Outros Tributos Estaduais | 25.863,71 | 0,50% | 1,49% | 27.352,32 | 0,50% | 1,48% |
| Tributos do Governo Municipal | 101.324,41 | 1,96% | 5,82% | 114.364,17 | 2,07% | 6,19% |
| ISS | 48.300,53 | 0,94% | 2,78% | 55.390,16 | 1,00% | 3,00% |
| IPTU | 24.389,17 | 0,47% | 1,40% | 27.975,93 | 0,51% | 1,51% |
| ITBI | 9.982,66 | 0,19% | 0,57% | 11.050,25 | 0,20% | 0,60% |
| Contrib. Regime Próprio Previd. Mun. | 7.773,88 | 0,15% | 0,45% | 8.103,97 | 0,15% | 0,44% |
| Outros Tributos Municipais | 10.878,17 | 0,21% | 0,63% | 11.843,86 | 0,21% | 0,64% |

TABELA 1 – Receita Tributária por Tributo e por Competência (2013 e 2014)
 Fonte: SANTANA, Irailson Calado (Org.). Op. cit. p. 15.

A partir dos dados apresentados, percebe-se que a arrecadação brasileira é fortemente baseada nos impostos sobre consumo, principalmente os estados, que atualmente são extremamente dependentes do ICMS.

Sabe-se que os impostos que são incidentes sobre o consumo são classificados como impostos indiretos, nos quais, segundo Melo (2009), o ônus tributário deve recair sobre o consumidor final, e, via de regra, incidem de forma proporcional, visto que não levam em conta a capacidade contributiva do consumidor. Serão seletivos, possuindo alíquotas diferenciadas em decorrência da essencialidade do bem a fim de, na teoria, aplicar o princípio da capacidade contributiva e tentar dirimir o ônus sobre os mais pobres.

Entretanto, não é isto que se observa. De acordo com Paulsen (2012), é possível verificar que o sistema tributário brasileiro é extremamente regressivo, mesmo utilizando-se do princípio da seletividade. Na realidade, a distribuição do ônus tributário não se mostra homogênea, mas sim como mais gravosa aos mais pobres, aumentando, desse modo, as desigualdades sociais existentes no Brasil,

falhando drasticamente em efetivar a justiça fiscal e a redistribuição de renda. O ICMS é um dos grandes responsáveis por tais consequências, pois, como visto nas tabelas apresentadas acima, responde por 1/4 da arrecadação brasileira e atinge todas as faixas de renda, inclusive os isentos de pagamentos de imposto de renda, pois incide sob o consumo, e até mesmo os mais pobres necessitam comprar alimentos, vestuários, entre outros itens necessários à manutenção de um mínimo existencial.

Nesse contexto, deve-se haver uma reavaliação acerca da energia elétrica como bem essencial, não apenas para um mínimo existencial do indivíduo, mas até mesmo para sua existência nos dias atuais, visto que grande parte das atividades exercidas necessita da energia elétrica.

Neste fim de século, mesmo as famílias de baixíssima renda consomem energia elétrica em suas casas. Talvez apenas aqueles mais miseráveis, que nem teto possuem, não sejam seus consumidores.

A maioria da população possui uma geladeira para conservar seus alimentos, um ferro elétrico para passar suas roupas, lâmpadas para iluminar a escuridão; bens sem os quais não se vive com dignidade. Sem energia não há vendas, prestação de serviços ou produção. Não se vive, apenas se sobrevive, e mal. Poder-se-ia argumentar que a energia elétrica não possui a mesma essencialidade do pão, do leite e demais itens da cesta básica, não merecendo, por isso, tributação diferenciada. A afirmação, embora não seja absurda, é improcedente. E mesmo que procedente fosse, as alíquotas praticadas pelos diversos Estados continuariam inconstitucionais, de fato, a energia não é bem supérfluo, nem sumptuário. Não se compara ao fumo ou às bebidas. Deveria, portanto, ser tributada no máximo pelas mesmas alíquotas das demais mercadorias e serviços, que na maioria dos Estado é em média de 17%. Nunca por alíquotas de 25% ou 30%. (MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito, 2000).

Não resta dúvida acerca da essencialidade da energia elétrica a qualquer cidadão, ou até mesmo empresas, sendo consumida inclusive por aqueles desprovidos de qualquer capacidade contributiva. Deste modo o ônus que é representado pelo ICMS sobre a energia elétrica, portanto, jamais poderá ser o mesmo que aplicado sobre a generalidade das mercadorias e muito menos igual ao incidente sobre mercadorias supérfluas como o fumo e as bebidas alcoólicas

De acordo com Britto (2010), ao instituir alíquotas diferentes para o ICMS, adotando a seletividade facultada pela Constituição Federal de 1988, o legislador estadual não pode afastar o princípio da essencialidade das mercadorias e serviços onerados, sob pena de estar violando o artigo 155, § 2º, inciso III, da Constituição Federal de 1988.

Ainda, é de grande importância analisar que os serviços de energia elétrica caracterizam, sem dúvida alguma, relações de consumo, considerando como fornecedor a empresa de energia elétrica, na forma do art. 3º da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 - CDC - e os usuários são caracterizados como os consumidores na forma do art. 2º e parágrafo único da lei supracitada.

A partir dessa concepção, pode-se analisar a inconstitucionalidade da aplicação de alíquotas com porcentagem exorbitante sobre a energia elétrica, pois a mesma se caracteriza como bem essencial para qualquer indivíduo, entretanto, há uma anomalia jurídica na Constituição, pois no momento de descrever a seletividade do ICMS, o legislador estabeleceu que o mesmo “poderá” ser seletivo, isso deixa margem para os legisladores estaduais alegarem que não há um verbo de imposição que ao qual eles devam se vincular ao elaborar as leis locais referentes a cobrança do ICMS.

Ademais, há outros questionamentos relevantes acerca dos princípios norteadores do Direito Tributário e contribuinte, entretanto, atualmente, o tema é de grande relevância para abordar um questionamento que é essencial para toda a população e que serve como norteador para uma possível mudança futura no ordenamento jurídico acerca da cobrança do ICMS sob as contas de energia, pois atualmente a mesma onera o contribuinte de uma forma exorbitante.

Deste modo, é de extrema importância reaver a aplicabilidade dos princípios norteadores do Direito Tributário e de como o contribuinte pode se beneficiar dessas mudanças, posto que a atual situação é extremamente ineficaz e não benéfica para o contribuinte, ainda mais para o contribuinte de renda inferior no país, ressalvando-se que há uma maior quantidade de contribuintes de baixa renda no Brasil.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente, entende-se que o ICMS é classificado como um imposto indireto, desse modo, o mesmo é considerado, para fins de aferição do princípio da isonomia tributária, da capacidade contributiva e, mais especificamente, do princípio da seletividade, a pessoa do contribuinte, que é considerado de fato indireto, suporta a repercussão econômica do imposto em sua integralidade, no elo final da cadeia.

Posteriormente, entende-se que a sistemática da seletividade será regida pela influência do grau de essencialidade do produto, devendo as alíquotas serem variáveis em razão da referida proporção, assim, caracterizando-se de forma progressiva.

A Constituição Federal traçou o conceito mínimo de essencialidade, devendo o intérprete, quando reconstruir o seu sentido, obrigatoriamente observá-lo, considerando os elementos referentes à comunidade e ao tempo em que esta sociedade se localiza, e, principalmente, considerando a importância de se assegurar direitos e garantias fundamentais, consubstanciados no direito à dignidade humana e ao mínimo vital. (BRITTO, Benner Roberto Ranzan. 2010, p. 36)

Analisado esse ponto, se faz necessário ressaltar que a aplicação da seletividade, em função da essencialidade do produto, associada com a capacidade contributiva, revela-se importante instrumento para a identificação de produtos essenciais, o que permitiria uma tributação menos onerosa, favorecendo, desse modo, as classes sociais de menor capacidade econômica, sendo concretizada a justiça fiscal. Entretanto, a seletividade, além de não ser observada pelos próprios legisladores – vide o caso concreto apresentado da energia elétrica – também traz prejuízos à arrecadação, não atende a capacidade contributiva, também não cumpre sua função de minorar a regressividade dos impostos indiretos e de servir de instrumento para a concretização da justiça fiscal.

Posto isto, pode-se apresentar propostas para a solução do atual quadro do ordenamento jurídico tributário, tendo por objetivo a extinção, ou pelo menos uma redução, do excessivo ônus que recai sobre a população de baixa renda brasileira.

A primeira alternativa de solução seria a criação de uma alíquota única, que segundo Schiller (2016), apesar de não resolver de forma definitiva a questão da regressividade, é a solução mais fácil de ser implementada, podendo ser efetivada mesmo que a competência da instituição do ICMS permaneça com os estados-

membros. Como o próprio nome diz, sugere-se, nesse caso, a implementação de uma alíquota única para todas as operações que estão sujeitas a incidência de ICMS, caso haja empecilho que possam dificultar essa aplicação, pode haver uma alíquota específica de ICMS para as operações relativas ao consumo de energia em todo o país, visto que há grandes alterações de alíquotas quando analisado alguns diferentes estados.

Outro meio de solução seria a criação de um sistema de restituição, entretanto, essa possível solução exigiria maior boa vontade do ente competente para a instituição e cobrança do imposto, contudo, essa seria a melhor solução em longo prazo.

Segundo o entendimento de Schiller (2016), já existe um mecanismo similar no Estado de São Paulo, o programa de Nota Fiscal Paulista, esse sistema devolve até 20% do ICMS efetivamente recolhido pelo estabelecimento e seus consumidores. Ele é um incentivo para que os cidadãos que adquirem mercadorias exijam do estabelecimento comercial o documento fiscal. Os consumidores que fornecem o seu CPF ou CNPJ no momento da compra poderão escolher como receber os créditos e ainda concorrerão a prêmios em dinheiro.

REFERÊNCIAS

Adam. Riqueza das Nações. Vol. 2. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

AMARO, Luciano. Direito tributário brasileiro. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. 4ª ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. (Os pensadores; v. 2) Disponível em: <http://portalgens.com.br/portal/imagens/stories/pdf/aristoteles_etica_a_nicomaco_poetica.pdf>. Acesso em: 08 de Nov 2019.

BALEEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro. 11. Ed. Atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2007)

BARRETO, Pedro. Direito Tributário. Disponível em: <<http://files.nosso-direitoab0.webnode.com/200000062-252f5281bd/DICAS%20FINAIS%20EXAME%20OAB%20-%20SUPER%20PB.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2019.

BECKER, Alfredo Augusto. Teoria Geral do Directo Tributário. 3ª ed. São Paulo: Lejus, 1998. apud KARKACHE, Sergio. A Aplicação Do Princípio Da Capacidade Contributiva às Pessoas Jurídicas no Brasil. Revista Virtual da AGU, Brasília, v. 8, nº

77, junho de 2008. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/521925>>. Acesso em: 12 nov. 2019.

BRASIL. Constituição (1824). Constituição Política do Imperio do Brazil. Rio de Janeiro, RJ, 22 de abril de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao2_4.htm>. Acesso em: 30 out. 2019.

_____. Constituição (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, RJ, 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao4_6.htm>. Acesso em: 30 out 2019.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 28 out. 2019.

_____. IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/portal/>>. Acesso em 30 out. 2019.

_____. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm>. Acesso em 28 out. 2019.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em 28 out. 2019.

BRITTO, Benner Roberto Ranzan de. Princípio da Seletividade Aplicado ao ICMS Incidente Sobre Energia Elétrica. Disponível em: <<https://www.ibet.com.br/wp-content/uploads/2017/07/BENNER-ROBERTO-RANZAN-DE-BRITTO.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2019.

CARRAZA, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 20 ed. Malheiros: São Paulo, 2004.

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. 4-5p.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de Direito Tributário Brasileiro. 12ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

HOLANDA, Ana Neyle Olímpio. O Princípio da Capacidade Contributiva na Constituição Federal de 1988. Tributação em Revistas, Brasília, v. 25, p.17-30, julho/agosto/setembro de 1988. P.18.

JUANO, Manoel de. Tributación sobre El valor agragado. Buenos Aires: Victor P. Zavalia, 1975, apud MEIRELLES, José Ricardo. Impostos indiretos no MERCOSUL e integração. São Paulo: Ltr, 2000. Pp.47-8.

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. A tributação da energia elétrica e a seletividade do ICMS. Revista Dialética de Direito Tributário 62/73, nov. 2000.

MAGNA Carta. Inglaterra, 1215. Disponível em: <<http://www.constitution.org/eng/magnacar.thm>>. Acesso em 22 nov. 2019.

MEIRELLES, José Ricardo. O princípio da capacidade contributiva. Revista de Informação Legislativa, v. 34, nº 136. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/315>>. Acesso em: 11 nov. 2019.

MELO, José Eduardo Soares de. ICMS: Teoria e Prática. 11ª ed. São Paulo: Dialética, 2009.

PAULSEN, Leandro. Curso de direito tributário: completo. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PINTO, Robson Flores. A Competência Tributária do Distrito Federal na Constituição. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista5/5rev9.htm>>. Acesso em: 01 nov. 2019.

SANTANA, Irailson Calado (Org.). Carga Tributária no Brasil – 2014: Análise por Tributo e Bases de Incidência. Receita Federal, Centro de Estudos Tributários e Aduaneiros, Brasília, outubro de 2015. Disponível em: <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/29-10-2015-carga-tributaria-2014>>. Acesso em: 12 nov. 2019.

SCHILLER, Beatriz Silva. Uma análise crítica do princípio da seletividade do ICMS. Disponível em: <<http://bit.ly/2DhxaVV>>. Acesso em 4 nov. 2019.

SÓLON. Biografia de Sólon. Só Biografias, 2001. Disponível em: <<http://www.dec.ufcg.edu.br/biografias/solon000.html>>. Acesso em: 01 nov. 2019.

TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. Justiça Fiscal e Princípio da Capacidade Contributiva. São Paulo: Malheiros, 2002, 31p.

TORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito Financeiro e Tributário. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

CONSIDERAÇÕES ACERCA DO BENEFÍCIO CONSTITUCIONAL DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA AOS LIVROS DIGITAIS À LUZ DO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Tainá Suziam Santana Ribeiro
José Gomes de Lima Neto

RESUMO: O presente artigo teve por intuito propor uma análise acerca do instituto da imunidade tributária, delimitando como objetivo específico, tecer considerações acerca da mais recente decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em face da imunidade dos livros digitais (RE n. 330.817). Vale frisar que a temática ora debatida foi alvo de grande divergência e posicionamentos conflitantes, uma vez que os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça por muitos anos vinham enfrentando essa questão e tendiam a ampliar a imunidade cultural aos livros, jornais e periódicos digitais. No entanto, apesar de existir o reconhecimento jurisprudencial, o assunto não estava efetivamente pacificado, o que acaba gerando insegurança jurídica. Nesse cenário, o Plenário do Supremo Tribunal Federal pacificou, em março de 2017, o entendimento no qual os livros eletrônicos também possuem imunidade tributária. Conclui-se que o principal ganho com o julgamento definitivo é a segurança jurídica para as empresas do setor, uma vez que estas poderão aumentar seus investimentos.. No que concerne ao percurso metodológico, para realizar esta pesquisa, foram utilizadas doutrinas, jurisprudências e artigos que corroboraram para fundamentar teoricamente o referido estudo.

Palavras-chave: Tributos. Poder de Tributar. Imunidades Tributárias. Livros Digitais.

ABSTRACT: The purpose of this article was to propose an analysis about the institute of tax immunity, delimiting as a specific objective, to make considerations about the most recent decision issued by the Supreme Federal Court in view of the immunity of digital books (RE n. 330.817). It is worth noting that the theme discussed here was the subject of great divergence and conflicting positions, since the Regional Federal Courts and Courts of Justice had been facing this issue for many years and tended to increase cultural immunity to books, newspapers and digital periodicals. However, despite the jurisprudential recognition, the matter was not effectively pacified, which ends up generating legal uncertainty. In this scenario, the Plenary of the Supreme Federal Court pacified, in March 2017, the understanding in which electronic books also have tax immunity. It is concluded that the main gain with the final judgment is legal certainty for companies in the sector, since they may increase their investments. .Regarding the methodological path, to carry out this research, doctrines, jurisprudence and articles that corroborated to theoretically base the referred study were used.

Keywords: Tributes. Taxing Power. Tax Immunities. Digital Books.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 estabelece imunidade tributária aos livros, jornais e periódicos, assim como ao papel destinado à sua impressão, com a finalidade precípua de fomentar a cultura e a leitura, visando ainda, coibir que o

Estado exerça seu poder de tributar almejando inviabilizar a divulgação de publicações que sejam contrárias ao seu interesse.

Havia, contudo, controvérsias em torno da imunidade atribuída aos livros digitais, gerando questionamento se, afinal, estes seriam abrangidos pelo instituto. Para dirimir tal ponto discordante e de nítida divergência, o Supremo Tribunal Federal decidiu o assunto, o qual foi tema de repercussão geral, inaugurando, com isso, uma nova fase para o mercado editorial.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal pacificou, em março de 2017, o entendimento no qual os livros eletrônicos também possuem imunidade tributária. Os ministros da Corte Maior analisaram dois recursos extraordinários com Repercussão Geral sobre o assunto.

Ao final do julgado, restou decidido que os e-books devem ter a mesma imunidade tributária de que gozam os livros em papel, definida no artigo 150, inciso VI, alínea "d", da Constituição Federal de 1988. O mesmo entendimento foi aplicado para o suporte do conteúdo digital.

Com base no exposto, o presente artigo teve por intuito propor uma análise acerca do instituto da imunidade tributária, delimitando como objetivo específico, tecer considerações acerca da mais recente decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em face da imunidade dos livros digitais (RE n. 330.817).

Para concretizar esta pesquisa, foram utilizadas doutrinas dos mais proeminentes estudiosos do Direito Tributário, bem como foram colacionadas jurisprudências e artigos que corroboraram para fundamentar teoricamente o estudo em questão.

Visando alcançar o objetivo estabelecido inicialmente, a referida pesquisa adota como ponto de partida a análise da própria Constituição Federal da República, mais precisamente em seu artigo 150, inciso VI, trazendo, na última seção do estudo, uma análise em torno das modalidades de imunidades, para posteriormente abordar a aplicação do instituto aos livros digitais.

A relevância do estudo reside no fato de que apesar de a Constituição de 1988 prever um rol taxativo e aparentemente claro das hipóteses de não incidência tributária pelos entes da federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), há situações polêmicas nas quais emergem questionamentos e dúvidas. Nesse cenário, observou-se, com o avanço da tecnologia e do aprimoramento das

bibliotecas digitais, um aumento na produção de livros, jornais e periódicos eletrônicos, o que resultou em uma insegurança jurídica em torno da atribuição de isenção para os referidos itens.

2 TRIBUTAÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu detalhadamente o sistema tributário brasileiro, o que representa um regime jurídico baseado em princípios e normas que tem por finalidade assegurar aos contribuintes direitos subjetivos a serem respeitados pela Administração Pública na instituição dos tributos.

Sob essa ótica, menciona-se que o Direito Tributário brasileiro encontra-se embasamento no poder imperial do Estado, sendo este distribuído entre as pessoas jurídicas do direito público, compostas pela União, Estados membros, Municípios e o Distrito Federal.

Todos representam entes autônomos e independentes entre si, submetidos às regras constitucionais para exercer o poder para cobrar e exigir tributos. Trata-se de um direito obrigacional baseado na coercibilidade em caso de não cumprimento voluntário da obrigação tributária.

Sob tal prisma, Amaro (2019) ratifica que o Estado Democrático Fiscal reflete a manifestação no âmbito financeiro do Estado Democrático de Direito, inaugurado com o advento da Constituição Federal de 1988. O legislador originário pormenorizou na Carta Cidadã o sistema tributário nacional, sendo este um regime jurídico lastreado por princípios e leis, que tem por finalidade assegurar aos contribuintes direitos subjetivos que devem ser respeitados pela Administração Pública na instituição dos tributos.

Com base no exposto, a presente seção do estudo foi elaborada visando trazer uma visão geral acerca do tributo, conceituando e classificando-os, abordando ainda aspectos relacionados ao poder de tributar e suas limitações, sendo tais pontos essenciais para a compreensão do tema ora discutido. Para tanto, teve-se por fulcro a própria Constituição Federal de 1988, bem como o Código Tributário Nacional promulgado em 1966.

2.1 PODER DE TRIBUTAR DO ESTADO: CONSIDERAÇÕES PERTINENTES

A Constituição Federal de 1988 outorga competência aos entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) para instituir tributos, sendo o imposto a mais popular espécie de tributo e a que mais influencia o cotidiano dos contribuintes (CARRAZA, 2019).

Em síntese, conforme define Machado (2019), o poder de tributar é a atribuição legalmente conferida ao Estado, em caráter de exclusividade, para criar, aumentar, diminuir ou extinguir tributos, de forma a arrecadar recursos para a consecução de suas finalidades.

O mesmo autor pontua que a União poderá instituir impostos extraordinários, em caso de guerra externa ou sua iminência, e impostos residuais, desde que sejam criados através de lei complementar, que não sejam cumulativos e que não tenham fato gerador ou base de cálculo própria de quaisquer dos impostos já previstos na Constituição Federal de 1988.

Por sua vez, em se tratando da atividade arrecadatória estatal, esta pode ser conceituada como sendo —o complexo de ações do Estado visando angariar receitas para suprir os gastos públicos a fim de satisfazer as necessidades da população (AMARO, 2019, p. 124).

É ponto pacífico que os objetivos políticos, sociais econômicos de um Estado apenas poderão ser alcançados por meio da arrecadação de receitas públicas, ou seja, pela arrecadação de tributos (impostos, taxas, contribuições, empréstimos compulsórios e contribuições de melhoria), os quais constituem o principal ponto da receita.

A Carta Ápice, em seu art. 150, estabeleceu algumas vedações ao legislador infraconstitucional, quais sejam as imunidades tributárias genéricas. No texto constitucional, encontram-se regras de imunidade sob as mais variadas expressões, por exemplo: —são isentas — art. 195, § 7º, e art. 184, § 5º; —não incidirá — art. 153, § 3º, III; —é vedado instituir impostos sobre — art. 150, VI; —sujeita-se exclusivamente à incidência do imposto — art. 153, § 5º (BRASIL, 1988). Acerca das limitações impostas ao poder de tributar exercido pelo Estado, atesta Luciano Amaro (2019, p. 127-129):

Essa outorga de competência tributária, obviamente, não é sem fronteiras. Além de buscar uma demarcação tanto quanto possível nítida das áreas de atuação

de cada ente político, com a partilha da competência tributária, a Constituição fixa vários balizamentos, que resguardam valores por ela reputados relevantes, com atenção especial para os direitos e garantias individuais. O conjunto dos princípios e normas que disciplinam esses balizamentos da competência tributária corresponde às chamadas limitações ao poder de tributar. [...] [...] as chamadas —limitações ao poder de tributar— integram o conjunto de traços que demarcam o campo, o modo, a forma e a intensidade da atuação do poder de tributar (ou seja, do poder, que emana da Constituição, de os entes políticos criarem tributos).

A Constituição estabelece premissas almejando resguardar os direitos e garantias do cidadão, evitando que este seja alvo de abusos de poder cometidos pelas autoridades do Estado. Essas situações ocorreram com notória frequência na época do Brasil Colônia, onde que os coletores de tributos exerciam um poder arbitrário, uma vez que a ideia dominante em tal época era saquear o país e enriquecer cada vez mais a Coroa Portuguesa.

Entretanto, tal fase não foi completamente superada, atualmente ainda são verificados resquícios dessa mentalidade espoliadora no inconsciente daqueles que exercem autoridade, nesse sentido, justifica-se o cuidado dos legisladores constituintes em buscar preservar garantias mínimas para o cidadão em detrimento do Estado.

Sob esse prisma, Carrazza (2019) pontifica que as pessoas políticas somente poderão criar tributos caso estes estejam em conformidade com os respectivos princípios constitucionais, respeitando a existência de regras positivas (que autorizam tributar) e negativas (que traçam os limites materiais e formais da tributação).

Portanto, a cobrança deve ser realizada conforme comina a lei, não comportando discricionariedade do administrador público. Trata-se do princípio da legalidade tributária, previsto no artigo 150, inciso I, da Carta Maior. No que diz respeito as imunidade, conforme ensina José Wilson Ferreira Sobrinho (1991 apud CARRAZZA, 2019, p. 750):

A norma imunizante não tem apenas a função de delinear a competência tributária, senão a que também outorga ao imune o direito público subjetivo de não sofrer a ação tributária do Estado. A norma imunizante, portanto, tem o duplo papel de fixar a competência tributária e de conferir ao seu destinatário um direito público subjetivo, razão que permite sua caracterização, no que diz com a outorga de um direito subjetivo, como norma jurídica atributiva, por conferir ao imune o direito referido.

A maioria das imunidades e princípios contidos na Carta de 1988 possui a finalidade de assegurar a limitação ao poder de tributar, evidenciando os direitos e garantias individuais como a legalidade, irretroatividade, igualdade, generalidade e capacidade econômica de contribuir.

Em linhas didáticas, Machado (2019, grifo nosso) diferencia os 3 (três) institutos que configuram as formas de limitação ao poder de tributar do Estado da seguinte forma: Isenção é exceção feita por lei à regra jurídica de tributação; Não incidência é a situação em que a regra jurídica de tributação não incide porque não se realiza a sua hipótese de incidência, ou, em outras palavras, não se configura o seu suporte fático e Imunidade é o obstáculo criada por uma norma da Constituição que impede a incidência de lei ordinária de tributação sobre determinado fato, ou em detrimento de determinada pessoa, ou categoria de pessoas.

Carrazza (2019) assinala que as normas constitucionais que versam sobre as imunidades tributárias possuem eficácia plena e aplicabilidade imediata, sendo assim, produzem todos os efeitos, independentemente da edição de normas hierarquicamente inferiores (leis, decretos, portarias, atos administrativos etc.) que as explicitem.

O Supremo Tribunal Federal, que por muito tempo sustentou o entendimento de que as imunidades representavam hipótese de não incidência constitucionalmente qualificada, alternou sua jurisprudência ao não permitir a revogação da imunidade através de emenda constitucional, ratificando a natureza de direito fundamental da imunidade (ADI 939-7).

Em seu turno, a isenção, bem como a imunidade, também é oriunda de princípios e garantias constitucionais (mesmo se considerando que as isenções não estão previstas na Constituição). —Pode-se elencar, por exemplo, o respeito ao princípio da capacidade contributiva, a proteção aos idosos e à família, fomento da cultura e da educação etc. Todos estes abarcados pelo princípio da igualdade (CARRAZZA, 2019, p. 906).

Acerca da natureza da isenção, afirma Alexandrino (2019) na ocorrência de uma isenção, há a competência para editar uma lei tributária que incida sobre o ato ou fato isento. Uma vez editada essa lei, o ato ou fato passa a ser hipótese de incidência de tributo.

Ocorre que outra lei (ou a mesma) exclui a possibilidade de ser efetuado o lançamento tributário em relação àquele ato ou fato. Pela lógica do CTN, que é adotada também pelo STF, quando há uma isenção, ocorre o fato gerador e surge a obrigação tributária, porém, a obrigação não se torna exigível, tendo em vista que a fazenda é impedida de constituir o crédito tributário pelo lançamento, que fica excluído.

Sob a ótica de Edgard Neves da Silva (2008 apud MARTINS, 2019, p. 312) —[...] não deve ser concedida isenção a determinada pessoa, mas, sim, por igualdade e interesse geral, a todas aquelas que preencherem os requisitos e condições legais. Levando em consideração que a regra básica da tributação está calcada na universalidade, ou seja, todos devem pagar tributos, caso ocorra a desoneração de alguns tributos pela isenção, entendem a doutrina e a lei brasileira expressamente – CTN, art. 111 – que, ao interpretar a norma isentiva, deve o intérprete fazê-lo literalmente, isto é, de forma restritiva, para que o menor número possível de pessoas se exclua da obrigatoriedade de contribuir para o Estado em suas despesas.

Dentre as várias doutrinas que procuram explicar a isenção, apontam-se duas que tratam da isenção como figura jurídico tributária. Para uma das correntes, adotada pelo Direito Positivo brasileiro, Código Tributário Nacional (CTN), a isenção tem como natureza jurídica a dispensa legal do pagamento do tributo, regrada no capítulo da exclusão do crédito tributário (MARTINS, 2019).

Para os seguidores dessa teoria, necessariamente deve haver a incidência para ocorrer a isenção, isto é, nasce a obrigação tributária, mas, por consequência da norma isencional, ela não se completa, tornando-se inexigível por estar o sujeito ativo da obrigação proibido de constituir o correspondente.

Por sua vez, a segunda corrente, tendo como defensor que melhor a explica José Souto Maior Borges, entende que a isenção é juridicamente uma não incidência legalmente qualificada, assim, em ocorrendo a revogação, a tributação somente voltará a gerar o crédito consequente após o exercício, pelo princípio constitucional da anterioridade, entendendo-se que teríamos uma nova incidência (SILVA, 2010 apud MARTINS, 2019).

Fabretti (2019) esclarece que a isenção é responsabilidade do legislador, uma ordem à administração pública pela qual não se deve cobrar tributos em

determinada situação. O autor em comento explica que a imunidade está fixada na CF e impede qualquer alteração por um legislador comum. Fabretti (2019, p. 159) informa ainda que: —[...] a imunidade refere-se apenas aos impostos. Não há imunidade de taxas ou contribuições.

Em arremate a presente seção do estudo, segundo Carrazza (2019) as isenções tributárias podem ser concedidas: a) por lei ordinária; b) por lei complementar; c) por tratado internacional, devidamente aprovado, ratificado e promulgado; e d) por decreto legislativo estadual ou do Distrito Federal, em matéria de ICMS.

2.2 CONCEITUAÇÃO JURÍDICO-LEGAL DE TRIBUTOS

A conceituação jurídico-legal de tributos está inserida no art. 3º do Código Tributário Nacional – CTN. Estabelece o dispositivo legal que este se trata da prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada (BRASIL, 1966).

Portanto, infere-se que o tributo é uma obrigação decorrente precipuamente da lei, onde o Estado, exercendo o poder de tributar, manifesta sua soberania. Dessa forma, a Carta Maior de 1988, em seus artigos 153 a 156, atribui a competência tributária às seguintes pessoas políticas: União; Estados-membros; Municípios; e Distrito Federal.

Ressalta-se nestas explanações preliminares, que o tributo não se trata de penalidade decorrente da prática de ato ilícito, tendo em vista que o fato descrito pela lei o qual fundamenta o direito de arrecadar o tributo (hipótese de incidência) será sempre algo lícito, tendo por pressupostos a capacidade econômica, bem como contributiva.

O posicionamento exposto acima está em consonância com os ensinamentos de Carvalho (2019), o qual estabelece que toda prestação pecuniária que tenha como sujeito ativo o Estado e sujeito passivo uma pessoa física ou jurídica, que não configure ato volitivo e que não seja sanção pela prática de ato ilícito, é tributo. Nas palavras do referido autor:

[...] tributo na sua configuração estática, é a endonorma que apresenta como hipótese um conjunto de critérios para identificação de fatos da realidade física que não acordo de vontade considerados, em si mesmos, e,

como consequência, um conjunto de critérios que nos permite identificar uma relação jurídica que se instaura entre o Estado (por via de regra), na qualidade de sujeito ativo e alguma pessoa física ou jurídica na condição de sujeito passivo, mediante a qual haverá o primeiro o direito subjetivo público de exigir da segunda o cumprimento de dever jurídico consubstanciado numa prestação pecuniária (CARVALHO, 2019, p. 99).

Baleeiro (2019) assinala que os tributos constituem a receita da União, Estados e Municípios, abrangendo estes impostos, taxas, contribuições e empréstimos compulsórios. Eles podem ser diretos ou indiretos. No primeiro caso, são os contribuintes que devem arcar com a contribuição, como ocorre com o Imposto de Renda. Já os indiretos incidem sobre o preço das mercadorias e serviços.

2.3 CLASSIFICAÇÃO DOS TRIBUTOS E ESPÉCIES TRIBUTÁRIAS

Concernente as correntes teóricas que apontam as espécies dos tributos, estas se fundamentam em normas jurídicas tributárias estabelecidas na Constituição Federal de 1988, tendo sofrido várias alterações ao longo do tempo. Em um primeiro momento, adotou-se a classificação —bipartidell, dividida em impostos e taxas.

Posteriormente, emergiu a classificação —tripartidell, a qual passou a apontar a existência de três espécies de tributo, a saber: impostos, taxas e contribuições, e a teoria —quadripartidell a qual identificava quatro espécies tributárias: Impostos, as Taxas, as Contribuições (de Melhoria e Especiais) e os Empréstimos compulsórios.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, já assentou que a classificação acolhida pelo constituinte foi a —quinqüipartidell, de acordo com a qual o gênero tributo encontra cinco espécies, ou seja, impostos (artigo 145 da CF); taxas (artigo 145 da CF); contribuições de melhoria (artigo 145 da CF); empréstimos compulsórios (artigo 148 da CF) e contribuições especiais (artigo 149 da CF).

Sendo assim, compreende-se que os empréstimos compulsórios, assim como as contribuições se configuram em espécies tributárias chamadas autônomas, as quais ostentam natureza jurídica própria que as distingue dos impostos, taxas e contribuições de melhoria (BALEEIRO, 2019).

A respeito da classificação dos tributos, estes ainda podem ser divididos em: Reais: cobrados com observância aos aspectos objetivos do bem tributado; Pessoais: cobrados com observância aos aspectos pessoais do contribuinte,

portanto, tributa-se de acordo com sua capacidade econômica (Imposto de Renda das pessoas físicas e jurídicas), em decorrência do disposto no §1º do artigo 145 da CF:

Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte (BRASIL, 1988).

Podem os tributos serem Diretos: quando o ônus recai sobre a pessoa do contribuinte, como no imposto de renda; Indiretos: no qual o contribuinte de direito tem a faculdade de repassar o ônus da tributação a um terceiro, o contribuinte de fato; Fiscais: que tem finalidade arrecadatória, instituídos para produzir receita; Extrafiscais: usados principalmente como instrumentos de intervenção estatal na economia, embora também produzam receita; Parafiscais: quando a lei atribui a disponibilidade dos recursos arrecadados à pessoa jurídica diversa daquela que institui o tributo; Vinculados: onde a cobrança depende de atividade específica ao contribuinte; Não vinculados: no qual a cobrança independe de atividade específica ao contribuinte; De arrecadação vinculada: os recursos somente podem ser utilizados em atividades determinadas; De arrecadação não vinculada: recursos que podem ser utilizados em qualquer despesa (MASINA, 2019).

Os tributos formam o Sistema Constitucional Tributário do país, sistema ao qual Geraldo Ataliba (1966 apud MASINA, 2019, p. 19) se refere em tais termos: —Em matéria tributária tudo foi feito pelo constituinte, que afeiçoou integralmente o sistema, entregando-o pronto e acabado ao legislador ordinário, a quem cabe somente obedecê-lo, em nada podendo contribuir para plasmá-lo. Acerca de tal assunto, expõem-se o seguinte entendimento do Ministro Carlos Velloso:

Os tributos, nas suas diversas espécies, compõem o Sistema Constitucional Tributário brasileiro, que a Constituição inscreve nos seus arts. 145 a 162. Tributo, sabemos todos, encontra definição no art. 3º do CTN, definição que se resume, em termos jurídicos, no constituir ele uma obrigação que a lei impõe às pessoas, de entrega de certa importância em dinheiro ao Estado. As obrigações são voluntárias ou legais. As primeiras decorrem da vontade das partes, assim, do contrato; as legais resultam da lei, por isso são denominadas obrigações ex lege e podem ser encontradas tanto no direito público quanto no direito privado. A obrigação tributária, obrigação ex lege, a mais importante do direito público, nasce de um fato qualquer da vida concreta, que antes havia sido qualificado pela lei como apto a determinar

o seu nascimento. (Geraldo Ataliba, 'Hermenêutica e Sistema Constitucional Tributário', in 'Diritto e pratica tributaria', volume L, Padova, Cedam, 1979). As diversas espécies tributárias, determinadas pela hipótese de incidência ou pelo fato gerador da respectiva obrigação, CTN, art. 4º, são a. os impostos (CF, art. 145, I, arts. 153, 154, 155 e 156), b. as taxas (CF, art. 145, II), c. as contribuições, que são c. I) de melhoria (CF, art. 145, III), c.2) sociais (CF, art. 149), que, por sua vez, podem ser c.2.1) de seguridade social (CF, art. 195, CF, 195, § 4º) e c.2.2) salário educação (CF, art. 212, § 5º) e c.3) especiais: c.3.1.) de intervenção no domínio econômico (CF, art. 149) e c.3.2) de interesse de categorias profissionais ou econômicas (CF, art. 149). Constitui, ainda, espécie tributária, d) os empréstimos compulsórios (CF, art. 148). (ADI 447, Rel. Min. Octavio Gallotti, voto do Min. Carlos Velloso, julgamento em 5-6-1991, Plenário, DJ de 5-3- 1993).

No Brasil, os tributos podem ter 3 (três) funções, quais sejam: Fiscal: Quando tem como objetivo a arrecadação de recursos financeiros para o Estado; Extrafiscal: Quando o objetivo é interferir no domínio econômico, buscando regular determinados setores da economia e Parafiscal: Quando ocorre a delegação, pela pessoa política (União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios), mediante lei, da capacidade tributária ativa à terceira pessoa (de direito público ou privado), de forma que esta arrecade o tributo, fiscalize sua exigência e utilize-se dos recursos auferidos para a consecução de seus fins (MACHADO, 2019).

Em síntese, no capítulo I, do título VI, da Constituição Federal de 1988, encontra-se prescrita toda a regulação do sistema constitucional tributário. Em face disso, é possível afirmar que o sistema constitucional tributário representa um subsistema, o qual regula aspectos relacionados a imposição tributária pelo Estado, dos poderes exercidos por este na esfera tributária e das garantias dos contribuintes perante estes poderes.

2.4 DAS ESPÉCIES TRIBUTÁRIAS E SUAS ESPECIFICIDADES

De acordo com a Constituição Federal de 1988, em seu art. 145, caberá a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituir os seguintes tributos: impostos, taxas e contribuição de melhoria. Ao analisar com maior atenção os artigos 145, 148 e 149 da Lei Maior, observa-se que as espécies tributárias são cinco: o imposto, taxa, contribuição de melhoria (art. 145), empréstimo compulsório (art. 148) e as contribuições especiais (art. 149 e 149-A).

Sob essa ótica, Bastos (2012, p. 112) ensina que art. 145 prevê os impostos, as taxas e a contribuição de melhoria, dando a entender até que seriam os únicos, posto que acaba por não enumerar as demais espécies tributárias. Porém, os artigos 148 e 149 contemplam tal rol, trazendo, respectivamente, os empréstimos compulsórios e as contribuições sociais de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas. Existem, portanto, cinco modalidades tributárias contempladas na Constituição.

Acerca dos impostos, a União poderá instituir impostos extraordinários, em caso de guerra externa ou de sua iminência; e impostos residuais, desde que sejam criados através de Lei Complementar, que não sejam cumulativos e que não tenham fato gerador ou base de cálculo própria de quaisquer dos impostos já previstos na Constituição Federal.

Carrazza (2019) afirma que o imposto pode ser definido como uma modalidade de tributo que tem por hipótese de incidência um fato qualquer, não consistente numa atuação estatal. O imposto pode ser denominado por tributo não vinculado. —Não vinculado a quê? Não vinculado a uma atuação estatal. Os impostos são, pois, prestações pecuniárias desvinculadas de qualquer relação de troca e utilidade (CARRAZZA, 2019, p. 538).

Estabelece o Código Tributário Nacional (CTN), em seu art. 16 que —imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte (BRASIL, 1966). Isto posto, Carrazza (2019) considera imposto um tributo de caráter genérico que independe de qualquer atividade ou serviço do poder público em relação ao contribuinte.

Por sua vez, prevista no art. 145 da Constituição Federal, a contribuição de melhoria é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação que representa um benefício especial auferido pelo contribuinte. Seu fim se destina às necessidades do serviço ou à atividade estatal (BRASIL, 1988). Em complemento, Machado (2019, p. 65) afirma que esta —caracteriza-se por ter seu fato gerador instantâneo e único.

A contribuição de melhoria, previsto no art. 81 do CTN é o tributo cobrado pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, para fazer face ao custo de obras públicas de que

decorra a valorização imobiliária, tendo como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado.

Ataliba (2016) define a contribuição de melhoria como instrumento puro e simples de realização do princípio constitucional e legal que atribuída ao poder público por valorização imobiliária gerada por obras públicas. De acordo com Hugo de Brito Machado (2019, p. 67) a contribuição de melhoria distingue-se do imposto pela atividade estatal específica (obra pública), e da taxa pela prestação da atividade que não é o exercício do poder de polícia e nem a prestação de um serviço público. Por sua vez, no que tange ao empréstimo compulsório, este tipo de tributo encontra-se regulado no art. 148 da Constituição Federal e também, no que for cabível, no art. 15 do CTN.

Somente a União, nos seguintes casos excepcionais, pode instituir empréstimos compulsórios:

- I - guerra externa, ou sua iminência;
- II - calamidade pública que exija auxílio federal impossível de atender com os recursos orçamentários disponíveis;
- III - conjuntura que exija a absorção temporária de poder aquisitivo (BRASIL, 1966).

Machado (2019) afirma que o empréstimo compulsório é originário, obrigatoriamente, por uma lei complementar, cobrado em casos excepcionais quando utilizado para cobrir as despesas que foram necessárias na recuperação e/ou reconstrução do que foi perdido e/ou destruído.

O autor supracitado complementa que o empréstimo compulsório apenas poderá ser criado mediante situações específicas (guerra externa ou sua iminência e calamidade pública, ou investimento público de caráter relevante), e a aplicação dos recursos provenientes de sua arrecadação é vinculada às despesas correspondente, que justificara sua instituição. Trata-se de exceção, prevista em norma de superior hierarquia (MACHADO, 2019).

Por fim, descreve-se que as contribuições especiais estão divididas em: contribuições sociais, Contribuição de Intervenção de Domínio Econômico (CIDE), contribuição de interesse das categorias profissionais ou econômicas e para o Custeio do Serviço de Iluminação Pública (COSIP).

Machado (2019) aponta que este tipo de tributo foi criado com o intuito de ajudar financeiramente os órgãos previdenciários, assistenciais e das categorias

profissionais, e também servem para custear o poder de controle do Estado junto a um determinado mercado e manter os órgãos de classe, como sindicatos ou conselhos que representam determinada área profissional. Sobre a natureza tributária das contribuições especiais, o autor supracitado aponta que são tributos que podem assumir a feição de impostos ou de taxas.

3 IMUNIDADES TRIBUTÁRIAS: ART. 150, INC. VI, ALÍNEA D DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Etimologicamente, o vocábulo imunidade procede do latim *immunitas*, *immunitate*. Trata-se de palavra que indica negação de *munus* (cargo, função ou encargo), sendo que o prefixo *in* oferece a sua verdadeira conotação (sem encargo, livre de encargos) (MORAES, 2018, p. 105).

Delgado (2018) conceitua a imunidade como sendo uma entidade jurídica tributária consagrada na Constituição Federal de 1988. Ela está, portanto, subordinada aos princípios que norteiam a Magna Carta. Tais princípios, expressos ou tácitos, são mais do que simples normas jurídicas e formam, de modo conjunto, um sistema denominado de ordenamento submetido a uma hierarquia axiológica. Sendo assim, as imunidades tributárias protegem valores sociais e políticos abarcados na Magna Carta, tais como a liberdade de expressão e a difusão de conhecimentos.

A imunidade tributária é uma limitação constitucional ao poder de tributar, vez que está contida de forma expressa pela Constituição Federal. Logo, tal observância, significa dizer que a pessoa ou o bem descrito pela Magna Carta não podem sofrer tributação, pois as imunidades resguardam o equilíbrio federativo, a liberdade política, religiosa, associativa, intelectual, da expressão, da cultura e do desenvolvimento econômico (MARTINS, 2019).

O autor supracitado aduz que não se deve considerar a imunidade tributária como um benefício ou como um favor fiscal, uma renúncia à competência tributária ou um privilégio, mas sim, uma forma de resguardar e garantir os valores da comunidade e do indivíduo.

Imunidade tributária, portanto, trata-se de uma não incidência constitucionalmente qualificada, uma proibição constitucional de tributação. Consiste no impedimento constitucional absoluto à incidência da norma tributária, pois restringe as dimensões do campo tributário dos entes federados. É, sobretudo, um direito e uma garantia fundamental e, assim, Cláusula Pétrea (norma constitucional que não poderá ser revogada/abolida), com supedâneo na inteligência do art. 60, §4º, IV, da CF de 1988 (MORAES, 2018).

A imunidade tratada nesta seção surgiu na Constituição de 1946 (artigo 31, inciso V, alínea "c"), sendo restrita apenas ao papel destinado exclusivamente à impressão de jornais, periódicos e livros. Tal dicção foi mantida com o advento da Emenda Constitucional 18, de 1965. Contudo, a Carta de 1967, além de manter a imunidade do papel destinado à sua impressão, estendeu a regra imunitória aos livros, jornais e periódicos. A Constituição de 1969 manteve a mesma regra. No entanto, a Constituição de 1988 manteve o instituto das imunidades tributárias dos livros, jornais, periódicos e papel destinado a sua impressão no inciso VI, letra "d" do artigo 150.

Sob esse prisma, livros, jornais, periódicos e o papel destinado à impressão são imunes a toda e qualquer espécie de imposto. Com efeito, as imunidades tributárias, por protegerem bens maiores, deveriam ser interpretadas de forma extensiva, incluindo os livros eletrônicos, haja vista que a imunidade estaria em um patamar acima do papel, ou seja, não se encontraria vinculada a este insumo. A Constituição Federal de 1988 assegura o instituto das imunidades tributárias dos livros, jornais, periódicos e papel destinado a sua impressão no inciso VI, alínea D, do artigo 150:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao constituinte, é vedado a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...]
VI – instituir impostos sobre:
[...]
d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão (BRASIL, 1988).

Como se verifica, a imunidade tributária dos —livros, jornais, periódicos e do papel destinado a sua impressão— está embasada em sua finalidade, qual seja, a difusão de informações, de ideias. Nesse sentido, Baleeiro (2019) defende que a Constituição Federal de 1988 alveja duplo objetivo ao estatuir essa imunidade: amparar e estimular a cultura através dos livros, periódicos e jornais; garantir a

liberdade de manifestação do pensamento, o direito de crítica e a propaganda partidária. O mesmo autor pontifica que:

A imunidade tributária, constitucionalmente assegurada aos livros, jornais, periódicos e papel destinado à sua impressão, nada mais é que a forma de viabilização de outros direitos e garantias fundamentais expressos em seu art. 5º, como a livre manifestação do pensamento, a livre manifestação da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença (incisos IV e IX), art. 206, II (a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber), art. 220, §§ 1º e 6º (a proibição da criação de embaraço, por lei, à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social e inexistência de licença de autoridade para a publicação de veículo impresso de comunicação), dentre outros. Mais do que isso, deve ser enfocada como instrumento imprescindível à realização do Estado Democrático de Direito, do qual o pluralismo político, a crítica e a oposição são requisitos essenciais (BALEIRO, 2019, p. 128).

Observa-se que o constituinte originário retirou do âmbito da competência tributária da União, Estados, Distrito Federal e Municípios determinados bens, em relação aos quais não se permite a instituição de impostos. Ou seja, o constituinte não objetivou conferir um benefício a editoras ou a empresas jornalísticas, mas sim imunizar o bem utilizado como veículo do pensamento, da informação, da cultura e do conhecimento.

Vale frisar que a "reunião de folhas impressas, ligadas entre si, e protegidas por duas capas externas" poderá ser entendida como livro, para efeito da imunidade prevista no artigo 150, VI, "D", quando essa se prestar à transmissão de ideias e, igualmente, tender ao fomento da informação, da cultura ou da educação (DELGADO, 2018).

Sob esse prisma, Machado (2019) assinala que a imunidade dos livros tem conteúdo finalístico, possuindo como meta a redução do custo do produto, fornecendo a veiculação de informações, do ensino, da educação e da cultura. Por isso, está destinada, em primeiro lugar, a beneficiar o consumidor que sofrerá, finalmente, pelo mecanismo dos preços, transferência do encargo financeiro dos impostos incidentes sobre a produção e a comercialização do papel, do livro, dos jornais e periódicos.

Posto isto, trata-se de uma imunidade objetiva, ou seja, de efeitos erga omnes. Na qual proíbe a União, Estados, Distrito Federal e Municípios de instituírem impostos sobre os compilados no respectivo artigo, excluindo da incidência de

impostos somente os bens e produtos a que se refere, quais sejam os livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão.

Vale frisar, conforme ensina Baleeiro (2019) que a imunidade sobre o papel, os livros, os jornais e os periódicos é considerada objetiva, no sentido de que alcança somente os impostos incidentes sobre a importação, a produção industrial e a circulação de mercadorias (II, IPI, ICMS), mas não os impostos incidentes sobre a renda e o patrimônio, os quais devem ser pessoais. Sendo assim,

[...] Graças ao disposto no art. 150, VI, —dII, da Constituição Federal, a importação de livros, jornais, periódicos e papel de imprensa está imune à tributação por via de impostos sobre a importação, de ICMS e de IPI; sua exportação, de impostos sobre a exportação, de ICMS e de IPI; sua comercialização, dentro do País, de IPI e de ICMS (BALEIRO, 2019, p. 132).

A consagração desta imunidade, de acordo com a Suprema Corte, tem por finalidade a garantia e efetivação da livre manifestação do pensamento, da cultura e da produção cultural, científica e artística, sem possibilidade de criação de empecilhos econômicos, via tributação, por parte do Estado, capazes de inibir a produção material e intelectual de livros, jornais e periódicos (STF, RE 206.169/SP, 1998).

Frise-se ainda que o Supremo Tribunal Federal classificou no rol das imunidades os jornais e livros e as declarou insuscetíveis de alteração por Emenda Constitucional, considerando-as norma imunizante. De acordo com Roque Carrazza (2019, p. 125) o sentido dessa imunidade tributária é —dar meios materiais para que as pessoas possam divulgar suas ideias.

Em arremate, compreende-se que o escopo das imunidades tributárias está atrelado a conceitos de natureza política e social de determinada sociedade em dado momento histórico, com o intuito de assegurar liberdades individuais previstas na própria Constituição Federal de 1988 por meio da exoneração de tributos para não mitigar a existência de direitos relevantes.

3.1 IMUNIDADE TRIBUTÁRIA E LIVROS DIGITAIS: ASPECTOS JURÍDICO- DOUTRINÁRIOS

O avanço tecnológico favoreceu setores produtivos, auxiliou na diminuição dos impactos ambientais e interligou o homem globalmente. Contudo, surgem dúvidas se a Constituição Federal de 1988 acompanha este desenvolvimento, mormente no que tange ao art. 150, inc. VI, alínea —dII, da CF de 88, que prevê a imunidade para livros, jornais e periódicos e o papel utilizado na impressão destes.

A dúvida ocorre justamente pelo surgimento dos chamados ebooks — os livros digitais —, perguntando os interpretes da Lei maior se a benesse conferida para os livros deve atingir também estas mídias eletrônicas, ou devem se restringir ao formato impresso e em papel.

A Constituição Federal – que entrou em vigor no ano de 1988 – foi elaborada de acordo com a realidade e os valores de uma época na qual as mídias digitais e circulação eletrônica de conteúdo editorial ainda eram incipientes ou inexistentes, pelo menos no Brasil.

Na época da criação da Carta Maior, não havia livros em formato digital no mercado literário brasileiro. Porém, no cenário contemporâneo os livros são comercializados tanto na forma física (em papel) como na forma CD-ROM e, sobretudo, na forma de livros digitais distribuídos via Internet.

Colnago (2011) esclarece que os livros eletrônicos decorrem da combinação de um conteúdo (manifestação virtual do tradicional livro impresso, em outras palavras, uma mensagem a ser transmitida), com um dispositivo eletrônico (hardware na forma de computador, e-readers, tablets, etc) e um aplicativo com funcionalidade de emular a possibilidade de leitura de um livro (software).

Corroborando com o exposto, Medina et. al., (2016) assinalam que o livro eletrônico não deixa de ser uma obra cuja criação foi totalmente intelectual, buscando, da mesma forma que no livro impresso, a difusão do conhecimento e apresentando, inclusive, as mesmas consequências jurídicas.

No mesmo sentido, Carpinetti e Santos (2016, p. 19) destacam trecho do voto da relatora Maria Leonor Leite Vieira proferido no julgamento do processo DRT-12-0808/2000, no sentido de que, para o nosso ordenamento, o que interessa é que —livro é meio de propagação de conhecimento qualquer que seja o meio através do qual isso é feito

Harada (2018) defende o posicionamento de que a tecnologia na área da informática provocou a ampliação do conceito de livro – o que antes era

necessariamente físico, atualmente é possível ter existência virtual em meios eletrônicos. Aduz que o aspecto (físico ou virtual) não se sobrepõe ao objeto em si que, no caso dos livros, é transmitir e conservar informações. Sendo assim,

[...] o conceito de livro, jornal, periódico tem, necessariamente, que abranger todas as formas de expressão, de informação e de comunicação decorrentes das modernas tecnologias e não, apenas, obviamente, as que se apresentam fisicamente sob a forma de paper print (TORRES, 1999, p 98).

Acerca do tema ora debatido, Carraza (2019) compreende que a Constituição Federal de 1988 determinou imunidade tributária aos livros por serem veículos do pensamento e não pela condição de objetos físicos de impressão de texto; o que vale, segundo este autor, é que seja meio de difusão da cultura. Sobre isso, Rodrigues (1998) pugna que a divulgação de conhecimentos e cultura, hoje com o avanço da tecnologia, é feita também através de discos, fitas, disquetes de computadores, CD- Roms e outros meios. —O essencial é que os livros transmitem as informações por meio de escrita ou ilustração (RODRIGUES, 1998 apud MACHADO; MACHADO SEGUNDO, 2003 p. 208).

Nessa mesma tangente, Sabbag (2019) apregoa que deixar de considerar o avanço tecnológico sobre o mercado editorial resultaria no desvirtuamento da ideia de desoneração que foi traçada pelo poder constituinte originário. Defende, portanto, o reconhecimento da imunidade sobre livros difundidos em meios ópticos (CD-ROM) por serem sucedâneos dos livros em papel. Na mesma vertente, considera-se que:

Não reconhecer a imunidade tributária dos livros eletrônicos é o mesmo que parar no tempo e no espaço, preso a uma interpretação literal e retrógrada, sem enxergar a realidade atual e do futuro, pois, em termos de conteúdo, função, objetividade, recursos para pesquisa, copiagem, transporte, divulgação, rapidez na localização dos textos, etc., os CD- Roms superam em muito os tradicionais livros, jornais, periódicos, etc. (ICHIHARA, 1998 apud MACHADO; MACHADO SEGUNDO, 2003, p. 125).

A doutrina majoritária defende a extensão da imunidade tributária aos livros digitais, compreendendo que a norma constitucional não possui aplicação restrita aos livros impressos em papel. Dentre os autores que se posicionam favoráveis à extensão da imunidade aos livros digitais, estão Ives Gandra da Silva Martins, Hugo de Brito Machado e Hugo de Brito Machado Segundo, Marco Aurélio Greco, Maria

Teresa de Carcomo Lobo, Yoshiaki Ichihara, Marilene Talarico Martins Rodrigues, dentre outros.

Machado (2019, p. 82) defende a ampliação da imunidade aos livros digitais, ao afirmar que —toda imunidade tem por fim a realização de um valor prestigiado pelo constituinte, de sorte que o elemento teleológico é sempre o caminho para a efetiva realização dos valores supremos que o constituinte prestigiou.

Machado e Machado Segundo (2003, p. 103-104) pontificam que considerar os livros digitais imunes, não consiste numa analogia integrativa, nem ao menos numa interpretação extensiva, visto que —livros eletrônicos são livros, se configuram na —nova forma assumida pelo livro. Além do que, ainda que se tratasse de uma analogia integrativa, segundo Machado (2019) ela é indispensável para à efetividade da Constituição e deve ser utilizada.

3.2 IMUNIDADE DOS LIVROS E PERIÓDICOS DIGITAIS E SEU SUPORTE DE FIXAÇÃO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A Constituição Federal de 1988 assegura aos livros, jornais e periódicos, bem como ao papel destinado à sua impressão, imunidade tributária com vistas a estimular o incremento da cultura e, ainda, impedir que o Estado exerça seu poder de tributar com o objetivo de inviabilizar publicações que sejam contrárias ao seu interesse. Havia grande controvérsia no que concerne aos livros eletrônicos os questionamentos giravam em torno se estes seriam abrangidos por essa imunidade.

Os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça vinham enfrentando essa questão e tendiam a estender a imunidade cultural aos livros, jornais e periódicos digitais. Reconheciam, embora sem pacificar o assunto, que o meio eletrônico ou digital não retiram desses livros a sua essência de veículos de ideias.

A Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em 30 de agosto de 2011, no julgamento de uma apelação no Processo Eletrônico 5004268-63.2010.404.7000, sob o argumento de que a imunidade presente no texto deveria ser interpretada teleologicamente, entendeu ser imune o dispositivo de leitura de textos digitais, pois o livro digital sem o aplicativo de leitura seria inútil.

Na mesma tangente, a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em 05 de julho de 2011, decidiu no Processo Eletrônico 5014246-64.2010.404.7000, que é cabível a imunidade tributária quanto ao dispositivo —Kindlell da empresa Amazon, utilizado para a leitura de livros digitais, visto que se equipara a materiais similaresll ao papel, para o fim da concessão da imunidade tributária (BRASIL, 2011).

O Supremo Tribunal Federal havia apreciado e se manifestado algumas vezes a respeito do tema, mas ainda não tinha assentado jurisprudência. O entendimento da Corte Maior era no sentido da interpretação restritiva do conceito de livro para os fins do art. 150, VI, —DII da CF de 1988. Optava a Suprema Corte pela interpretação literal da norma. Isso pode ser constatado em diversos julgados.

No ano de 2009, decisão proferida no agravo regimental no recurso extraordinário n. 495.385, oriundo do Estado de São Paulo, sob a relatoria do Senhor Ministro Eros Grau, reconheceu que filmes e papéis fotográficos utilizados para a impressão de livros, jornais e periódicos também são imunes. Entretanto, segundo a decisão, somente estão imunes porque são —assimiláveis ao papell posto que é esse o material (e seus assemelhados) que estaria contemplado pela norma constitucional (BRASIL, 2009).

No mesmo sentido versou decisão proferida no agravo regimental no recurso extraordinário n. 504.615, oriundo do Estado de São Paulo, da relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski. Esse julgado literalmente aduz que o artigo 150, inc. VI, —DII, da CF, deve ter interpretado restritivamente e que a imunidade somente poderá ser estendida àqueles materiais que sejam assimiláveis ao papel – naquele caso concreto, os filmes e papéis fotográficos (BRASIL, 2011).

O Supremo Tribunal Federal possuía, pois, uma interpretação restritiva e, a despeito dela, estendia a imunidade tributária apenas aos filmes e papéis fotográficos por serem justamente assemelhados ao papel. Contudo, no final de 2011 ganhou amplitude no STF uma corrente oposta à restritiva, segundo a qual da Constituição Federal de 1988 deve ser extraída a maior concretude possível de suas normas devendo, para isso, ser exercida interpretação teleológica e integrativa.

Esse novel entendimento foi proferido no Recurso Extraordinário n. 202.149, oriundo do Estado do Rio Grande do Sul, da relatoria do Senhor Ministro Celso de Melo, publicada no DJE nº 195 e divulgada em outubro de 2011. De acordo com

essa decisão, a Constituição Federal mencionou papel no art. 150, VI, —dII de forma exemplificativa e não exaustiva. O caráter exemplificativo permite, portanto, que a norma seja interpretada em todo o seu viés teleológico e, nesse caminhar, que livro digital (ou eletrônico) possa gozar do mesmo regime do livro em papel (BRASIL, 2011). O ministro Dias Toffoli, apreciando o Recurso Extraordinário n. 330.817/RJ, reconheceu a repercussão geral da questão constitucional que envolve o alcance da imunidade com relação ao suporte digital. Neste RE o Estado do Rio de Janeiro questionava decisão do Tribunal de Justiça local (TJ-RJ) que, em mandado de segurança impetrado pela editora, reconheceu a existência da imunidade prevista no artigo 150 (inciso VI, alínea —dII) da Constituição Federal ao software denominado Enciclopédia Jurídica Eletrônica e ao disco magnético (CD ROM) em que as informações culturais são gravadas. Para o estado, o livro eletrônico, como meio novo de difusão, é distinto do livro impresso e que, por isso, não deve ter o benefício da imunidade. Segue o julgado:

Recurso Extraordinário. Repercussão geral. Tributário. Imunidade objetiva constante do art. 150, VI, da CF/88. Teleologia multifacetada. Aplicabilidade. Livro eletrônico ou digital. Suportes. Interpretação evolutiva. Avanços tecnológicos, sociais e culturais. Projeção. Aparelhos leitores de livros eletrônicos (ou e-readers). 1. A teleologia da imunidade contida no art. 150, VI, d, da Constituição, aponta para a proteção de valores, princípios e ideias de elevada importância, tais como a liberdade de expressão, voltada à democratização e à difusão da cultura; a formação cultural do povo indene de manipulações; a neutralidade, de modo a não fazer distinção entre grupos economicamente fortes e fracos, entre grupos políticos etc; a liberdade de informar e de ser informado; o barateamento do custo de produção dos livros, jornais e periódicos, de modo a facilitar e estimular a divulgação de ideias, conhecimentos e informações etc. Ao se invocar a interpretação finalística, se o livro não constituir veículo de ideias, de transmissão de pensamentos, ainda que formalmente possa ser considerado como tal, será descabida a aplicação da imunidade. [...] 8. Recurso extraordinário a que se nega provimento. TESE DA REPERCUSSÃO GERAL: 9. Em relação ao tema nº 593 da Gestão por Temas da Repercussão Geral do portal do STF na internet, foi aprovada a seguinte tese: —A imunidade tributária constante do art. 150, VI, d, da CF/88 aplica-se ao livro eletrônico (e-book), inclusive aos suportes exclusivamente utilizados para fixá-lo. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 330.817. Reclamante: Estado do Rio de Janeiro. Reclamado: Elfez Edição Comércio e Serviços LTDA. Relator: Ministro Dias Toffoli. DJE nº 192, divulgado em 28/09/2012).

Em votação unânime, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que livros eletrônicos e os suportes próprios para sua leitura são alcançados pela imunidade tributária do artigo 150, inciso VI, alínea —dII, da Constituição Federal de

1988. Os ministros negaram provimento aos Recursos Extraordinários (REs) 330.817 e 595.676, julgados em sessão conjunta.

Para o colegiado, a imunidade tributária a livros, jornais, periódicos e ao papel destinado a sua impressão deve abranger os livros eletrônicos, os suportes exclusivos para leitura e armazenamento, além de componentes eletrônicos que acompanhem material didático.

De acordo com o relator da ação, ministro Dias Toffoli, a imunidade constitucional debatida no recurso alcança também o livro digital. Segundo o ministro, tanto a Carta Federal de 1969 quanto a Constituição de 1988, ao considerarem imunes determinado bem, livro, jornal ou periódico, voltam o seu olhar para a finalidade da norma, de modo a potencializar a sua efetividade. —Assim foi a decisão de se reconhecerem como imunes às revistas técnicas, a lista telefônica, as apostilas, os álbuns de figurinha, bem como mapas impressos e atlas geográficosll (BRASIL, 2011).

Ainda de acordo com o relator, o argumento de que a vontade do legislador histórico foi restringir a imunidade ao livro editado em papel não se sustenta. O vocábulo —papelll constante da norma não se refere somente ao método impresso de produção de livros, afirmou.

Para o ministro relator, o suporte das publicações é apenas o continente, o corpus mechanicum que abrange o seu conteúdo, o corpus misticum das obras. Não sendo ele o essencial ou, de um olhar teleológico, o condicionante para o gozo da imunidade.

Nesse contexto, Dias Toffoli frisou em seu voto que a regra da imunidade igualmente alcança os aparelhos leitores de livros eletrônicos ou e-readers, confeccionados exclusivamente para esse fim, ainda que eventualmente estejam equipados com funcionalidades acessórias que auxiliem a leitura digital como acesso à internet para download de livros, possibilidade de alterar tipo e tamanho de fonte e espaçamento.

O ministro Dias Toffoli destacou ainda que as mudanças históricas e os fatores políticos e sociais presentes na atualidade, seja em razão do avanço tecnológico, seja em decorrência da preocupação ambiental, justificam a equiparação do papel aos suportes utilizados para a publicação dos livros.

Por conseguinte, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, também por unanimidade, aprovou duas teses de repercussão geral para o julgamento dos recursos. O texto aprovado no julgamento do RE 330817 foi: A imunidade tributária constante do artigo 150, VI, —dll, da Constituição Federal, aplica-se ao livro eletrônico (e-book), inclusive aos suportes exclusivamente utilizados para fixá-lo.

No que se refere ao RE 595676, os ministros assinalaram que —a imunidade tributária da alínea —dll do inciso VI do artigo 150 da Constituição Federal alcança componentes eletrônicos destinados exclusivamente a integrar unidades didáticas com fascículosll (BRASIL, 2011).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após um longo período de entendimentos distintos nas decisões proferidos por diversos tribunais federais do país, o Plenário do Supremo Tribunal Federal definiu no ano de 2017 que livros eletrônicos também têm imunidade tributária. Os ministros analisaram dois recursos extraordinários com repercussão geral sobre o tema. Sendo assim, os e-books passaram a ter a mesma imunidade tributária de que gozam os livros em papel, definida no artigo 150, inciso VI, alínea "d", da Constituição Federal de 1988. O mesmo entendimento foi aplicado para o suporte do conteúdo digital.

Ademais, em abril de 2020 foi criada a Súmula Vinculante n. 57 a fim de sedimentar de vez o entendimento do STF sobre o tema. A referida Súmula institui que a imunidade tributária constante do art. 150, inc. IV, alínea D', da Carta Maior aplica-se a comercialização e importação, no mercado interno, do livro eletrônico e dos suportes exclusivamente utilizados para fixa-los, a exemplo dos leitores digitais, ainda que estes possuam funcionalidades acessórias.

Conclui-se que o principal ganho com o julgamento definitivo é a segurança jurídica para as empresas do setor, uma vez que estas poderão aumentar seus investimentos. Com efeito, o custo com a discussão administrativa e judicial ligada ao assunto deve acabar, também, favorecendo a atuação dessas empresas no país. Por conseguinte, sustenta-se que ampliar o escopo da imunidade tributária é o caminho natural a ser seguido. Por consequência, os livros, jornais e periódicos digitais confirmam uma tendência que já se propagou em demais países, sendo

estes, meios fundamentais de democratizar o acesso à cultura, lazer e conhecimento.

REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. Hipótese de incidência tributária. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

ALEXANDRINO, Marcelo. Manual de Direito Tributário. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2019.

AMARO, Luciano. Direito tributário brasileiro. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BALEEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Financeiro e Tributário. 11. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2012.

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

BRASIL. Código Tributário Nacional. Lei 5.172 de 25 de outubro de 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg no RE nº 495.385. Reclamante: Editora Três LTDA. Reclamado: Estado de São Paulo. Relator: Ministro Eros Grau, Brasília. DJE nº 200, divulgado em 22/10/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg no RE nº 504.615. Reclamante: Empresa Folha da Manhã S/A. Reclamado: União Federal. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJE nº 94, divulgado em 18/05/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 202.149. Reclamante: União Federal. Reclamado: Grupo Editorial Sinos S/A. Relator: Ministro Celso de Melo. Relator para o acórdão: Ministro Marco Aurélio. DJE nº 195, divulgado em 10/10/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 330.817. Reclamante: Estado do Rio de Janeiro. Reclamado: Elfez Edição Comércio e Serviços LTDA. Relator: Ministro Dias Toffoli. DJE nº 192, divulgado em 28/09/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 595676 Reclamante: União. Reclamado: Nova Lente Editora. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJE N. 159, divulgado em 19/08/2011.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação. Processo 5004268-63.2010.404.7000. Relator: JUNQUEIRA, Álvaro Eduardo. Julgamento em 30-08-2011.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação. Processo 504246-64.2010.404.7000. Relatora: MUNCH, Luciane Amaral Corrêa. Julgamento em 05-07-2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 57, Brasília, 2020.

CARRAZA, Roque Antônio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

CARPINETTI, Ana Carolina; SANTOS, Stella Oger P. Aplicação da norma de imunidade tributária do art. 150, VI, d, da CF/1988 aos livros digitais: uma análise à luz dos recentes precedentes sobre o assunto. Revista Tributária e de Finanças Públicas, n.127, ano 24, p.19-30, mar./abr., 2016.

COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos. A imunidade tributária dos livros eletrônicos e dos aparelhos destinados à sua leitura (e-books e e-readers). Revista Tributária e de Finanças Públicas, n.100, ano 19, p.35-48, set./out., 2011, p.42-47.

DELGADO, José Augusto. Imunidades tributárias. Coordenador Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Revista dos Tribunais, Pesquisas Tributárias, Nova Série – 4, 2018.

FABRETTI, Láudio Camargo. Contabilidade tributária. 18. ed. São Paulo: Atlas 2019.

FARIA, Maria Cristina Neubern de. A interpretação das normas de imunidade tributária: conteúdo e alcance. Revista Tributária. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 9, nº 36, Coordenação Dejalma Campos, 2012.

HARADA, Kiyoshi. Direito Financeiro e Tributário. 19.ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MACHADO, Hugo de Brito; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Imunidade tributária do livro eletrônico. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). Imunidade tributária do livro eletrônico. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Curso de direito tributário. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MASINA, Gustavo. ISSQN – Regra de Competência e Conflitos Tributários. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

MEDINA, Francisco das Chagas Sampaio; PINHEIRO, Paulo Roberto Meyer; TASSIGNY, Mônica Mota. A imunidade tributária aos e-books frente a atuação doutrinária e jurisprudencial: análise das perspectivas da hermenêutica jurídica constitucional do Brasil. Revista Tributária e de Finanças Públicas, n.127, ano 24, p.29-77, mar./abr., 2016, p.71.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. Imunidades tributárias. Coordenador Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Revista dos Tribunais, Pesquisas Tributárias, 2018.

SABBAG, Eduardo. Manual de Direito Tributário. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

TORRES, Ricardo Lobo. Tratado de direito constitucional financeiro e tributário, volume III; os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL E O ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO ESTADO DA PARAÍBA (2015 – 2019)

Tatiana Rodrigues Pereira Mendes
Arnaldo Sobrinho de Moraes Neto

RESUMO: O presente trabalho tem como perspectiva analisar a atuação do Sistema de Justiça Criminal em amparo contra a violência doméstica no Estado da Paraíba. Há um conjunto de leis seja em âmbito internacional como nacional com a finalidade de proteger a mulher contra agressões físicas e morais no seio doméstico e de relação ao gênero. A identificação por parte da mulher de seus direitos e as dificuldades por esta enfrentada serão explanadas ao longo do texto em questão. Para tanto, é necessário um estudo aprofundado das leis nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) e da Lei nº 13.104/2015 (Lei do Femicídio) que surgiram para dar embasamento e proteção a mulher violentada.

Palavra – chave: Violência contra a mulher, Delegacia Especializada de Atendimento à mulher, Lei nº 11.340/2006, Lei nº 13.104/2015.

ABSTRACT: The present work aims to analyze the criminal justice system in support of domestic violence in the State of Paraíba. There is a set of laws both internationally and nationally aimed at protecting women against physical and moral aggression within the domestic and gender relations. The identification by the woman of her rights and the difficulties she faces will be explained throughout the text in question. Therefore, a thorough study of laws nº 11.340 / 2006 (Maria da Penha Law) and Law no. 13.104 / 2015 (Law of the Femicidio) are needed to provide support and protection for the violated woman.

Key words: Violence against women, Specialized Police Department for Women, Law nº 11.340 / 2006, Law nº 13.104 / 2015.

1. INTRODUÇÃO

A violência vem assolando o mundo, e dentre a tantas existentes, incluem-se a violência contra a mulher. As mulheres vêm sendo alvo constante de uma sociedade enraizada por traços patriarcalistas que apesar de todo o desenvolvimento globalizado e conseqüente independência feminina, ainda impera práticas conservadoras e machistas tanto no âmbito de uma convivência familiar como também fora desse contexto.

O crescente índice de violência ao sexo feminino, tanto no Brasil como no Estado da Paraíba/PB, vem alertando a segurança pública para a busca de soluções mais eficazes ao combate da criminalidade por meio de todo o sistema de justiça criminal existente em nosso país.

A mulher mesmo adquirindo seu espaço nas relações sociais, enfrenta obstáculos a serem superados. Dentre eles, o medo e a insegurança pela falta de políticas públicas mais severas que intimidem o exercício de atos constrangedores quiçá cruéis pela sociedade.

Tema bastante evidente em nossos dias atuais, o feminicídio ou femicídio torna-se comum em meios de comunicação, como o caso da vereadora do Rio de Janeiro e líder feminista, Marielle Franco, assassinada brutalmente e mais recentemente a advogada Tatiane Spitzner, agredida e morta por seu esposo.

O feminicídio inserido em nosso ordenamento jurídico pela Lei 13.104/2015, onde altera o art. 121 do Código Penal, incluindo no §2º como homicídio qualificado, juntamente com a Lei 11.340/2006 conhecida como Lei Maria da Penha, atuam numa luta constante ao aparato da mulher, trazendo mecanismos de proteção e consequentemente punição ao infrator do crime.

A dignidade humana, princípio fundamental de nossa Constituição, surge como dever ao nosso Estado à vigilância e a defesa dos direitos as mulheres, tolhidas muitas vezes de expor os seus sentimentos e dificuldades, possibilitando a esta formas de solucionar o conflito.

É no convívio do lar onde tudo acontece. A esposa, mãe, irmã, namorada ou que possui algum vínculo familiar é maltratada e exposta a vexames e até mesmo a sofrer em casos mais extremos a amputações de membros. Por não possuírem uma situação financeira e emocional adequada são inviabilizadas e até mesmo encarceradas em seu próprio lar.

Ante o exposto, é notório que a violência contra a mulher ainda continua assombrando a sociedade e que apesar de toda a estrutura criminal prevista em nosso ordenamento jurídico, faz-se necessário um estudo aprofundado ao tema e por conseguinte demonstrar que medidas podem ainda ser tomadas pelo Estado para superar tais dificuldades.

O presente artigo visa demonstrar a atuação do sistema de justiça criminal no tocante a violência à mulher e como o Estado da Paraíba lida na prevenção e combate a esse imperioso mal que assola a humanidade .

Para tanto, a metodologia aplicada foi um estudo analítico e bibliográfico examinando os índices fornecidos pela Delegacia Geral de Polícia do Estado da

Paraíba com o intuito de compará-los entre os anos de 2015 à 2019 através de inquéritos policiais e medidas protetivas realizadas.

2. SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL NO BRASIL

O Sistema de Justiça Criminal é a organização dos diversos órgãos dispostos em nosso sistema jurídico com fins a segurança pública. Com base nisto, dispõe:

O sistema de justiça criminal abrange órgãos dos Poderes Executivo e Judiciário em todos os níveis da Federação. O sistema se organiza em três frentes principais de atuação: segurança pública, justiça criminal e execução penal. Ou seja, abrange a atuação do poder público desde a prevenção das infrações penais até a aplicação de penas aos infratores. As três linhas de atuação relacionam-se estreitamente, de modo que a eficiência das atividades da Justiça comum, por exemplo, depende da atuação da polícia, que por sua vez também é chamada a agir quando se trata do encarceramento – para vigiar externamente as penitenciárias e se encarregar do transporte de presos, também à guisa de exemplo (FERREIRA; FONTOURA, 2008, p.8).

Na esfera federal encontraremos a polícia federal, a polícia rodoviária federal e a polícia ferroviária federal; na esfera estadual, a polícia civil, a polícia militar e o corpo de bombeiros; na esfera municipal, a guarda municipal. Todos previstos em nossa Constituição Federal.

Tem a polícia federal dentre as atribuições a investigação que envolve crimes contra o patrimônio da União, policiamento das fronteiras, combate ao tráfico de drogas, fiscalização de aeroportos, emissão de passaportes e registro de armas de fogo. Já a polícia rodoviária federal é responsável pelo patrulhamento das rodovias federais.

No que concerne ao âmbito estadual, a polícia civil está ligada a investigação de crimes e a polícia militar, um policiamento mais ostensivo com o intuito de garantir a ordem pública. O corpo de bombeiros, por sua vez, atua na prevenção e combate a incêndios, buscas, salvamentos e socorros públicos.

Por fim, a guarda municipal constituída pelo Município com a finalidade de proteger seus bens, serviços e instalações.

Para Ribeiro e Silva (2010) o sistema de justiça criminal está compreendido como uma articulação das organizações policiais juntamente com o Ministério Público, a Defensoria Pública, o Poder Judiciário e o Sistema Penitenciário com o objetivo de processar os dados conflituosos dos crimes nas leis penais existentes em nosso país.

No que tange a violência contra a mulher, a competência cível e criminal, segundo prevê o artigo 14 da Lei 11.340/06 é da União, Estados, Distrito Federal e Territórios, imbuídos na criação, como também, processamento, julgamento e execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Algum tempo atrás, no Brasil, grupos feministas apoiavam às mulheres vítimas da violência tentando cumprir uma lacuna deixada pelo Estado. Com os anos posteriores surgem as delegacias especializadas em defesa da mulher. Sobre a questão tem-se:

Com a criação das Delegacias de Defesa da Mulher (DDM) o quadro começou a ser alterado. O serviço nas DDMs era e é prestado por mulheres, mas isto não bastava, pois muitas destas profissionais tinham sido socializadas numa cultura machista e agiam de acordo com tais padrões. Foi necessário muito treinamento e conscientização para formar profissionais, mulheres e homens, que entendessem que meninas e mulheres tinham o direito de não aceitar a violência cometida por pais, padrastos, maridos, companheiros e outros. Esta tarefa de reciclagem deve ser permanente, pois os quadros funcionais mudam e também os problemas (BLAY,2003, p.91).

No que tange ao Município de João Pessoa, relata Rifiotis (2015) que a delegacia da mulher em João Pessoa foi fundada em 1987 com o apoio do movimento feminista local e atuava juntamente com outras instâncias da Polícia Civil da Paraíba.

O Sistema de Justiça Criminal, porém, vai além da parte estrutural montada para coibir a prática de atos corriqueiros de violência na vida cotidiana da mulher. Preocupa-se também com a construção social na criminologia e vitimação como expõe Andrade (2004) ao relatar que o mesmo possui aspecto subsidiário e residual, funcionando como um mecanismo público dirigidos aos homens incubidos do papel masculino na esfera pública da produção material sendo a pena pública o instrumento desse controle, como também, subsidiário no intuito de controlar o normal desenvolvimento das relações de produção, ou seja, os que ficam a margem da economia formal e do mercado oficial do trabalho, no que demonstra a população carcerária, e os excluídos de qualquer integração no trabalho.

Depreende-se logo que o Sistema de Justiça Criminal é androcêntrico, com o crescente número de homens superlotando as prisões. A mulher, por sua vez, sendo vítima da criminalidade enraizada em nossa cultura brasileira, necessita de medidas

urgentes por parte do Estado que vise a combater esse mal que vêm sendo disseminado constantemente em nosso dia a dia.

O medo, por parte das mulheres, de expor seu companheiro à justiça impede a avaliação das organizações que compõe o sistema de justiça criminal a apuração de dados por meio de inquéritos, dificultando com isso, o número exato de mulheres agredidas em violência doméstica.

Na perspectiva de Ribeiro e Silva (2010) as fontes de dados é de fundamental importância, pois o Brasil, diferentemente dos Estados Unidos, não conta com estrutura específica para coleta e organização do processamento dos delitos.

3. INSTRUÇÕES NORMATIVAS E TRATADOS INTERNACIONAIS EM APOIO À MULHER

O Brasil é signatário dos acordos internacionais que asseguram os direitos humanos das mulheres, como também, a eliminação de todas as formas de discriminação e violência baseada em gênero.

Os tratados internacionais e as instruções normativas são negociações envolvendo Estados no âmbito internacional, no intuito de elaborar normas escritas para determinada finalidade.

Preceitua Portela (2011) que os tratados internacionais são acordos escritos pactuados entre os Estados e organizações internacionais estabelecidos pelo Direito Internacional Público, com a finalidade de produzir efeitos jurídicos relacionados a temas de interesse comum.

A Organização das Nações Unidas (ONU), através da Conferência Mundial dos Direitos Humanos, realizada em Viena, Áustria, em junho de 1993, no seu art. 18 declara que os direitos das mulheres e das meninas são inalienáveis e constituem parte integrante e indivisível dos direitos humanos universais, o que demonstra que a violência de gênero viola claramente a dignidade da pessoa humana.

Segundo Frossard (2006), existem quatro instrumentos internacionais na defesa e promoção dos direitos da mulher no qual o Brasil faz parte. São eles: Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), no âmbito das Nações Unidas e a Convenção Interamericana

para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção do Belém do Pará, da Organização dos Estados Americanos.

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), também conhecida como Convenção da Mulher, elaborada em 1979 e com vigor em 1981, é o primeiro tratado que trata dos direitos da mulher e tem como objetivo promover a busca da igualdade de gênero e reprimir a discriminação contra a mulher (ONU, 1979).

Já a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher ou Convenção do Belém do Pará, adotada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos em 1994, ratificada pelo Brasil em 1995, visa ações necessárias na prevenção e medidas punitivas e de apoio jurídico e psicológico às mulheres e as suas famílias (FROSSARD, 2006).

Para Santos (2016), tal documento ainda se preocupou com o alto índice de incidência e generalização, no intuito de coibir a violência contra a mulher nas Américas.

Ambas convenções buscam defender direitos humanos da mulher que surgem de diversos aspectos da sociedade, conforme aduz (FONSECA;RIBEIRO; LEAL, 2012, p.308):

A condição de violência é, antes de tudo, uma questão de violação dos direitos humanos. Pode estar associada a problemas variados, complexos e de natureza distinta. Também pode estar atrelada a questões conceituais referentes à distinção entre: poder e coação; vontade consciente e impulso; determinismo e liberdade.

Dispõe a Convenção de Belém do Pará (1994) em seu artigo 4º que “toda mulher tem direito ao reconhecimento, gozo, exercício e proteção de todos os direitos humanos e às liberdades consagradas pelos instrumentos regionais e internacionais sobre Direitos Humanos”.

A proteção dos direitos humanos surge com o fim de evitar a destruição do “outro” em razão de raça, nacionalidade, etnia ou religião. No que concerne ao gênero feminino vai mais além, vejamos:

A persistência da violência doméstica, a pequena participação da mulher na política, a diferença de salários baseada unicamente no gênero ou na raça indicaram (e ainda indicam) que a enunciação geral de direitos dessa primeira fase não foi suficiente para resguardar os direitos de grupos de indivíduos portadores de vulnerabilidades específicas e, portanto, carentes de meios específicos de proteção. Percebeu-se a necessidade de se

transitar do paradigma do homem, ocidental, adulto, heterossexual e dono de um patrimônio para a visibilidade de novos sujeitos de direitos. Nesse cenário, ao lado do direito à igualdade, surge, também, como direito fundamental, o direito à diferença. É o respeito à diferença e à diversidade o que assegura aos novos sujeitos de direitos um tratamento especial (PIOVESAN; IKAWA, 2004, p. 49).

Todos os tratados firmados pelo Brasil, conforme Cunha (2016), como também acordos e protocolos aumentam a responsabilidade do referido país que deve se engajar para implementar medidas que visem o direito das mulheres, e a tipificação do feminicídio é uma delas.

4. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E SEUS ARTIGOS DE PROTEÇÃO À MULHER

A Constituição Federal Brasileira de 1988 é o marco jurídico na apresentação em seu texto das garantias aos direitos fundamentais, incluindo os direitos humanos previstos em tratados internacionais.

Os direitos humanos por sua vez, tem em nossa Carta Magna, status de norma constitucional, com aplicabilidade imediata, seguindo o regime e os princípios por ela adotados (art. 5º, §2º), submetendo-se, porém, as mesmas regras de uma emenda constitucional, conforme o art. 5º, §3º que diz:

Art. 5º, §3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

No tocante aos princípios, destacamos o art. 5º, inciso I da CRFB/88, o princípio da isonomia, onde homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações o que trará consequências no âmbito infraconstitucional no que tange aos direitos de família e penal.

O art. 226, §5º da Constituição dispõe que “os direitos e deveres referentes a sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

Sob o enfoque da igualdade entre homens e mulheres, ressalta Bianchini (2014, p.134-135):

A máxima tratar os iguais de modo igual e os desiguais de modo desigual representa um reconhecimento de que os indivíduos que se estabeleceram no mundo em condições desiguais não podem, por mera declaração de vontade, obter

condição de vida equivalente aos que gozam de vantagens, sejam elas quais forem. Daí a necessidade de ações afirmativas, ou discriminações positivas ou ações positivas, consubstanciadas em políticas públicas que objetivem concretizar materialmente o discurso, relevante, porém vazio, de igualdade, com o objetivo de mitigar os efeitos das discriminações que heranças de costumes passados insistem em manter no presente, sem nenhum argumento ético que as justifiquem.

Já o §8º do mesmo art. 226, ressalta a proteção a mulher à violência, principalmente a familiar, quando diz 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”.

Dentre tantas circunstâncias vividas pela mulher, o racismo também impera quando se trata de violência de gênero. Nossa Carta Magna traz em seu art. 5º, inciso XLII que a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível. A sociedade por ter traços patriarcalistas, percebe-se em algumas situações a violência também no trabalho da mulher, na política, como em diversos segmentos institucionais de nosso país.

Para Pandjarian (2002), a legislação federal e as políticas públicas abarcadas em nosso ordenamento jurídico ainda não se encontram apropriadas para enfrentar a complexa especificidade da questão da violência doméstica, impedindo a participação e realização das mulheres na sociedade brasileira.

5. POLÍTICAS PÚBLICAS NO COMBATE À VIOLÊNCIA CONTRA À MULHER E SEUS RESPECTIVOS ÍNDICES NO ESTADO DA PARAÍBA

5.1 A ATUAÇÃO DA DELEGACIA ESPECIALIZADA DA MULHER (DEAM) NO AMPARO AS MULHERES VIOLENTADAS

De acordo com Frossard (2006), a DEAM surgiu de forma pioneira, com origem brasileira visando que a sociedade reconheça o problema da violência contra a mulher no ambiente doméstico como natureza criminosa e com isso permitir a institucionalização da política pública de prevenção, enfrentamento e erradicação da violência contra a mulher no Brasil.

O grande desafio das Delegacias Especializadas da Mulher é captar as mulheres vítimas de violência para que as mesmas denunciem o fato e possam assim iniciar o processo de investigação e apuração da queixa-crime. No entanto, a

escuta da vítima é imprescindível para o desenvolvimento do processo, conforme predispõe Machado (2002, p.9):

No processo de diálogo que se segue à queixa-denúncia, há sempre a oferta de informações sobre o significado do ato de vir trazer uma denúncia à delegacia: a queixa pode ser transformada em acusação de exercício de ato criminoso. Os efeitos desta informação não dependem apenas do seu conteúdo, mas também da forma de sua enunciação e entonação. Conforme sua enunciação, e não só seu conteúdo, esta informação pode propiciar a transformação da queixa em registro e posterior inquérito policial ou pode desencadear um momento do bloqueio da queixa, e o registro não é feito. Aconselhamentos e encaminhamentos diversos podem ou não ser feitos durante ou depois deste desfecho.

Todo esse processo é realizado por meio de fases que vão desde o atendimento/acolhimento até o monitoramento das ocorrências. Preceitua Frossard (2006) que o procedimento das Delegacias Especializadas da Mulher são categorizados por fases; 1ª fase (atendimento/acolhimento), 2ª fase (orientação à mulher em situação de violência), 3ª fase (procedimentos criminais e conclusão do inquérito) e 4ª fase (monitoramento das ocorrências).

Logo o processo de investigação policial é de suma importância para o fim de crises conjugais que levem o parceiro ao cometimento de atitudes de violência contra a mulher, conforme os dizeres abaixo:

O recurso à polícia tem uma função específica - interromper momentaneamente aquele ciclo de violência, introduzindo, através do registro na DEAM uma autoridade que contribuiria para modificar a correlação de forças no contexto familiar - e uma vigência também específica, porque impediria que a negociação entre os parceiros se restabelecesse. O desfecho pode vir a ser o rearranjo das relações conjugais e familiares, a saída do acusado ou da própria vítima de casa, ou outro acordo informal que possibilite a separação. Mesmo havendo o encaminhamento legal da separação (que já havia sido desencadeado ou está por se iniciar), esta opção também exclui o tratamento penal do fato denunciado (BRANDÃO, 2006, p.16).

Ressalta-se a importância do Delegado de Polícia, conforme explana Habib (2018) ao dispor de acordo com o §3º da Lei nº 13.505/2017, que o mesmo tem o poder de requisição em relação a serviços públicos, como atendimento hospitalar imediato, a realização de exames, a inclusão em programas de proteção a vítima de delitos, entre outros, o que permite uma maior agilidade, retirando essa tarefa apenas para o Juiz da causa.

5.2 O ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER EM NÚMEROS

O número de mulheres violentadas vem crescendo assustadoramente. Seja uma violência doméstica ou até mesmo um homicídio/feminicídio, é alarmante as estatísticas em nível de Brasil e do Mundo.

Segundo o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2019) a violência doméstica, referente a dados de entrevistadas, diminui conforme aumenta a escolaridade, enquanto percentuais na rua, internet e no trabalho crescem.

Conforme Waiselfisz (2015) entre os anos de 2003 à 2013 os Estados de Roraima e Paraíba apresentaram crescimento significativo de homicídios contra a mulher, onde o primeiro as taxas quadruplicaram (343,9%) e no caso do Estado da Paraíba as taxas triplicaram (229,2%).

Apesar do visível aumento no número de vítimas da violência de gênero, dados do Anuário da Segurança Pública (2018) mostram que a Paraíba encontra-se com percentual de 28,9% na proporção de feminicídios em relação a homicídios de mulheres e percentual de 50% relacionado a lesão corporal dolosa em decorrência de violência doméstica. Números aquém de estados vizinhos como Pernambuco e Rio Grande do Norte.

A presente pesquisa teve como objetivo avaliar a criação de Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher, os números de inquéritos instaurados no período de 2015 a 2019, como também, especificar o número de medidas protetivas deferidas neste mesmo período no tocante à mulheres violentadas no Estado da Paraíba.

O objeto de estudo teve seus dados coletados na Delegacia Geral de Polícia, localizado na Rua Manuel Rufino da Silva, bairro Ernesto Geisel do Município de João Pessoa/PB..

Dentre as Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher (DEAMS), há um rol significativo de criação em todo o Estado da Paraíba, de acordo com tabela abaixo:

| EVOLUÇÃO NORMATIVA DE CRIAÇÃO DAS DEAM | | |
|--|-------------------|------|
| DEAM | Criação | Ano |
| João Pessoa - norte | Decreto 11.276/86 | 1986 |
| Campina Grande | Decreto 11.276/86 | 1986 |

| | | |
|-------------------|-------------------|------|
| Guarabira | Decreto 14.270/92 | 1992 |
| Sousa | Decreto 15.402/93 | 1993 |
| Patos | Decreto 15.505/93 | 1993 |
| Cajazeiras | Decreto 18.285/96 | 1996 |
| Cabedelo | Decreto 7.035/01 | 2001 |
| Bayeux | Decreto 7.035/01 | 2001 |
| Santa Rita | Decreto 7.035/01 | 2001 |
| João Pessoa - sul | Decreto 36.113/15 | 2015 |
| Monteiro | Decreto 35.957/15 | 2015 |
| Coordenação | Decreto 10.467/15 | 2015 |
| Picuí | Decreto 36.588/16 | 2016 |
| Mamanguape | Decreto 37.100/16 | 2016 |
| Queimadas | Decreto 38.101/18 | 2018 |

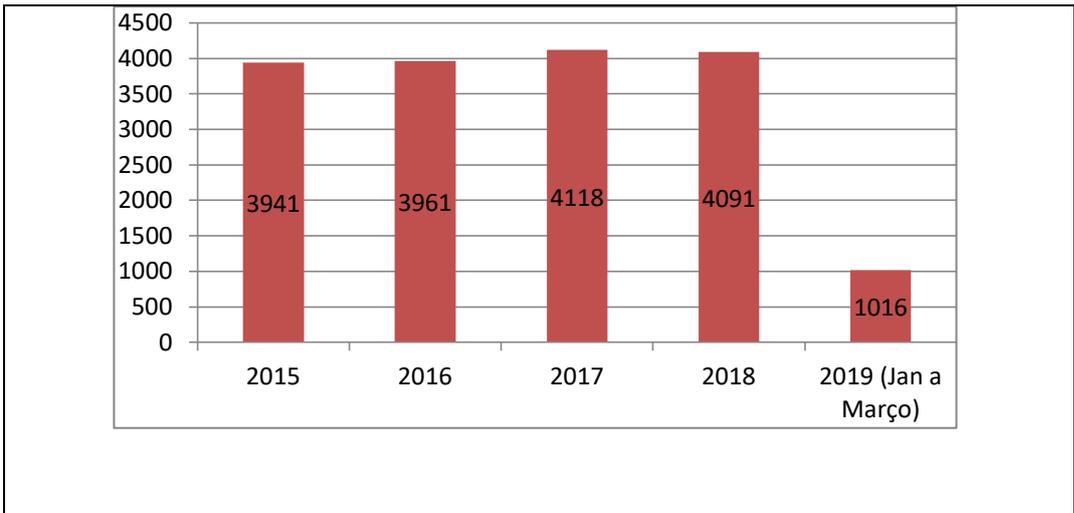
Fonte: Dados obtidos da Delegacia Geral de Polícia do Estado da Paraíba.

Percebe-se, no Município de João Pessoa/PB, a existência de duas delegacias especializadas de atendimento à mulher para dar suporte ao contingente da referida localidade. Uma situada a região norte de João Pessoa e outra na região sul.

Durante os últimos cinco anos foram criadas no Estado da Paraíba, seis delegacias especializadas de atendimento à mulher, sendo a última fundada no ano de 2018, no Município de Queimadas/PB. Logo, houve uma preocupação por parte do Estado da Paraíba em fornecer à população uma maior abrangência da Polícia no que tange a inibição da violência contra a mulher

No que se refere a inquéritos instaurados, procedimento padrão utilizado para desencadear a investigação do caso, tem-se:

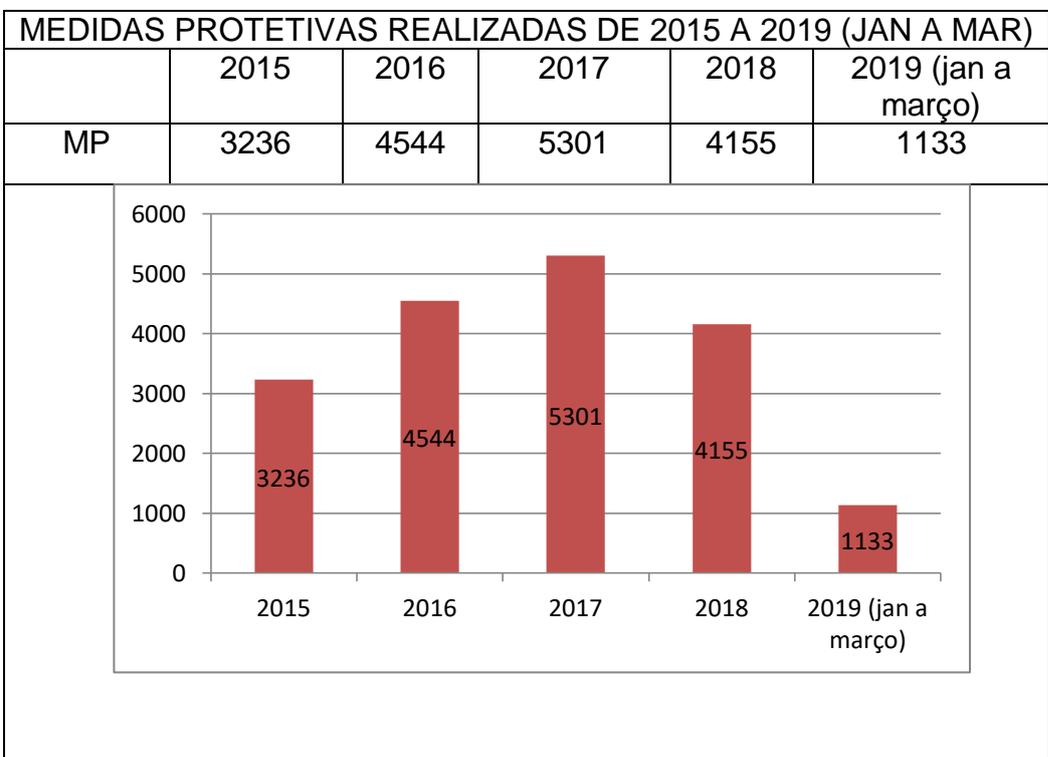
| INQUÉRITOS POLICIAIS INSTAURADOS DE 2015 A 2019 (JAN A MAR) | | | | | |
|---|------|------|------|------|-------------------|
| | 2015 | 2016 | 2017 | 2018 | 2019(jan a março) |
| IPL | 3941 | 3961 | 4118 | 4091 | 1016 |



Fonte: Dados obtidos da Delegacia Geral da Polícia do Estado da Paraíba

Os números de inquéritos aumentaram, porém em pequena quantidade, com o passar dos anos. Estima-se um avanço, já que demonstra que a mulheres vem procurando o DEAM para realizar sua escolta e reprimir atos atentatórios por parte de seu parceiro/agressor através da investigação procedida pela polícia.

As medidas protetivas, previstas no art. 22 da Lei nº 11.340/2006, foram utilizadas no Estado da Paraíba nos seguintes números:



Fonte: Dados obtidos da Delegacia Geral de Polícia do Estado da Paraíba

Nota-se uma inconstância nos números entre os anos de 2015 à 2019, com um ápice de 5.301 (cinco mil e trezentos e uma) medidas protetivas utilizadas no ano de 2017. O que evidencia a cultura de nosso país, onde medidas mais drásticas são tomadas para que ponha fim posturas daquele que consumou o ato criminoso.

6. A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E A LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA

Atualmente, muitas mulheres vêm sendo assassinadas por criminosos, pessoas estas, por via das vezes, de seu âmbito familiar. São maridos, namorados ou homens com quem se relacionam que usam do seu poder de imposição para efetuar atos de violência, seja de forma verbal ou física.

Diferenças atribuídas através da história pela sociedade e pela cultura, revelam por meio de pesquisas que há entre homens e mulheres relações de poder (PINHEIRO, 2018). Este fato está ligado a um sistema patriarcal advindo de nosso antepassado e que até hoje perdura. O homem como o provedor da casa e a mulher em suas relações domésticas e de cuidado com os filhos.

Com o passar dos anos a realidade muda, porém a relação de poder insiste em predominar causando desta forma consequências irreparáveis para autoestima da mulher quiçá a vida. É notória a crescente violência no mundo e ainda mais em se tratando da mulher.

O crime se origina da violência de gênero, ou seja, a prática de atos violentos em função do gênero. Para Alice (2014), além de a violência ter por base a questão de gênero há a incidência do contexto doméstico ou familiar da ação ou existência de uma relação íntima de afeto.

Segundo Prado e Sanematsu (2017, p.21) é possível identificar razões de gênero para os tipos de assassinatos de mulheres, são eles:

Íntimo - Morte de uma mulher cometida por uma pessoa com quem a vítima tinha, ou tenha tido, uma relação ou vínculo íntimo: marido, ex-marido, companheiro, namorado, ex-namorado ou amante, pessoa com quem tem filho(a)s. Inclui-se a hipótese do amigo que assassina uma mulher – amiga ou conhecida – que se negou a ter uma relação íntima com ele, seja sentimental ou sexual.

Não íntimo - Morte de uma mulher cometida por um homem desconhecido, com quem a vítima não tinha nenhum tipo de relação, como uma agressão sexual que culmina no assassinato de uma mulher por um estranho. Considera-se, também, o caso do vizinho que mata sua vizinha sem que existisse, entre ambos, algum tipo de relação ou vínculo.

Infantil - Morte de uma menina com menos de 14 anos de idade cometida por um homem no âmbito de uma relação de responsabilidade, confiança ou poder conferido pela sua condição de adulto sobre a menoridade da menina.

Familiar - Morte de uma mulher no âmbito de uma relação de parentesco entre a vítima e agressor. O parentesco pode ser por consanguinidade, afinidade ou adoção.

Por conexão - Morte de uma mulher que está 'na linha de fogo', no mesmo local onde um homem mata ou tenta matar outra mulher. Pode se tratar de uma amiga ou parente da vítima, ou também de uma mulher estranha que se encontrava no mesmo local onde o agressor atacou a vítima.

Sexual sistêmico - Morte de mulheres que são previamente sequestradas, torturadas e/ou estupradas. Há duas modalidades: sexual sistêmico desorganizado, quando a morte das mulheres está acompanhada de sequestro, tortura e/ou estupro. Presume-se que os sujeitos ativos matam a vítima num período de tempo determinado; sexual sistêmico organizado, quando presume-se que os sujeitos ativos atuam como uma rede organizada de feminicidas sexuais, com um método consciente e planejado por um longo e indeterminado período de tempo.

Por prostituição ou ocupações estigmatizadas - Morte de uma mulher que exerce prostituição e/ou outra ocupação – strippers, garçonetes, massagistas ou dançarinas de casas noturnas – cometida por um ou vários homens. Inclui os casos nos quais o(s) agressor(es) assassina(m) a mulher motivado(s) pelo ódio e misoginia que a condição de prostituta da vítima desperta nele(s). Esta modalidade evidencia o peso da estigmatização social e justificação da ação criminosa por parte dos sujeitos: 'ela merecia'; 'ela fez por onde'; 'era uma mulher má'; 'a vida dela não valia nada'.

Por tráfico de pessoas - Morte de mulheres produzida em situação de tráfico de pessoas. Por 'tráfico', entende-se o recrutamento, transporte, transferência, alojamento ou acolhimento de pessoas, valendo-se de ameaças ou uso da força ou outras formas de coação, quer seja rapto, fraude, engano, abuso de poder, ou concessão ou recepção de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento da(s) pessoa(s), com fins de exploração. Esta exploração inclui, no mínimo, a prostituição alheia ou outras formas de exploração sexual, os trabalhos ou serviços forçados, a escravidão ou práticas análogas à escravidão, a servidão ou a extração de órgãos.

Por contrabando de pessoas - Morte de mulheres produzida em situação de contrabando de migrantes. Por 'contrabando', entende-se a facilitação da entrada ilegal de uma pessoa em um Estado do qual a mesma não seja cidadã ou residente

permanente, no intuito de obter, direta ou indiretamente, um benefício financeiro ou outro benefício de ordem material.

Transfóbico - Morte de uma mulher transgênero ou transexual na qual o(s) agressor(es) a mata(m) por sua condição ou identidade de gênero transexual, por ódio ou rejeição.

Lesbofóbico - Morte de uma mulher lésbica na qual o(s) agressor(es) a mata(m) por sua orientação sexual, por ódio ou rejeição.

Racista - Morte de uma mulher por ódio ou rejeição de sua origem étnica, racial ou de seus traços fenotípicos.

Por mutilação genital feminina - Morte de uma menina ou mulher resultante da prática de mutilação genital.

Pensando nos índices crescentes da violência de gênero em nosso país foi criada a Lei nº 11.340/2006, mais conhecida como Lei Maria da Penha e a Lei nº 13.104/2015 a do feminicídio visando coibir o crime contra a mulher através de medidas de prevenção e controle de atitudes do parceiro.

São leis que apesar de terem objetivos diferentes, complementam-se. A Lei Maria da Penha possui o intuito de proteger a mulher vítima de violência doméstica, já o Feminicídio trata de mulheres assassinadas prevendo pena de forma qualificada em casos de homicídio.

A Lei 11.340/2006 ficou conhecida em homenagem a Maria da Penha Maia, agredida durante seis anos pelo marido até se tornar paraplégica, depois de um atentado com arma de fogo ocorrido no ano de 1983. O mesmo ainda tentou matá-la por meio de afogamento e eletrocução, porém só foi punido após 19 anos de julgamento, ficando apenas 2 anos em regime fechado (BRASIL,2018).

Segundo Bianchini (2014), as articulações das instituições através das políticas públicas no combate a violência contra a mulher vem especificado no art. 8º da Lei 11.340/2006, através dos parâmetros de atuação pela integração operacional dos órgãos públicos, promoção de estudos e pesquisas, atendimento policial especializado, campanhas educativas, convênios e parcerias, capacitação permanente, promoção de programas educacionais e dos currículos escolares.

Dentre as medidas protetivas de urgência, o art. 22 da Lei Maria da Penha, obrigam o agressor, *ipsis litteris*:

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I – suspensão da posse ou restrição do porte de armas, comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei n. 10.286, de 22 de dezembro de 2003;

II – afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III – proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) Aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) Contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) Frequentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV – restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V – prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

Apesar de atermos nossa atenção as medidas protetivas ao agressor, há todo um arsenal de medidas protetivas no que diz respeito a ofendida (arts.23), fora o ritual abordado para o encaminhamento do processo.

No caso da Lei n.13.104/15, alterou o art. 121 do Código Penal através do decreto Lei nº 2.848/40, incluindo o feminicídio como homicídio qualificado, classificando assim, como crime hediondo. Tipifica o referido artigo:

Art. 121, §2º Se o homicídio é cometido:

[...] VI – contra a mulher por razões da condição do sexo feminino:

Pena – reclusão, de doze a trinta anos.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A violência contra a mulher, tema em voga em nossa atualidade, vêm despertando na sociedade grande interesse para a sua prevenção através de práticas mais eficazes para o combate, seja por meio da conscientização ou até mesmo de forma drástica como a prisão do companheiro agressor.

No entanto, é preciso um conjunto harmonioso de institutos em nosso país, assim como, de leis rigorosas que intimidem a realização da violência contra a mulher em âmbito público ou privado (domiciliar).

Apesar de possuímos em nosso ordenamento jurídico, leis específicas para a proteção da mulher em ambiente doméstico, como também contra o gênero feminino, nota-se a violação ao princípio constitucional da igualdade já que impera, ainda em pleno século XXI, a discriminação contra a mulher.

O presente estudo abordou a atuação da Justiça Criminal em nosso país com sua ramificação em nosso ordenamento jurídico e o conseqüente surgimento da

delegacia especializada à mulher. Alguns tratados internacionais e a Constituição Federal do Brasil elencam em seus textos a proteção feminina contra abusos em questão ao gênero e o direito a dignidade humana e por fim o desempenho da lei Maria da Penha e do feminicídio na lide contra todo o crime que envolve a mulher.

Através do estudo dos índices obtidos por meio da Delegacia Geral da Polícia do Estado da Paraíba podemos averiguar que os números de inquéritos, como também, de medidas protetivas realizadas continuam constantes e que são necessários critérios mais rígidos para cessar o feminicídio e a violência doméstica.

As medidas protetivas ou pouco inibem a sociedade ou o Estado não vem engajado em seu dever de proteção àquelas que sofrem de tal violência.

O Estado como garantidor na esfera penal, deve atuar no sentido de propor medidas mais firmes àqueles que extrapolam as leis fixadas em nosso país. Perfaz urgente, dado a gravidade dos casos que se apresentam em realidade a violência doméstica e de gênero, este estudo aprofundado e ensejados de reflexão que possam mostrar maneiras de combate mais eficaz e atuante dos entes federativos, seja por meio das leis já existentes, como também, exibindo formas e soluções mais adequadas para a reprimenda.

Uma participação ampla do Estado, que garanta a informação, assistência, proteção e reparação por aqueles que sofrem a violência de forma direta, como também seus familiares, que indiretamente perdem um ente querido, é uma forma minimizar o sofrimentos por parte destes dos caos em que se encontra nosso país.

É dever nosso como cidadão cobrar dos representantes leis que proporcionem medidas mais enérgicas numa cultura enraizada ainda por traços machistas e cheios de preconceitos. O ser humano, independente do sexo, é condigno de poder se expressar e realizar seus atos da forma que melhor lhe aprouver.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Revista dos Tribunais, São Paulo, nº48, p.260-287, maio/jun 2004.

Bianchini, Alice. Lei Maria da Penha: Lei 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BLAY, Eva Alterman. Violência contra a mulher e políticas públicas. Estudos Av.2003; 17(49): 87-98.

BRASIL. Código Penal. Brasília, DF: Senado Federal, 1940.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL, Senado Federal. Lei Maria da Penha. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/entenda-o-assunto/lei-maria-da-penha>

BRANDÃO, Elaine Reis. Renunciante de direitos? A problemática do enfrentamento público da violência contra a mulher: o caso da delegacia da mulher. PHYSIS: Rev. Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, 16(2):207-231, 2006.

CEDAW – CONVENÇÃO SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER. In: BRASIL. Disponível em <http://www.onumulheres.org.br/areas-tematicas/fim-da-violencia-contra-as-mulheres/>. Acesso em 13 mar.2019.

CONVENÇÃO INTRAMERICANA para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher – Convenção do Belém do Pará, 1994. Disponível em <http://www.onumulheres.org.br> . Acesso em 10 abr.2019

CUNHA, Sarah Lopes da. A desnecessidade de tipificação do feminicídio. Brasília: IDP/EDB, 2016 29f. Artigo(Graduação)-Instituto Brasiliense de Direito Público. Escola de Direito de Brasília

FERREIRA, Helder; Fontoura, Natália de Oliveira. Sistema de Justiça Criminal no Brasil: Quadro institucional e um diagnóstico de sua atuação. Ipea, texto para discussão nº 1330. Brasília, 2008.

FONSECA, D. H., RIBEIRO, C. G., & LEAL, N. S. B. (2012). Violência doméstica contra a mulher: realidades e representações sociais. Psicologia & Sociedade, 24(2), 307-314.

FORUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA – FBSP. Anuário brasileiro de segurança pública. Ano 12. São Paulo, 2018.

FORUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. A vitimização de mulheres no Brasil. 2ª ed. São Paulo, 2019.

FROSSARD, Heloísa (Org.). Instrumentos Internacionais de Direitos das Mulheres. Brasília: Secretaria de Políticas para as Mulheres, 2006.

FROSSARD, Heloísa (Org.). Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher – Norma Técnica de Padronização. Brasília: Secretaria de Políticas para as Mulheres, 2006.

HABIB, Gabriel. Leis Penais Especiais. Volume único/ coordenador Leonardo de Medeiros Garcia. 10. Ed. rev. atual.e ampl. Salvador: Juspodivm, 2018.

MACHADO, Lia Zanotta. Atender vítimas, criminalizar violências. Dilemas das Delegacias da Mulher. Série Antropológica, 319. Brasília.

PANSJIARJIAN, Valéria (2003). Os Estereótipos de Gênero nos Processos Judiciais e a Violência contra a Mulher na Legislação. Disponível em: www.cladem.org/htm. Acesso em 18 mar.2019

PINHEIRO, Nataly de Sousa. Aspectos ligados à violência contra a mulher: a efetividade da Lei Maria da Penha no combate aos crimes praticados em ambiente familiar e doméstico. Revista da ESMA, ano 8, n.2, p.208-230. João Pessoa, 2018.

PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela. A violência doméstica contra a mulher e a proteção dos direitos humanos. Em:Grupo de Trabalho de Direitos Humanos – Direitos humanos no cotidiano jurídico. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 2004.

PRADO, Débora; SANEMATSU, Marisa (Org); Feminicídio#Invisibilidade Mata. São Paulo: Instituto Patrícia Galvão, 2017.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. Direito Internacional Público e Privado. 3ªed. Salvador: JusPodivm, 2011.

RIBEIRO, Ludmila; SILVA, Klarissa. Fluxo do Sistema de Justiça Criminal Brasileiro: Um balanço da literatura. Rio de Janeiro: Cadernos da Segurança Pública, Ano 2, Número 1, Agosto de 2010.

Disponível em: www.isp.rj.gov.br/revista/download/Rev20100102.pdf. Acesso em: 13 mai.2019

RIFIOTIS,Theophilos. 2015. Violência, justiça e direitos humanos: reflexões sobre a judicialização das relações sociais no campo da “violência de gênero”. Cadernos do PAGU/Unicamp, (45): 261-295

SANTOS, Ana Paula Coelho Abreu dos; WITECK, Guilherme. Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. XIII Seminário Internacional de demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea; Florianópolis, 2016.

ONU – Organização das Nações Unidas. Declaração e Programa de Ação de Viena. Disponível em: www.oas.org. Acesso em 18 mar.2019

WAISELFISZ, Julio Jacob. Mapa da violencia 2015: homicidios de mulheres no Brasil. Disponível em: www.mapadaviolencia.org.br. Acesso em 13 mai.2019

CONTROLE E EFEITOS DO USO DE ARMA DE FOGO

Willams Adelino da Silva
Arnaldo Sobrinho de Moraes Neto

RESUMO: O trabalho compromete-se a analisar os dados que envolvem o Estatuto do Desarmamento, através da Lei nº. 10.826/2003, a qual é versada expondo acerca de questões relacionadas com os efeitos no âmbito civil brasileiro, buscando verificar se foi ou não eficaz no período em que compreendeu os anos de 2004 e 2018. Assim, partindo-se de uma pesquisa bibliográfica, utilizando-se o método dedutivo, inicialmente estudaram-se as liberdades individuais e o instituto da segurança pública, na sequência, verificou-se a legislação em vigor sobre o Estatuto do Desarmamento, colacionando 34 anos de dados coletados por diversos institutos e, por fim, apresentou-se o projeto que objetiva sua total revogação (Projeto de Lei n. 3.722/2012). Logo a sua natureza restritiva e a impossibilidade e incapacidade do Estado de atender aos requerimentos no tocante ao poder de polícia preventivo, apresentando como alternativa à sua tolerância, a total revogação do Estatuto do Desarmamento, especialmente no tocante à liberação do porte de arma de fogo, seria medida apropriada, principalmente pela ineficácia de seu objetivo.

Palavras Chaves: Desarmamento, Porte de Arma de Fogo, Revogação, Projeto de Lei n. 3.722/2012, Liberdade Individual.

ABSTRACT: This article undertakes to analyze the data that involve the Disarmament Statute, through Law no. 10.826/2003 - Disarmament Statute Law, which is well-known by exposing some issues related to the effects in the Brazilian civil sphere, seeking to verify whether or not it was effective in the period in which it comprised the years of 2004 and 2018. Thus, a bibliographical research was carried out using the deductive method, initially the individual freedoms and the institute of public security were studied, following the current legislation on the Disarmament Statute, collating 34 years of data collected by various institutes and, finally, the project that aimed at its total repeal was presented (Bill 3,722 / 2012). It is concluded that in light of its restrictive character and the inability and incapacity of the State to meet all demands regarding preventive police power, presenting as an alternative to its flexibilization, total revocation of the Disarmament Statute, especially with regard to the release of the size of a firearm, would be an adequate measure, notably because of its ineffectiveness.

Keywords: Disarmament, Firearms, Revocation, Draft Law n. 3.722/2012, Individual freedom.

1 INTRODUÇÃO

O Estatuto do Desarmamento é objeto de estudo deste estudo e versa acerca de questões relacionadas com os efeitos e causas no âmbito civil brasileiro. Confrontar uma experiência de revogar o Estatuto do Desarmamento (Lei

10.826/2003) de modo a ajustar a posse e o porte de armas de fogo diante da impossibilidade do Estado de manter a segurança de todos e em todos os momentos e frente à tendência natural de agir em função de se auto preservar inerente a todo ser humano, quando observados os números relacionados às mortes violentas provocadas por arma de fogo.

Conceitua-se arma de fogo todo artefato produzido, industrial ou artesanalmente, com o fim de lançamento de projeteis sólidos, denominadas munições, por meio da ampliação de gases alcançados com a queima de um elemento de propulsão, normalmente a pólvora. A contar da antiguidade, o homem se utiliza das armas com os mais diversos fins: caça, autodefesa ou a defesa dos seus espaços. Contudo, essas armas também são utilizadas com fins nada agradáveis, como instrumentos de ameaça ou ferramentas na prática de crimes.

O referido Estatuto surgiu diante da necessidade do Estado de reduzir a criminalidade, conforme relatório exposto em 2014 pela Unicef (Fundo das Nações Unidas para a Infância), o Brasil está em segundo lugar mundial em número de homicídios cometidos, principalmente contra jovens até 19 anos. Só em 2012, ano em que o número de assassinatos excedeu o total de 56 mil vítimas, mais de 11 mil jovens entre zero e 19 anos foram assassinados. Considerando-se a taxa de homicídios por 100 mil habitantes, o Brasil está em 6ª colocação, depois de países como El Salvador e Haiti. Dentre outros motivos, está o consumo de drogas, as desigualdades sociais e o crescente interesse das camadas mais pobres a bens de consumo e serviços impostos por sociedade capitalista ao qual se encontra distante da realidade de muitos criminosos e também conseqüentemente o aumento da criminalidade destaca-se o fácil acesso às armas de fogo. Então por meio da total restrição, instituiu-se a Lei 10.826, para tentar reduzir os índices de assassinatos cometidos com armas de fogo.

O estatuto do desarmamento tem a finalidade de regulamentar a posse ou o porte de armas, fazendo com que todas as armas estejam registradas e as antigas devolvidas ao órgão competente, trazendo várias limitações para quem tem o interesse de adquirir uma arma de fogo de forma legal. Como também sobre o comércio de armas de fogo, do tráfico internacional das armas assim como, suas munições e acessórios. Com o intuito de que, haja diminuição de criminalidade com o uso da arma de fogo. Para tanto, a fim de examinar a eficácia do Estatuto do

Desarmamento, restou necessária a análise de dados em diferentes fontes de pesquisa para junção de informações, que corroborou com o exposto por diversos autores que defendem a revogação do atual estatuto.

O trabalho apontará pontos de vistas relacionados à liberdade dos cidadãos relacionando com a segurança pública, quando, na continuação, analisar-se-á a Lei n. 10.826/2003 para, ao fim, descobrir se houve o cumprimento do objetivo ao qual se justificou para a criação da lei, exibindo que, diante da ineficácia do fim da lei em relação à proteção da vida e do patrimônio dos indivíduos - fato que foi corroborado através do estudo de dados sobre segurança pública - restou claro que a revogação da descrita lei e a liberação à utilização do porte de armas de fogo pelo povo, seria a medida mais assertiva a fim de resguardar seu objetivo.

Ao decorrer desse artigo será observada a relevância de levantar essa discussão, pois essa lei foi elaborada com a proposta de melhorar a segurança coletiva, vindo para beneficiar a população, mas de uma determinada forma, findou por prejudicar.

Além disso, poderá se observar com o olhar dos doutrinadores quando discute a lei fazendo observações, críticas ao estatuto e demonstrando algumas falhas que passaram despercebidos e após a leitura poderão ter uma nova visão sobre a lei, se realmente houve um benefício significativo com severas mudanças.

Será analisado o crime de perigo, que ao comentar sobre o estatuto, não poderia deixar de ser referido pela sua importância, visto que ajudará para uma melhor compreensão quanto ao tema.

Tendo em vista, os problemas encontrados na lei, o atual trabalho tem como objetivo Geral: o estudo da Lei nº 10.826/2003 do Estatuto do Desarmamento, no tocante da violação a Constituição Federal e; objetivos específicos: analisar se consta vício formal nessa lei, confrontar a concessão de fiança, estudar a Ação Direta de Inconstitucionalidade apreciada pelo Supremo Tribunal Federal e refletir a inconstitucionalidade material.

O estudo foi preparado por meio dos níveis de investigação descritiva, pois tem como fim verificar o estatuto do desarmamento se opera junto com as inconstitucionalidades.

O método utilizado foi o indutivo, pois parte de um estudo particular buscando um conhecimento sobre o assunto, análise alcançada por meio de bibliografias para

chegar ao objetivo. O assunto da breve análise da inconstitucionalidade do estatuto foi levantado, para que voltasse o olhar para essa lei e atentarmos que leis são criadas.

2. LIBERDADE INDIVIDUAL OU LIBERDADE CIVIL

Define-se como direitos civis e liberdades que asseguram o indivíduo do poder discricionário (a margem de escolha que o Estado possui, para estabelecer os limites da interferência do próprio estado na vida privada dos cidadãos) e garantir que o abuso de poder não ocorram.

Apesar da abrangência do conceito, que pode variar segundo cada país, alguns exemplos de liberdades abrangem: o direito à segurança; liberdade de consciência; a liberdade religiosa; liberdade de expressão; liberdade de associação e reunião; à privacidade; um processo com o contraditório e a ampla defesa, o direito a um julgamento justo; à propriedade; de não ser torturado; a liberdade de imprensa; a igualdade perante a lei; o direito à vida; e o direito à integridade corporal.

3. O DIREITO À VIDA, DIREITO A AUTODEFESA E SEGURANÇA PÚBLICA

Diariamente, os meios de comunicação divulgam notícias sobre latrocínios, homicídios, etc. e mais uma interminável lista de crimes: sejam contra a vida ou contra o patrimônio, e tais notícias promovem na sociedade, o sentimento de perigo e falta de apoio por parte do Poder Público, da Segurança Pública. Com certeza, a violência se tornou uma doença na sociedade, difícil de ser vencida, sobretudo nos grandes centros urbanos.

O Estado tem se mostrado ineficiente em minimizar os crimes, seja restritivamente ou preventivamente, os meios empregados não trazem os efeitos esperados. Primeiramente, o Brasil não consegue empregar com sucesso práticas de prevenção ao crime, especialmente, aos jovens vindos de classes sociais menos favorecidas, por meio de políticas públicas que possibilitem a inclusão social e a erradicação da pobreza, através do acesso à educação, à cultura, à moradia e a empregos dignos, direitos assegurados pela Constituição Federal de 88. Em segundo lugar, não consegue punir devidamente os infratores, em razão de uma

legislação falha e antiga que tira toda a eficácia da vontade punitiva, aumentando a impunidade e a ideia de que no Brasil, o crime vale a pena.

Em meio à confusão e ao descaso do Poder Público, resta apenas ao cidadão, oprimido com a violência que destrói o país, o sentimento de abandono, de insegurança. Deste modo, a posse de uma arma de fogo simboliza para alguns, uma forma de proteger a si e à sua família contra a ação violenta de criminosos.

Porém, a veracidade dos fatos atesta que tal convencimento, na maioria das vezes, não passa de ilusão. Um dos pontos é que, o cidadão precisa estar preparado, física e psicologicamente, para utilizar uma arma e antes de reagir a uma situação de alto risco, é preciso agir rapidamente e com precisão, que apenas com treinamento adequado irá adquirir. A situação psicológica conta bastante, pois ocorrem crimes que poderiam ser facilmente resolvidos e/ou evitados, mas não significa que as armas são o principal meio

desses crimes causados por emoção.

Consequentemente, fácil é compreender que, para estar realmente protegido, o cidadão tem que estar além da mera posse de uma arma, é preciso manusear e principalmente, saber usar da forma correta e consciente, no momento certo e com discernimento.

Não questionamos a legítima defesa, o direito à vida é um direito fundamental, e é claro e evidente que devemos defender esse direito, tanto quanto a integridade física, o patrimônio ou a inviolabilidade do domicílio.

Como é do conhecimento de todos os Estado, por meio de seus representantes, não pode estar em todos os lugares ao mesmo tempo, razão pela qual permite aos cidadãos a possibilidade de, em determinadas situações, agir em sua própria defesa (GRECO, 2014, p. 341).

Atesta o Código Penal, no art. 25 que “entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente os meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”.

Estando clara a definição de legítima defesa, é prudente responder às seguintes perguntas: Quais os bens jurídicos que podem ser defendidos? Será que as liberdades individuais estão resguardadas pela legítima defesa se, estiverem sofrendo ou prestes a sofrer qualquer agressão? Compreende-se que a legítima defesa se aplica na proteção de qualquer bem tutelado pela lei. Sendo assim, pode-

se, tranquilamente, desde que presentes seus critérios de validade, declarar a legítima defesa no amparo das condutas que defendam seus bens, materiais ou não.

Entretanto, cabe deixar claro que, a legítima defesa não pode ser imoderada, ultrapassar limites do necessário à defesa do bem em questão, nem deve ser confundida com vingança. Além do mais, não é exagerado lembrar que deve haver distinção clara entre agressão injusta e provocação injusta. Contra uma simples provocação injusta, não caberá legítima defesa.

4. INCONSTITUCIONALIDADE?

A Lei nº 10.826/2003 do Estatuto do Desarmamento, tem por finalidade diminuir a violência decorrente da posse ou porte de arma de fogo, conseguindo alcançar através das limitações contidas no estatuto, entretanto, a lei traz algumas inconstitucionalidades, entre elas, foi considerado inconstitucional pelo STF, o artigo 21 do Estatuto, por não observar os princípios e normas constitucionais, o artigo denegava a liberdade provisória aos que fossem acusados por posse ou porte ilegal de arma de uso restrito, pelo comércio ilegal de arma e também pelo tráfico internacional de arma. O que faz com que a lei se torne inconstitucional, quando afronta os princípios da presunção de inocência, como também o princípio do devido processo legal, que é a ampla defesa e o contraditório; além do parágrafo único do artigo 14, que proibia a concessão de liberdade, mediante o pagamento de fiança, no caso de porte ilegal de arma.

Analisando a inconstitucionalidade, pode-se perceber a existência de dois tipos: a inconstitucionalidade formal que ocorre no início, ou seja, na criação da lei ou ato normativo por não obedecer algum critério da norma e a material, onde não há os requisitos obedecidos de acordo com os princípios constitucionais, que não esteja em conformidade com a Constituição Federal de 88. Ademais, sendo assimilada pelos estudiosos a inconstitucionalidade formal por ação, subjetiva e objetiva, como também orgânica, propriamente dita e por descumprimento dos pressupostos objetivos. Resta imprescindível, então, observar com cuidado determinadas leis, pois se podem encontrar alguns confrontos com a Carta Magna.

Contudo, isso poderia trazer mais visibilidade para o Estatuto, para que as leis sejam verificadas com mais cuidado, como também haver possibilidade dessas leis

analisadas, serem até mesmo revogadas, logo que o vício não poderá ser corrigido, principalmente, quando for vício no início da competência para a elaboração da norma.

5. ESTATUTO DO DESARMAMENTO

Perante tanta violência e o medo cada dia maior na sociedade, surge o Estatuto do Desarmamento como uma tentativa do governo de coibir a comercialização e uso de armamentos por civis, no intuito de dificultar e diminuir os índices de mortes por armas de fogo e estava em vigor no país desde 22 de dezembro de 2003, onde se acreditava que menos arma nas ruas resultaria em menos homicídios ou acidentes com armas de fogo, desse modo salvando muitas vidas. A seguir, temos a tabela 1, que nos mostra as 50 cidades mais violentas do mundo a cada 100 mil habitantes.

Tabela 1: As 50 cidades mais violentas do mundo

| Posição | Cidade | País | Homicídios | Habitantes | Taxa (por cada 100 mil habitantes) |
|---------|----------------------|----------------|------------|------------|------------------------------------|
| 1 | Los Cabos | México | 365 | 328.245 | 111,33 |
| 2 | Caracas | Venezuela | 3.387 | 3.046.104 | 111,19 |
| 3 | Acapulco | México | 910 | 853.646 | 106,63 |
| 4 | Natal | Brasil | 1.378 | 1.343.573 | 102,56 |
| 5 | Tijuana | México | 1.897 | 1.882.492 | 100,77 |
| 6 | La Paz | México | 259 | 305.455 | 84,79 |
| 7 | Fortaleza | Brasil | 3.270 | 3.917.279 | 83,48 |
| 8 | Victoria | México | 301 | 361.078 | 83,32 |
| 9 | Guayana | Venezuela | 728 | 906.879 | 80,28 |
| 10 | Belém | Brasil | 1.743 | 2.441.761 | 71,38 |
| 11 | Vitória da Conquista | Brasil | 245 | 348.718 | 70,26 |
| 12 | Culiacán | México | 671 | 957.613 | 70,1 |
| 13 | St. Louis | Estados Unidos | 205 | 311.404 | 65,83 |
| 14 | Maceió | Brasil | 658 | 1.029 | 63,94 |
| 15 | Cape Town | África do Sul | 2.493 | 4.004.793 | 62,25 |
| 16 | Kingston | Jamaica | 705 | 1.180.771 | 59,71 |
| 17 | San Salvador | El Salvador | 1.057 | 1.789.588 | 59,06 |
| 18 | Aracaju | Brasil | 560 | 951.073 | 58,88 |

DIÁLOGOS CIENTÍFICOS EM DIREITO: PRODUÇÕES ACADÊMICAS 2021.1 - VOL. VII

Camila Yamaoka Mariz Maia | José Carlos Ferreira da Luz | Marcel Silva Luz
(Organizadores)

| | | | | | |
|----|------------------|----------------|-------|-----------|-------|
| 19 | Feira de Santana | Brasil | 369 | 627.477 | 58,81 |
| 20 | Juárez | México | 814 | 1.448.859 | 56,16 |
| 21 | Baltimore | Estados Unidos | 341 | 614.664 | 55,48 |
| 22 | Recife | Brasil | 2.180 | 3.965.699 | 54,96 |
| 23 | Maturín | Venezuela | 327 | 600.722 | 54,43 |
| 24 | Guatemala | Guatemala | 1.705 | 3.187.293 | 53,49 |
| 25 | Salvador | Brasil | 2.071 | 4.015.205 | 51,58 |

| Posição | Cidade | País | Homicídios | Habitantes | Taxa (por cada 100 mil habitantes) |
|---------|----------------------|----------------|------------|------------|------------------------------------|
| 26 | San Pedro de Sula | Honduras | 392 | 765.864 | 51,18 |
| 27 | Valencia | Venezuela | 784 | 1.576.071 | 49,74 |
| 28 | Cali | Colômbia | 1.261 | 2.542.876 | 49,59 |
| 29 | Chihuahua | México | 460 | 929.884 | 49,48 |
| 30 | João Pessoa | Brasil | 554 | 1.126.613 | 49,17 |
| 31 | Obregón | México | 166 | 339.000 | 48,96 |
| 32 | San Juan | Porto Rico | 169 | 347.052 | 48,7 |
| 33 | Barquisimeto | Venezuela | 644 | 1.335.348 | 48,23 |
| 34 | Manaus | Brasil | 1.024 | 2.130.264 | 48,07 |
| 35 | Distrito Central | Honduras | 588 | 1.224.897 | 48 |
| 36 | Tepic | México | 237 | 503.330 | 47,09 |
| 37 | Palmira | Colômbia | 144 | 308.669 | 46,65 |
| 38 | Reynosa | México | 294 | 701.525 | 41,95 |
| 39 | Porto Alegre | Brasil | 1.748 | 4.268.083 | 40,96 |
| 40 | Macapá | Brasil | 191 | 474.706 | 40,24 |
| 41 | Nova Orleans | Estados Unidos | 157 | 391.495 | 40,1 |
| 42 | Detroit | Estados Unidos | 267 | 672.795 | 36,69 |
| 44 | Durban | África do Sul | 1.396 | 3.661.911 | 38,12 |
| 45 | Campos de Goytacazes | Brasil | 184 | 490.288 | 37,53 |
| 46 | Nelson Mandela Bay | África do Sul | 474 | 1.263.051 | 37,53 |
| 47 | Campina Grande | Brasil | 153 | 410.332 | 37,29 |
| 48 | Teresina | Brasil | 315 | 850.198 | 37,05 |
| 49 | Vitória | Brasil | 707 | 1.960.213 | 36,07 |
| 50 | Cúcuta | Colômbia | 290 | 833.743 | 34,78 |

Fonte: BBC Brasil, 2018.

A aquisição de arma, por qualquer que sejam as boas intenções ou condições psicológicas de uso, tem a finalidade maior de reduzir o crescente número de homicídios, muitos deles praticados em meio a situações insignificantes, garantindo dessa forma, aos cidadãos de bem, um mínimo de segurança desejável.

Em outubro de 2005, ocorreu um referendo onde a população foi às urnas após a elaboração da lei para responder à pergunta: O comércio de armas de fogo e munição deve ser proibido no Brasil? As alternativas eram "não", número 1 (contra a proibição) e "sim" o número 2. (a favor da proibição) e, por maioria dos votos (63,68%), a população decidiu contra o desarmamento, contra a lei que proibiria o comércio de arma de fogo e munição em todo o Brasil, com exceção das Forças Armadas, das polícias e das empresas de segurança privada, portanto, o "não" venceu em todo país.

Nossa Constituição estabelece que todo poder emana do povo, porém, o povo teve sua vontade afastada, permanecendo apenas a fabricação, mas mantendo todas as restrições trazidas pelo estatuto. Não foram levados em consideração muitos pontos importantes, como aspectos sociais que envolvem o crime: como falta de educação, saúde, trabalho, lazer o acesso a drogas, em outros, estabeleceu penas rigorosas para crimes como o porte ilegal e o contrabando. Sua regulamentação ocorreu por meio de um decreto em 1º de junho de 2004.

Para isso, Waiselfisz (2005) aponta que a UNESCO propagou um estudo entre 1993 e 2003, onde a taxa de mortes por arma de fogo no Brasil superava as mortes por outros conflitos armados ocorridos pelo mundo, a exemplo da guerra do Golfo, marcada por 10 mil baixas em um ano de guerra, em 1991, já no Brasil foram registradas uma média de 32 mil mortes por armas de fogo no mesmo período. A mortalidade por arma de fogo era elevadíssima e crescia ao longo do tempo.

A Lei 10.826/2003 previa recompensa em dinheiro para aquele que ia entregar a arma na Polícia Federal (dependendo o valor do tipo de arma). Devido esse programa, foi entregue mais de 670 mil armas às autoridades entre 2004 e 2015, segundo o Ministério da Justiça.

Quanto ao registro para posse de arma é exigido entre os requisitos: comprovação de idoneidade, com a apresentação de certidões negativas de antecedentes criminais; ocupação lícita e de residência certa; capacidade técnica e de aptidão psicológica para o manuseio de arma de fogo, outras regras foram

implantadas: somente pode portar armas (carregar consigo em qualquer lugar) agentes responsáveis pela segurança pública; integrantes das Forças Armadas; Policiais Civis, Militares, Federais e Rodoviários Federais; Agentes de Inteligência; Agentes e Guardas Prisionais; Auditores Fiscais e Agentes de Segurança Privada em serviço.

Já os civis que possuem armas de fogo legalmente adquiridas, tem permissão à posse, mas não ao porte, ou seja, apenas para deixá-la em casa ou no local de trabalho, desde que seja ele o titular ou o responsável legal pelo estabelecimento ou empresa. Caso seja necessário transportá-la, só poderá mediante autorização da autoridade competente.

Apoiadores do Estatuto acreditam que o desarmamento era a saída possível para resolver a problemática da violência, assim como o controle das armas legais, poderiam diminuir também as armas em posse de bandidos, já que, legalmente, estudos revelam que a maior parte das armas apreendidas pela polícia era legalmente fabricada no país abastecendo o mercado ilegal. Por isso, quanto menos armas registradas no país, menos armas estarão disponíveis para os criminosos. Como consequência, os ritmos do crescimento das mortes violentas diminuiriam; o porte de armas aumenta as possibilidades de mortes acidentais ou provocadas por brigas familiares, trânsito por exemplo.

No momento, os estudiosos e os críticos ao estatuto do desarmamento alegam que os homicídios não diminuíram com a lei, além do que, constatam que faltam pontos importantes para determinar o que viria a ser o indispensável motivo de possuir uma arma.

Pontos destacados: As mortes continuam a aumentar no país, em 2017, por exemplo, chegou ao recorde de assassinatos, com quase 64 mil. A ação do Desarmamento é ineficiente, pois tira as armas de pessoas do bem e não dos criminosos, deixando a população praticamente indefesa. A lei possui passagens subjetivas e exige a apresentação de muitos documentos, o que quase impossibilita a compra e a posse de armas.

Para Quintela e Barbosa:

(...) O fracasso absoluto do Estatuto do Desarmamento é a prova cabal de que as armas utilizadas pelos criminosos não são, em sua maioria, provenientes do roubo de armas legalizadas. E a população brasileira já percebeu isso, pois desde 2012 a procura por armas de fogo tem

aumentado consideravelmente, ainda que apenas uma pequena parcela dos que tentam uma licença para compra consiga obtê-la; diante da falência do Estado em proteger o cidadão, a única alternativa que lhe resta é buscar sua própria defesa, mesmo que isso signifique aborrecimentos burocráticos, taxas monetárias altíssimas e muito tempo gasto em cada uma das etapas para a obtenção de uma licença. (QUINTELA; BARBOSA, 2015, p.43)

O que se entende é que houve um enorme desastre na lei, visto que se observa que nem todas as armas dos criminosos foram adquiridas resultantes de crimes anteriores com vítimas, e sim, apanhadas de forma ilegal. Além do que, se destaca que houve um aumento considerável na procura da arma de fogo, por mais que gere descontentamentos, taxas econômicas com valores bem altos e demora na aquisição da arma de forma legalizada, muito dos cidadãos estão acordando para a realidade e adquirindo a sua licença para o porte e posse das armas de fogo.

Reforçando a temática, Quintela e Barbosa:

(...). Por incrível que pareça, as pessoas que lutam pelo controle e banimento das armas simplesmente ignoram o fato de que qualquer arma pode ser usada de duas maneiras, e não apenas de uma: existem os usos ofensivos, e existem os usos defensivos. Dizer que armas só servem para matar equivale a dizer que carros só servem para atropelar, que fósforos só servem para incendiar, que facas só servem para esfaquear, que machados só servem para esquartejar, e assim por diante (QUINTELA; BARBOSA, 2015, p.47).

A compreensão do doutrinador a respeito das armas constata-se que as armas não foram fabricadas com o intuito de acabar com a vida de alguém, uma vez que o objetivo é de conter um ato criminoso. Então verificamos que as armas de fogo têm várias formas de serem empregadas, de forma ofensiva que são utilizadas em alguns casos também pelos militares para reprimir alguma ação que venha atingir a sociedade e de forma defensiva seria a sociedade promovendo sua própria defesa, pois usaria em casos que possam vir ocorrer, como, por exemplo, uma invasão do patrimônio. Então os cidadãos poderão utilizar como uma forma de se defender, disparando contra pessoa ou somente para afastar.

Noutra passagem, Quintela e Barbosa, reiteram:

(...) De qualquer forma, a verdade incontestável é que nenhuma arma, de nenhum tipo, mata por si só. Infelizmente, vivemos numa época em que as responsabilidades individuais estão cada vez mais sendo transferidas para entes desprovidos da capacidade de agir. (QUINTELA; BARBOSA, 2015, p. 25)

O doutrinador evidencia que as armas só matam quando tem alguém por trás dela, senão não haverá disparo algum e muito mesmo um homicídio ou latrocínio. Além do mais, o que contribui para que ocorra uma lesão é quem está atrás da arma, ou seja, quem estiver portando a arma de fogo, dependerá exclusivamente da conduta do agente, da intenção para o alcance do crime.

Pergunta se: Países sem armas são mais seguros? O doutrinador fez uma breve volta na história, trazendo diversas análises de alguns países e observando que países desarmados não são mais seguros.

Noutra passagem, Quintela e Barbosa sustentam que:

E finalmente chegamos ao exemplo da nação mais armada do mundo. Com uma estimativa de 300 milhões de armas nas mãos de sua população, [30], ou seja, uma média de 1 arma por habitante, os Estados Unidos não são o país mais seguro do mundo, mas também estão longe de ser um dos mais violentos. (...) a própria Inglaterra supera os Estados Unidos em quantidade de vários tipos de crime, e as taxas de crimes violentos nos EUA vêm decrescendo cada vez mais, num movimento inversamente proporcional ao número de armas nas mãos da população. Nos últimos trinta anos, todos os estados americanos aprovaram algum tipo de permissão para porte oculto de armas curtas, sendo que 80% deles possuem regras não discricionárias, e 10% dos estados não possuem nenhuma restrição a qualquer tipo de posse ou porte de armas pela população (QUINTELA; BARBOSA, 2015, p.36).

Podemos observar que não é como muitos dizem que países sem armas são mais seguros. Com dados, podemos analisar que os Estados Unidos não são um país mais seguro, mas em referência a violência houve uma queda na taxa de crimes, visto que muitos terminam por adquirir a posse de arma, inibindo, dessa forma os criminosos e, assim, diminuindo os índices de violência, pois os criminosos pensam duas ou mais vezes antes de agir contra outra pessoa.

6. TIPOS PENAIS DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO:

6.1 POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO

No art. 12, do Estatuto do Desarmamento, temos:

Artigo 12. Possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência desta, ou, ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa.

A posse regular é aquela que tiver registro dentro do prazo de validade de arma de uso permitido para posse, e mantiver a mesma na sua residência ou domicílio em suas dependências ou no seu local de trabalho, se o mesmo for titular responsável por tal lugar, se possuir arma de uso permitido sem registro ou o registro vencido em um desses lugares, a pessoa responderá pela posse irregular de arma de uso permitido.

6.2 PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO

Descreve o art. 14, do Estatuto do Desarmamento:

Artigo 14. Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Portanto, aquele que estiver em qualquer lugar portando arma, acessório ou munição sem o devido porte, estará cometendo crime. Segundo disposição do STJ (Supremo Tribunal Federal) aquele que estiver com arma de uso permitido enterrado no quintal de sua residência está cometendo porte de arma de fogo de uso permitido, pois se caracteriza como ocultar arma.

6.3 OMISSÃO DE CAUTELA (CRIME A PRAZO)

Aqui nos traz o art. 13:

Art. 13. Deixar de observar as cautelas necessárias para impedir que menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa portadora de deficiência mental se apodere de arma de fogo que esteja sob sua posse ou que seja de sua propriedade: Pena - detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, e multa.
Parágrafo único. Nas mesmas penas incorrem o proprietário ou diretor responsável de empresa de segurança e transporte de valores que deixarem de registrar ocorrência policial e de comunicar à Polícia Federal perda, furto, roubo ou outras formas de extravio de arma de fogo, acessório ou munição que estejam sob sua guarda, nas primeiras 24 (vinte e quatro) horas depois de ocorrido o fato.

Este artigo trata de crime que se configura tanto com arma de fogo de uso permitido quanto restrito e o mesmo não prevê acessório ou munição, é uma conduta omissiva condicionada, que para ser crime necessita ser criança, menor de 18 anos ou deficiente, especificamente, mental, a pegar a arma. Também se verifica

o crime a prazo, referente ao proprietário ou gerente de empresas que não comunicarem a PF (Polícia Federal) e nem prestarem o registro de ocorrência de perda, roubo, furto, extravio em até 24 horas.

6.4 DISPARO DE ARMA DE FOGO

Esclarece o art. 15 que:

Artigo 15. Disparar arma de fogo ou acionar munição em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela, desde que essa conduta não tenha como finalidade a prática de outro crime.

Conduta específica de disparar ou acionar munição em via pública ou lugar habitado, desde que não tenha como finalidade de atingir um bem ou patrimônio, pois se configura em outro crime.

6.5 POSSE OU PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO

Em seu art 16, o Estatuto aponta que:

Artigo 16. Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido ou restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Arma de fogo de uso restrito: são aquelas utilizadas apenas por órgãos da segurança pública. Certas condutas equiparam-se ao crime de posse ou porte de arma de fogo de uso restrito:

I – Suprimir ou alterar a numeração ou marca da arma; II – Modificar a característica da arma;
III – Artefato explosivo ou incendiário; IV – Portar, possuir, arma raspada;
V – Vender, entregar, fornecer arma a criança ou adolescente (conduta dolosa); VI – Produzir, recarregar ou reciclar munição ou explosivo.
Aquele que for pego com uma arma mesmo de uso permitido com alguma das características acima, será enquadrado no porte ilegal de arma de uso restrito.

6.6 COMÉRCIO ILEGAL DE ARMA DE FOGO

Artigo 17. Adquirir, alugar, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, adulterar, vender, expor à venda, ou

de qualquer forma utilizar, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Não se deve promover o comércio de arma de fogo sem autorização ou determinação legal, em quaisquer locais de quaisquer formas, sejam elas: exposição de armas, também com intuito de venda, adulterar, fazer desmonte, guardar em depósito, não apenas armas como também, munição ou acessórios. Incidindo este artigo comete-se o crime de comércio ilegal de arma, incorre-se em pena.

6.7 TRÁFICO INTERNACIONAL DE ARMA DE FOGO

Artigo 18. Importar, exportar, favorecer a entrada ou saída do território nacional, a qualquer título, de arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização da autoridade competente.

É proibida a facilitação de entrada de armas de fogo, acessórios e munição sem a devida autorização legal no território brasileiro, muito menos importar ou exportar, sobre qualquer hipótese, incorrendo nesta atitude ilícita, comete-se o delito de tráfico internacional de arma de fogo.

Breve Análise Criminológica do Estatuto do Desarmamento.

O estudo pode ser observado com o passar do tempo após a vigência da presente lei, verificado pelos estudiosos que não houve diminuição da criminalidade. Observando precisamente nas obras de alguns estudiosos, como também em quadros comparativos.

7. PROJETO DE LEI 3.722/2012

Este projeto tem por finalidade uma nova regulamentação para aquisição de armas no Brasil, exclui essa regra geral proibitiva e garante ao cidadão o direito à aquisição e ao porte de armas, desde que atendidos requisitos específicos e fixados na lei.

O artigo 78 do Projeto revoga expressamente a Lei nº 10.826/03 (conhecido como “estatuto do desarmamento”), não significando deixar o tema sem regulamentação, mas sim altera-lo para melhor servir aos cidadãos. O projeto é de autoria do Deputado Federal Rogério Peninha Mendonça, membro do Partido do

Movimento Democrático Brasileiro do Estado de Santa Catarina e tem por fim regulamentar as normas sobre aquisição, posse, porte e circulação de armas de fogo e munições, impondo penalidades e dando providências correlatas.

Como fundamentado, o Deputado se sustentou na negativa da população diante o Referendo de 2005 e, no fato de que, não se pode comprovar que as restrições impostas ao acesso às armas e com a entrega das armas na campanha do desarmamento, realmente provocou uma real queda na criminalidade com armas de fogo. Apesar de modificar demasiadamente a legislação atual, o controle ainda é calculado.

O projeto posto em discussão permite o acesso do cidadão aos mecanismos capazes para sua autodefesa, conforme vontade por ele explicitamente manifestada, e, ao mesmo tempo, possibilita ao Estado controlar com eficiência, a fabricação, a comercialização e a circulação de tais artefatos, podendo identificar e punir com agilidade qualquer eventual utilização irregular.

Assim, a proposta permanece com critérios bem definidos para aquisição e manutenção das armas de fogo por meios de controles estaduais e federais, porém, permite o acesso aos cidadãos tanto pela posse quanto pelo porte. Estes requisitos para a aquisição de armas de fogo de calibre permitido foram bem delimitados nos arts. 10 e 74.

O artigo 10 manteve a comprovação de idoneidade, apresentação de documento comprobatório de ocupação lícita e de residência certa, além da comprovação de capacidade técnica e de aptidão psicológica para o manuseio de arma de fogo, porém, a lei foi omissa no que concerne à declaração de efetiva necessidade. Entendida como de extremo subjetivismo, a declaração de efetiva necessidade possui caráter discricionário por parte da autoridade competente.

Sob esse mesmo olhar, o Decreto 5.123 de 1º de julho de 2004 que regulamenta a Lei 10.826/2003, ampara em seu inciso I do art. 12 a indispensabilidade da declaração, e o parágrafo 1º do mesmo artigo estabelece que a declaração deva deixar claro os fatos e circunstâncias que justificam o pedido, que serão examinados pela Polícia Federal segundo as orientações a serem expedidas pelo Ministério da Justiça.

Os autores Bene Barbosa e Flávio Quintela (2015) entendem que:

[...] Com esse texto o decreto abre as portas para qualquer tipo de regulamento adicional, ex officio, já que condiciona a aprovação do pedido de registro aos regulamentos emitidos pelo MJ, que podem ser modificados através de processo administrativo simples. Além disso, ao transformar a declaração de efetiva necessidade constante no inciso I numa demonstração de efetiva necessidade, mediante um artifício redacional riase uma exigência manifestadamente ilegal, em face do princípio da hierarquia das leis.

Logo, o entendimento é que se a declaração de efetiva necessidade for condicionada a um regulamento adicional, a aquisição de arma de fogo seria condicionada à vontade deste, e não ao cumprimento dos requisitos objetivos igualmente exigidos.

De forma a dar maior celeridade à tramitação dos pedidos de registro, seja no âmbito do SIGMA quanto do SINARM, a proposta fixa o prazo máximo de 60 (sessenta) dias para o desembaraço da documentação pleiteada, sob pena de responsabilização civil, administrativa e criminal (DUARTE, 2017).

O projeto traz a redução da idade para aquisição da arma que retorna à idade mínima de 21 (vinte e um) anos, também traz um ponto extremamente importante que se refere ao crime de ofensa com simulacro ou arma de brinquedo, capaz de intimidar, para o fim de cometer crimes.

O estatuto do desarmamento proíbe, em seu art. 26, a fabricação, a venda, a comercialização e a importação de brinquedos, réplicas e simulacros de armas de fogo, salvo as destinadas à instrução, ao adestramento ou à coleção de usuário autorizado, entretanto, o Projeto de Lei cria uma nova tipificação penal, atendendo a vontade da população, que via seus agressores ficarem isentos das penas atribuídas ao porte ilegal de arma de fogo, por estas não serem meros objetos.

Ainda, o projeto de lei traz a validade do Certificado de Registro de Arma de Fogo de uso permitido, assegurando o direito de manter ou portar a arma de fogo tão somente no interior de sua residência, propriedade rural ou dependência destas, ou, ainda, no seu local de trabalho, desde que seja ele o titular ou o responsável legal pelo estabelecimento ou empresa, válido em todo o território nacional, porém, com validade permanente, modificando o disposto na Lei 10.826/2003 que requer período não inferior a 03 (três) anos e a comprovação dos iguais requisitos exigidos no momento da aquisição.

Trouxe o Projeto de Lei, outras normas para armas de fogo e munição no Brasil, eliminando a regra proibitiva ao porte e garantindo o direito à defesa,

baseando requisitos bem definidos, tornando maleável para que as pessoas bem-intencionadas possam conseguir acesso legal a instrumentos mais eficazes à legítima defesa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao fim dos questionamentos podem-se compreender pontos importantes, tanto sob a ótica da ineficácia do Estado como detentor do poder de polícia quanto da ineficácia do próprio Estatuto do Desarmamento.

Inicialmente cabe colocar que não se pode atribuir apenas aos elevados índices de mortes dolosas ao acesso às armas de fogo, devendo ser analisado o meio social em que os criminosos estão inseridos. O Estado passou a crer que a melhor opção seria a de uma política de desarmamento - como houve em 2003 -, na tentativa de acabar ou diminuir a violência fixada no país. Com o passar do tempo, mostrou-se ineficaz ao que se propusera a fazer, visto que havia consideráveis aumentos nos índices de criminalidade com armas de fogo.

Uma parcela desse crescimento se deu em razão de que pessoas mal-intencionadas não passam pelo processo burocrático para obtenção de arma de fogo legal, restando a elas o comércio ilegal e o fabrico de suas armas em processos artesanais, enquanto bem-intencionadas, passaram a não mais apresentar resistência aos atos violentos, seja em virtude da entrega voluntária de suas armas a Campanha do Desarmamento ou da dificuldade de obtenção do Certificado de Registro por nova aquisição ou renovação.

Assim, resta que a mudança na legislação se faz necessária, com o objetivo de proporcionar maior autonomia ao cidadão na defesa da sua vida e patrimônio. O Projeto de Lei adverte se permitir àqueles que, atendendo aos critérios mínimos, consigam o registro, a posse e o porte de arma de fogo.

Atribui-se maior relevância ao porte, devido ao fato de a maior parte dos crimes serem cometidos fora do domicílio do cidadão ou na chegada deste, de que bastaria a posse de arma de fogo - atualmente permitida exclusivamente no interior de sua residência ou domicílio, ou dependência desses, ou, ainda, no seu local de trabalho - posto que esta mesma arma não irá produzir nenhum efeito quando o cidadão está na fora de seu domicílio ou adentrando nele.

O método de pesquisa utilizado serviu como parâmetro, os resumos de artigos publicados, como também baseadas na consulta de doutrinas, legislação pertinente. A lei atual revogou uma lei antiga, entretanto, entrou em vigor após uma Emenda, tendo a finalidade de que todas as armas estejam registradas no Sistema Nacional de Armas.

Entendendo que não houve mudanças importantes na diminuição da violência, tendo como crítica doutrinária os autores Flávio Quintela e Beni Barbosa, que mostram como o estatuto do desarmamento é realmente, em seu livro “Mentiram para mim”, com capítulos muito importantes para a compreensão do assunto e, até mesmo, modificar opinião que existe sobre o tema; tendo como capítulos: O governo quer desarmar as pessoas porque se preocupa com elas? Com essa indagação feita pelo doutrinador visando atingir a população para um pensamento crítico, pelo qual o governo desarmou os cidadãos, mas com o intuito de se beneficiar, pois caso houvesse algum confronto seria mais fácil ter o controle da situação pelo simples fato que os cidadãos estariam desarmados.

Questiona-se: as armas matam ou são as pessoas que as utilizam de forma equivocada? Apenas ocorrerá um crime com arma de fogo, quando alguém, portando uma arma e dependendo da sua intenção na utilização, sendo totalmente mal-intencionada; países desarmados são mais seguros? Não são os mais seguros, pois como dito e, como um bom exemplo, para que se tenha a real informação, foi feita uma análise pelo qual os Estados Unidos têm uma vasta população armada não sendo o país mais seguro, mas pelo outro lado também estão longe de serem os mais violentos. Essas armas, por acaso, são adquiridas de forma legal?

O estatuto em si acaba por restringir a posse ou porte para as pessoas que colaboram com a lei, aqueles que realmente, para adquirir uma arma, querem fazê-lo de forma legal, os meios que os criminosos utilizam não são meios legais, não são até mesmo provenientes de roubos, tendo como vítimas os cidadãos, mas sim pela comercialização ilegal de arma de fogo. As armas são produzidas especificamente para matar? As pessoas podem ter esse pensamento, mas não necessariamente são produzidas apenas para esse fim, pois elas podem ser usadas defensivamente ou ofensivamente, a defensiva seria utilizada pelos cidadãos para que possam praticar sua própria defesa, como também pela segurança pública resguardando a sociedade ou sendo exercida para ter o controle de uma determinada situação, e

não se esquecendo dos criminosos, sempre com o intuito de amedrontar para levar o bem e até mesmo com a finalidade de agredir um bem jurídico. As armas provocam acidentes?

No âmbito doméstico os índices são bem menores do que acidentes de trânsito ou sufocamentos, por exemplo. As armas precisam de controle para assim solucionar o crescimento dos crimes? Constata-se que não resolveria o controle das armas, visto que houve diminuição da sociedade com a posse e porte de armas sendo que esse controle não teria sucesso pelo simples fato que as armas empregadas pelos criminosos são sem registro e as que têm registro no máximo conseguiria chegar ao antigo proprietário. O estatuto do desarmamento contribui para a diminuição da criminalidade no Brasil? Como já citado a lei não alterou o perfil da criminalidade, não ocorrendo alguma diferença, não tendo como afirmar que o estatuto foi capaz de contribuir com a diminuição dos crimes até hoje, e como estudado os índices só aumentam.

O STF resolveu em uma ação direta de inconstitucionalidade de nº 3.112 sobre alguns dispositivos da lei 10.826 considerando inconstitucionais os artigos 14, 15 e 21, que vedavam a liberdade provisória. Além disso, tiveram outras ações diretas de inconstitucionalidade que foram ajuizadas junto com a ADIn nº 3.112.

A autorização da pena refere-se ao instituto da liberdade provisória tendo essa liberdade como particularidade a liberdade sem fiança em que o agente não está condicionado há um pagamento e com fiança o agente estará subordinado a uma prestação pecuniária, tendo ainda com espécies de liberdade provisória sem fiança sem vinculação e com vinculação, o que diferencia é que o beneficiário ficará vinculado a uma prestação pecuniária ou de serviços e sem vinculação não estará vinculado a nenhuma prestação.

É possível compreender que, depois da aprovação do Estatuto do desarmamento não ocorreu muitas mudanças, não houve diminuição nos índices da criminalidade no Brasil.

Finalmente, conclui-se através deste trabalho a compreensão sobre o estatuto do desarmamento que foi criada uma legislação para aperfeiçoar o nível de segurança, mas não contemplando os requisitos e as normas a serem obedecidos e regidos pela Constituição, fazendo com que o estatuto seja considerado como

inconstitucional por haver várias imperfeições, que estão contidas desde o início no texto dessa lei e em seus dispositivos.

REFERÊNCIAS

BBC BRASIL. Estas são as 50 cidades mais violentas do mundo (e 17 estão no Brasil). 2018. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-43309946>>. Acesso em: 05 Fev 2018.

BRASIL. Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Estatuto do Desarmamento. Brasília: D.O.U., 23 dez. 2003. Seção 1, p. 1. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2003/lei-10826-22-dezembro-2003-490580-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: Fev 2018.

. Decreto n. 5.123 de 1º de julho de 2004. Regulamenta a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, que dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas - SINARM e define crimes. Brasília: D.O.U., 2 jul. 2004. Seção 1, p. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5123.htm>. Acesso em: Fev 2018.

. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Brasília: D.O.U., 13 out. 1941. Seção 1, p. 19699. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3689-3-outubro-1941-322206-norma-pe.html>>. Acesso em: 04 Fev 2018.

. Projeto de Lei n. 3.722, 19 de abril de 2012. Disciplina as normas sobre aquisição, posse, porte e circulação de armas de fogo e munições, cominando penalidades e dando providências correlatas. Brasília: Diário da Câmara dos Deputados, 20 abr. 2012. Ano LXVII. n. 060. Seção 1, p. 13075. Disponível em: <<https://goo.gl/Lm1Zeq>>. Acesso em: 04 Fev 2018.

CASTRO, Gabriel. Tipos de inconstitucionalidade: você sabe quais são? 2017. Disponível em: <<https://direitodiario.jusbrasil.com.br/artigos/444600467/tipos-de-inconstitucionalidade-voce-sabe-quais-sao>>. Acesso em 04 Fev 2018.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Volume 1: Parte Geral – 16ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

GUIA. Entenda a discussão sobre o Estatuto do Desarmamento. 2016. Disponível em: <<https://guiadoestudante.abril.com.br/blog/atualidades-vestibular/entenda-a-discussao-sobre-o-estatuto-do-desarmamento/>>. Acesso em 04 Fev 2018.

PARENTONI, Roberto B.. O desarmamento como instrumento ineficaz para conter a criminalidade. 2012. Disponível em:

<<https://robertoparentoni.jusbrasil.com.br/artigos/121939882/o-desarmamento-como-instrumento-ineficaz-para-conter-a-criminalidade>>. Acesso em 06 Fev 2018.

QUINTELA, Flavio; BARBOSA, Bene. Mentiram para mim sobre o desarmamento. Campinas: Vide Editorial, 2015.

REBELO, Fabricio. Articulando em segurança: contrapontos ao desarmamento civil. Salvador: Cepedes, 2016.

SOUTO, Robson. Considerações sobre do estatuto do desarmamento e o direito do cidadão à autodefesa. 2015. Disponível em:

<<https://juridicocerto.com/p/robsonsouto/artigos/consideracoes-sobre-do-estatuto-do-desarmamento-e-o-direito-do-cidadao-a-autodefesa-1165>>. Acesso em 04 Fev 2018.

UNESCO. Vidas poupadas: o impacto do desarmamento no Brasil. Ministério da Justiça e Ministério da Saúde, 2005. Disponível em:

<<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001399/139949por.pdf>>. Acesso em 08 Fev 2018.

WASELFISZ, Julio Jacobo. Mortes Matadas por Arma de Fogo no Brasil: 1979 – 2003, UNESCO, junho 2005. Disponível em:

<<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000139949>>. Acesso em 08 Fev 2018.

