

DIÁLOGOS CIENTÍFICOS EM DIREITO

**PRODUÇÕES ACADÊMICAS 2021.1
VOL. VI**



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

ISBN: 978-65-5825-085-2

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

VOL. VI

**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.
198 p. ; v.6.

Tipo de Suporte: E-book
ISBN: 978-65-5825-085-2

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

Eis aqui um livro de múltiplos condutores. Seus autores conduzem com maestria a produção acadêmica e científica do curso de Direito do UNIESP.

Estes resultados mostram-se possíveis, graças a três fatores: a qualidade do ensino ofertado aos discentes ao longo do Curso através de um quadro docente preparado; a proposta didático-pedagógica inovadora, diferenciada e demonstrada pelos alunos, quando da confecção do Trabalho de Conclusão de Curso; e, por fim, a intelectualidade, a maturidade jurídica e o brilhantismo científico apresentado pelos nossos alunos. Assim sendo, é a união exitosa desses fatores faz o sucesso do Curso de Direito do UNIESP.

Esta publicação, Diálogos Científicos em Direito, cumpre a função de reunir conhecimentos sobre discussões atuais de áreas do Direito, como A Tributação de Criptomoedas, temas relevantes na área de Direito Humanos, Direito do Consumidor, Crimes Virtuais, dentre outros.

Seja bem-vindo e boa leitura!

Cordialmente,

Profa. Camila Yamaoka Mariz Maia

SUMÁRIO

CENTRO HISTÓRICO DE JOÃO PESSOA: as (in) visibilidades da população em situação de rua - Ana Gabriela Aranha de Aguiar Silveira, Jean Patrício da Silva Patrício	06
TRIBUTAÇÃO DA CRIPTOMOEDA NO IMPOSTO DE RENDA - Barbara Lima Sales, José Gomes de Lima Neto	27
VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS: UM ESTUDO SOBRE A DESUMANIZAÇÃO DE GESTANTES NO SISTEMA CARCERÁRIO - Beatriz Grisi Fernandes da C. Lima, Marcel Silva Luz	51
A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PELA AUTORIDADE POLICIAL - Bruno Teodósio de Alexandre, Reinaldo Nóbrega de Almeida Júnior	66
A SOBERANIA DOS VEREDICTOS NO TRIBUNAL DO JÚRI - Cássio César Moura de Lira, Albérico Santos Fonseca	91
A QUALIDADE DA PUBLICIDADE E A DEFESA DO CONSUMIDOR - Cleônison Cassiano da Silva, Mariana Tavares de Melo	109
PODER DE POLÍCIA NA ABORDAGEM POLICIAL: aspectos jurídicos e limitações à discricionariedade - Dioclécio da Costa Souza, Arnaldo Sobrinho de Morais Neto	133
REPRESSÃO DOS CRIMES VIRTUAIS CONTRA A HONRA CALÚNIA, DIFAMAÇÃO E INJÚRIA - Edilma Feitoza de Pontes, Arnaldo Sobrinho de Morais Neto	157
EXCLUDENTE DE ILICITUDE DO AGENTE DE SEGURANÇA PÚBLICA COM OBJETIVO DE CESSAR IMINENTE AGRESSÃO - Higo Wesley Brandão Da Silva Albérico Santos Fonseca	179
O DIREITO FUNDAMENTAL DO CONSUMIDOR FRENTE AOS CONTRATOS COM CLÁUSULAS ABUSIVAS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO - Jhone Dyundi Sumiya, Mariana Tavares de Melo	198
LICITAÇÕES PÚBLICAS: Princípios norteadores - José Jorge Douettes Vasconcelos , Alberico Santos Fonseca	210
O DIREITO ANIMAL: perspectivas jurídicas a cerca dos maus-tratos - Joseane Bezerra Bessa, Mariana Tavares de Melo	235

CENTRO HISTÓRICO DE JOÃO PESSOA: AS (IN) VISIBILIDADES DA POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA

Ana Gabriela Aranha de Aguiar Silveira
Jean Patrício da Silva Patrício

RESUMO: O presente artigo situa-se na área dos Direitos Humanos e objetiva analisar a invisibilidade sofrida pelas pessoas em situação de Rua no Centro Histórico de João Pessoa. A opção pelo tema teve como motivação central a constatação de que os habitantes de rua sofrem com a privação de condições e direitos que legalmente deveriam ser assegurados pela Constituição Federal, como foi estudado ao longo do curso. Desta maneira, analisamos o perfil e conhecemos algumas das realidades as quais esse grupo de pessoas são acometidos, e abordamos alguns projetos no âmbito governamental e religioso que asseguram que alguns poucos direitos constitucionais sejam validados.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Moradores de Rua. Constituição Federal.

ABSTRACT: This article is located in the area of “Human Rights” and aims to analyze the invisibility suffered by people in the street situation in the historical Center of João Pessoa. The option for the theme had as central motivation the finding that the street dwellers suffer from the privation of conditions and rights that were legally be ensured by the Federal Constitution, as we were studied throughout the course. In this way, we analyze the profile and know some of the realities that these groups of people are affected, and we approach some projects in the governmental and religious sphere that ensure that some few constitutionals rights are validated.

Key words: Human Rights. Homeless People. Federal Constitution

1. INTRODUÇÃO

As desigualdades sociais no Brasil remontam ao seu achamento oficial no início do século XVI, evoluindo do período Colonial ao período Imperial com o sistema escravocrata e perdurando na Primeira República (1889-1930). Ao longo dos 130 anos da República observaram-se períodos de flexibilidade na pirâmide social que não chegaram a concretizar a tão sonhada igualdade de direitos e condições econômicas previstas na Constituição Cidadã de 1988.

Durante toda a nossa história as medidas de impacto sócio - econômico - político e educacional tais como: o fim do Sistema Escravocrata, Independência do Julgo Português, as promessas de “Liberdade, Igualdade e Fraternidade” propugnadas pela República, a complexificação do sistema de produção evoluindo do extrativismo do Pau Brasil e pedras preciosas para a monocultura açucareiro-cafeeira até a policultura e industrialização, ainda se assentam em uma rígida

estrutura social que sonega direitos básicos de vida e dignidade a grande parte da população.

Transpostos cinco séculos, o capitalismo se apresenta como o sistema econômico que exacerba as desigualdades sociais: miséria, educação, baixa renda, saúde, fome, baixa escolaridade, e a violência.

É considerável o número de estudos que se debruçam sobre a realidade brasileira, tanto por autores nacionais, quanto estrangeiros. A ONU, que analisou 29 países - desenvolvidos e em desenvolvimento, verificou que o Brasil, que ocupa uma posição entre cinco países mais desiguais do mundo. Estudos regionais apontam que a desigualdade social na Paraíba é quarta maior do Brasil.

Deste contexto mais amplo recortamos o Centro Histórico de João Pessoa, situando como objeto do nosso estudo, os moradores de rua ali aportados. Sobre esta realidade que se limita a um localismo na Grande João Pessoa, falaremos **nos** tópicos seguintes.

2. A HISTÓRIA DO CENTRO HISTÓRICO PARAIBANO

O Centro Histórico de João Pessoa abrange o bairro do Varadouro, as Comunidades do Porto do Capim, Vila Nassau, Frei Vital, e os Bairros do Centro e Tambiá.

Em 2009 teve seu patrimônio tombado por meio de resolução do Conselho Consultivo do Patrimônio Nacional (IPHAN). O tombamento abrange 502 edificações, a maior parte dos bairros do Varadouro (Cidade Baixa) e Cidade Alta, em uma área de 370 mil m², em 25 ruas e seis praças, bem como o antigo Porto do Capim, local de fundação da cidade. Na área demarcada, o traçado urbano ainda se mantém original. Fundada depois do Rio de Janeiro e Salvador, seu patrimônio possui grande valor paisagístico e artístico. Pela dimensão, e por abranger todas as épocas da história, suas edificações compõem um cenário de diferentes estilos, sendo considerado como principal acervo arquitetônico da Paraíba e um dos maiores e mais importantes sítios históricos do Brasil.

A área tombada possui bens que representam os mais diversos períodos históricos da cidade de João Pessoa, a exemplo do barroco da Igreja da Ordem Terceira de São Francisco, do Convento de Santo Antonio e do Teatro Santa Roza,

um dos mais antigos do Brasil; do rococó da Igreja do Carmo; da arquitetura colonial e eclética do casario civil. Na Praça João Pessoa encontra-se o edifício do Palácio da Justiça (atual sede do Tribunal de Justiça da Paraíba) e do Palácio da Redenção (sede do Governo do Estado) em arquitetura antiga contrastando com a modernidade da arquitetura da Assembleia Legislativa. Ainda na Praça João Pessoa, temos as edificações da antiga Faculdade de Direito, local de muitos acontecimentos históricos e políticos, que se destaca pela sua bela arquitetura.

É uma área que agrega grande riqueza semântica nos aspectos religioso, cultural, econômico, político e social, não obstante agrega também o maior número de pessoas em situação de rua.

João Pessoa foi crescendo em direção às praias onde se localizam os bairros da população mais abastada, cujas necessidades fizeram surgir instituições de consumo e fruição de bens e serviços, tais como bancos, shoppings, hotéis, restaurantes, mercados de luxo, colégios particulares, deslocando o capital e a população do centro da cidade outrora tido como espaço nobre, onde residiam os extratos mais importantes da população, a exemplo dos governantes, o clero, altos políticos e onde se situavam as primeiras instituições acadêmicas a exemplo da Faculdade de Direito, Academia de Comércio Epitácio Pessoa e Liceu Paraibano.

Embora a região ainda concentre um importante complexo Sacro, um mercado central e significativo número de casas comerciais, sofreu a invasão de migrantes em busca de trabalho, ou de pessoas sem ocupação formal que se ocupam como biscateiros. Concentra focos de prostituição e pontos de drogas.

A Prefeitura Municipal de João Pessoa (PMJP), por meio da Coordenadoria do Patrimônio Cultural de João Pessoa (COPAC/SEPLAN), firmou parceria com as Tintas Coral para revitalização de algumas áreas do Centro Histórico da Capital por meio do projeto “Tudo de cor para você”. Segundo Rosangela Toscano, diretora de planejamento da Copac, “a escolha valoriza o Centro Histórico, enquanto patrimônio cultural da cidade, contribuindo para a sua preservação e valorizando o espaço urbano e atraindo as atenções. Além disso, desperta a cidadania, através da satisfação e o sentimento de pertencimento da população”, explicou.

Em que pese todos os esforços concentrados na esfera governamental, não governamental, acadêmica e religiosa, a desigualdade persiste e nossa aproximação

com esta realidade ocorreu a partir da inserção em uma ação pastoral denominada Noite da Ternura, que consiste na distribuição de ceias para habitantes de rua às terças feiras.

2.1 PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA

De acordo com o Decreto 7.053 de dezembro de 2009 que institui a Política Nacional para a População em Situação de Rua e seu Comitê Intersetorial de Acompanhamento e Monitoramento, configura-se população em situação de rua, o grupo de pessoas que se encontra na pobreza extrema e outras vulnerabilidades, constituindo um

“Grupo populacional heterogêneo que possui em comum a pobreza extrema, os vínculos familiares interrompidos ou fragilizados e a inexistência de moradia convencional regular, e que utiliza os logradouros públicos e as áreas degradadas como espaço de moradia e de sustento, de forma temporária ou permanente, bem como as unidades de acolhimento para pernoite temporário ou como moradia provisória”. (BRASIL-DECRETO 7.053, 2009).

Como afirma Rosa (2005, pág. 42) a situação de rua pode ser representada por três formas “ficar na rua- circunstancialmente; estar na rua-recentemente; e ser da rua – permanentemente”. Desta forma, aqueles que ficam na rua, refletem a precariedade da vida, que pode ser ocasionada por um desemprego, ou a mudança de uma região para outra por motivos de saúde. Aqueles que estão na rua, são pessoas em condições de extrema necessidade, sem teto, que não se sentem ameaçados e passam a estreitar laços, para garantir sua sobrevivência. Por fim, aqueles que são da rua, já estão instalados a um período de tempo considerável, e em função disso, sofrem com o processo de debilitação física, mental e emocional, especialmente pelo uso de álcool, drogas, e em maior parte, pela violência.

No Brasil, o índice estatístico de moradores de rua que vivem em permanente instabilidade ainda é muito elevado. Segundo pesquisa publicada em 2015 pelo IPEA, estimou-se que existam mais de 101 mil pessoas em situação de rua espalhadas principalmente nos grandes municípios.

Na Paraíba, mais especificamente, na capital, João Pessoa, o número de pessoas que vivem na rua, diverge de acordo com a fonte. Segundo estimativas da coordenação do Serviço Especializado em Abordagem Social (Ruartes), a cidade abriga 170 pessoas em situação de rua. O Ministério do Desenvolvimento Social

(MDS), citado em matéria para o G1, contabiliza 202 moradores de rua. O Centro de Referência Especializado para População em Situação de Rua (Centro POP) citou a existência de 259 cadastros na instituição. Em matéria para o Correio da Paraíba, em maio de 2017 foram contabilizadas 136 pessoas dormindo nas calçadas. Em junho de 2018 o número subiu pra 261. Os dados estatísticos são variáveis e flutuantes, pelos óbitos, e pela própria mobilidade nomadismo que a situação de rua enseja.

O Centro da cidade de João Pessoa é a região com maior número de moradores de rua. Em geral, são indivíduos que mudam de sua cidade natal em busca de novas chances de vida, mas chegando a João Pessoa acabam encontrando outra realidade.

2.2 ARCABOUÇOS LEGAIS

Segundo nossa Constituição Federal, 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 [...]. Ainda de acordo com a Constituição Federal no capítulo II, dos direitos sociais, Art. 6º, São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.

Ações públicas para a população infanto-juvenil são garantidas na Constituição Federal. O Governo brasileiro criou diversas medidas para proporcionar melhor assistência às crianças e aos adolescentes carentes, que, por diferentes motivos, ficam privados de direitos inerentes à vida. Entre as medidas adotadas, encontra-se a elaboração do ECA, a criação dos Conselhos Tutelares (no âmbito municipal) e os programas assistencialistas como o Programa Bolsa Família (PBF) e o Programa Saúde na Escola (PSE).

O ECA foi sancionado no Brasil em 13 de julho de 1990, pela Lei nº 8.069, a qual se baseia na proteção integral das crianças e adolescentes, garantindo-lhes o direito a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio, harmonioso e em condições dignas de existência. Ainda de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente

a fase da infância vai até 12 anos de idade incompletos e a fase da adolescência vai dos 12 anos aos 18 anos completos.

A vulnerabilidade sofrida remete à ideia de fragilidade e dependência, principalmente em ambientes de menor nível socioeconômico. As principais vulnerabilidades que assaltam as crianças e os adolescentes são os problemas relacionados ao alcoolismo, as agressões e violência. A personalidade e o comportamento podem torná-los ainda mais suscetíveis aos riscos do envolvimento com drogas, gravidez precoce e prática do roubo. Em determinadas situações, o estado de vulnerabilidade pode afetar a saúde, mesmo na ausência de doença, mas com o abalo do estado psicológico, social ou mental.

O ECA define as crianças e os adolescentes como sujeitos de direito, sendo-lhes garantida a proteção integral, segundo o artigo 4º

“É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, e à convivência familiar e comunitária”.

Contudo, mesmo com todas as garantias sustentadas pelas Leis, os índices de violação dos direitos das crianças e dos adolescentes, no Brasil, ainda se apresentam elevados.

O Brasil é um país avançado em termos de legislação e possui o Estatuto do Idoso que confere direitos às pessoas maiores de 60 anos de idade em conformidade com a Constituição Federal artigo 203, que estabelece que a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas.

Os direitos da pessoa idosa são consagrados pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, onde ampara o direito de envelhecer com dignidade. Para garantir o seu envelhecimento em condições dignas de vida e saúde, é preciso que seus direitos sejam respeitados por parte da sociedade e dos poderes públicos.

O envelhecimento está associado à vulnerabilidade ou à fragilidade, ou a ambos, mesmo sem existir uma definição precisa e consolidada que segregue esses conceitos. No Direito francês, frequentemente, os termos vulnerabilidade e fragilidade estão relacionados com a pessoa idosa, mesmo que não se saiba com precisão o que estes termos significam e que

direitos deles são decorrentes. Esses conceitos estão voltados para um sentido de cunho social com implicações no Direito (FAVIER, 2012).

É de conhecimento que a vulnerabilidade e a fragilidade são fatores de desigualdade que servem de fundamento para que o legislador elabore novos direitos para as pessoas idosas e decreta da sociedade o seu cumprimento, dando efetividade ao princípio da igualdade material e da diferença, que constituem noção de justiça.

Para assegurar que as pessoas que se encontram na rua sejam assistidas pelo o que esta regulamentado nas leis, foram criados centros de referências, programas de organizações sociais e abrigos. Em João Pessoa, existe o Centro POP (Centro de Referência Especializado para População em Situação de Rua), a Casa de Acolhida Adulta e o Serviço de Abordagem Social (Ruarteres), serviços geridos pela Secretaria de Desenvolvimento Social (Sedes), Secretaria Municipal de Saúde, o Consultório na Rua. Possui também outras iniciativas do município e ONGs que colaboram na garantia, dos direitos sociais desta população.

Todavia, se todos são iguais e têm os mesmos direitos, é evidente que há uma grande falha na validação destes direitos.

2.3 OS DIREITOS HUMANOS E A VULNERABILIDADE SOCIAL

2.3.1 Direitos Humanos

O conceito de direitos humanos está em constante evolução e mudou por diversas vezes ao longo da história, porém alguns acontecimentos marcantes foram de extrema importância para o conceito atual. O primeiro registro acerca dos direitos humanos é de aproximadamente 500 anos antes de Cristo, quando o rei da Pérsia, Ciro, declarou a liberdade dos escravos e concedeu outros direitos de igualdade humana. Na Idade Média, os direitos e deveres se davam em decorrência do contexto social em que cada indivíduo nascia, marcando assim o grupo social ao qual pertenciam. De um lado, uma sociedade caracterizada por luxo e riqueza, do outro, fome e infortúnio. Com o Renascimento e a valorização do indivíduo, o conceito de direito humano passa por mudanças. As Revoluções Francesa e Americana marcam a entrada para a modernidade, fazendo oposição ao poder

absoluto da monarquia, e à estrutura desigual da idade média. Os indivíduos passam a serem vistos como iguais, independentemente da posição social que ocupam na sociedade.

Também são acontecimentos importantes na proteção dos direitos humanos a criação **Declaração de Direitos de Virgínia, nos estados Unidos (1776)** e a **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na França (1798)**. Com as mudanças decorrentes da evolução histórica dos direitos humanos, surge um conceito de extrema importância: dignidade da pessoa humana. A dignidade da pessoa humana, na sua acepção contemporânea, tem origem religiosa. Ao longo do século XX, ela se torna material político a ser buscado pelo Estado e pela sociedade. Após a II Guerra Mundial, a dignidade da pessoa humana migra para o mundo jurídico, sendo incluída em diferentes documentos internacionais, como a Carta da ONU (1945), Declaração Universal dos Direitos dos Homens (1948) e Constituições de Estados democráticos.

A criação da ONU (Organização das Nações Unidas) em 1945 fez parte da dos acontecimentos que marcaram a evolução dos Direitos Humanos. Para a ONU, direitos Humanos são os direitos inerentes a todos os seres humanos, independente de raça, sexo, nacionalidade, etnia, idioma, religião ou qualquer outra condição.

Logo em seguida, no ano de 1948, ONU aprovou a criação da Declaração Universal dos Direitos Humanos reconhecendo a dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constituindo o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. A Declaração foi redigida sob o impacto das atrocidades cometidas durante o período da II Guerra Mundial.

“A dignidade humana, então, é um valor fundamental que se viu convertido em princípio jurídico de estatura constitucional, seja por sua positivação em norma expressa seja por sua aceitação como um mandamento jurídico extraído do sistema. (Public Law & Legal Theory Research Paper Series, Working Paper n. 09-50, September 2009, p. 1”.)

No Brasil, a proteção dos direitos humanos foi positivado na Constituição Federal da República de 5 de outubro 1988, com o término oficial do regime militar, voltando então o nosso país a fazer parte da comunidade internacional de defesa de direitos humanos. Sucede que o maior número de violações graves de direitos

humanos ocorre, entre nós, no âmbito estadual e não no federal, em razão das violências praticadas por policiais militares ou pelo mau funcionamento da justiça estadual.

Com a edição vigente da Constituição de 1988, os direitos humanos passaram a ocupar a posição de supremacia no ordenamento jurídico brasileiro, sendo regulados no início do documento, logo após a declaração dos princípios fundamentais. Sobre a organização desses direitos, a Constituição adotou princípios estruturais, sendo o primeiro deles que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. O segundo princípio estrutural do sistema de direitos humanos, na Constituição de 1988, é o de que os direitos e garantias fundamentais, nela expressos, “não excluem outros, decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados”. O terceiro princípio estrutural do nosso sistema de direitos humanos, pelo menos na origem, é o da equiparação entre as normas de direito interno e as de direito internacional.

Para corrigir os defeitos de aplicação das normas constitucionais de proteção aos direitos humanos, é impreterível proceder a uma reforma do nosso sistema político - regime republicano e democrático.

2.3.2 Vulnerabilidade Social

Conceituando vulnerabilidade social observa-se que o tema trata das condições de grupos de indivíduos que estão à margem da sociedade, ou seja, pessoas ou famílias que se encontram excluídas por inúmeros fatores, mas principalmente, pelo fator socioeconômico.

O Brasil é um país que se encontra em situação de desenvolvimento, por isso, serviços públicos básicos ainda são limitados, o que possibilita mais uma vez a reprodução das desigualdades marcadas pela estrutura do poder. Grande parte dos problemas enfrentados atualmente são reflexos da formação econômica brasileira, que se iniciou durante o período do Brasil Colonial, onde Brasil era Colônia de Exploração Portuguesa e servia apenas aos interesses europeus. Entretanto, mesmo após a industrialização, o Brasil continuava a não atender as necessidades básicas da população.

Com o processo de urbanização, surgem duas vertentes: de um lado se desenvolve um sistema previdenciário de bem-estar e planejamento econômico e de outro, as populações vulneráveis, que passam a se concentrar nos núcleos urbanos sem que houvesse nenhum tipo de planejamento, sendo então, submetidas a processos de desclassificação social. Tal expansão propiciou a diferenciação social, econômica e demográfica brasileira explicitando a precária infraestrutura, a baixa qualidade de vida da população e sua periferização.

3. PERCURSO METODÓGICO

Neste capítulo trataremos acerca do trabalho desenvolvido, considerando os objetivos a serem alcançados e levando a consideração a definição de pesquisa apresentada por Gil (2002, p.17), afirmando que “pesquisa é o processo formal sistemático de desenvolvimento de métodos científicos”. Sendo assim, o objetivo primordial da pesquisa é encontrar respostas para todos os problemas questionados pelo autor, mediante o emprego de procedimentos científicos.

Pela proposta sugerida, um dos métodos a ser utilizado, é a imersão na cultura urbana dos moradores, estabelecidas assim, pelo diálogo. Outro instrumento de pesquisa é a observação etnográfica ao modo do de vida dessas pessoas. Visando atribuir credibilidade aos resultados que será oferecido, o método científico da pesquisa, dando suporte, diretrizes e orientações para a apresentação dos resultados e conclusões finais do trabalho.

3.1 TIPOS DE PESQUISA

Este trabalho é uma pesquisa de investigação exploratória aplicada, qualitativa e descritiva, que tem como objetivos levantar o perfil dos moradores de rua do centro histórico de João Pessoa, demonstrando as (in) visibilidades que diariamente eles sofrem, assim como, averiguar se existe alguma política pública que garantam os direitos fundamentais que estão previstos na Constituição Brasileira.

3.2 UNIVERSO DA PESQUISA

A pesquisa foi realizada no Centro Histórico de João Pessoa – PB, em pontos escolhidos por critérios de acessibilidade e por serem acompanhados pelo projeto

social Noite da ternura, o que viabilizou a interação entre o pesquisador e os moradores de rua. Foram realizadas visitas ao Centro Pop e ao Ruartes, além de conversas com colaboradores de outros projetos sociais.

3.2.1 Projeto Social Noite da Ternura

Um grupo de amigos, com intuito de fazer o bem ao próximo, após muitas conversas e encontros, surgiu com a ideia de prepararem alimentos e distribuírem pela cidade de João Pessoa. O projeto iniciou a mais de quatro anos, com condições mínimas de recursos, sem estrutura física, poucas doações, todavia, com muita vontade de ajudar quem realmente necessitava. Quatro anos depois, o projeto conta com uma estrutura física dentro da antiga Comunidade Maná, atual Comunidade Nossa Senhora do Carmo, recursos financeiros oriundos de doações da população, e muitos voluntários engajados.

Todas as terças feira, os voluntários se encontram a partir das 13 horas para darem início à preparação de alimentos. À noite, por volta das 20 horas, outro grupo de voluntários fica responsável por levar em média 120 quentinhas aos moradores de rua. O trajeto feito pelo grupo abrange a praia, e o grande centro da cidade. Além do alimento físico, o grupo ainda leva cobertores, roupas, kit de higiene pessoal, brinquedos e material escolar para as crianças.

3.2.3 Centro Pop

Implantado em 2011, O Centro de Referência Especializado em População de Rua de João Pessoa, popularmente conhecido como Centro Pop, é uma unidade de referência de proteção social de média complexidade, de natureza pública estatal, cujo serviço é ofertado para as pessoas que utilizam as ruas como espaço de moradia ou sobrevivência. Tem como finalidade, garantir o acesso a direitos essenciais, como alimentação, documentação, saúde e higienização. Oferecem cursos para inserção no mercado de trabalho, informações jurídicas, como defensoria pública. Atualmente, o órgão que funciona de segunda a sexta das 08h às 17h, atende homens e mulheres com idade superior a dezoito anos.

3.3.2 Ruartes

O Serviço Especializado de Abordagem Social tem como base a Lei nº 11.258/2005 que alterou o parágrafo único do Art. 23 das LOAS: Determina a criação de programas de amparo/proteção às pessoas que vivem em situação de rua, no âmbito da Assistência Social. Além da Resolução 109 que tipifica os serviços socioassistenciais. O Serviço Especializado em Abordagem Social tem a finalidade de assegurar atendimento e atividades direcionadas para o desenvolvimento de sociabilidades, na perspectiva de fortalecimento de vínculos interpessoais e/ou familiares que oportunizem a construção de novos projetos de vida.

De acordo com o disposto na Tipificação Nacional de Serviços Socioassistenciais, é ofertado de forma continuada e programada com a finalidade de assegurar trabalho social de abordagem e busca ativa que identifique, nos territórios, a incidência de trabalho infantil, exploração sexual de crianças e adolescentes, jovens e adultos em situação de rua e vulnerabilidade social.

O Serviço Especializado de Abordagem Social possibilita à população em situação de rua os seguintes benefícios: reinserção familiar e no mercado de trabalho; retorno aos estados de origem; aumento no número de famílias e pessoas atendidas nos serviços de acolhimento; aceitação de tratamento de drogas na rede de saúde pública e em instituições parceiras; diminuição significativa de pessoas usando o espaço público como moradia e/ou pontos de consumo de drogas; encaminhamento para a rede socioassistencial; acesso à documentação civil; inclusão no Cadastro para Programas Sociais; acesso a benefícios de transferência de renda, entre outros.

O objetivo do serviço é construir o processo de saída das ruas e possibilitar condições de acesso à rede de serviços e a benefícios assistenciais; Identificar famílias e indivíduos com direitos violados, a natureza das violações, as condições em que vivem, estratégias de sobrevivência, procedências, aspirações, desejos e relações estabelecidas com as instituições; Promover ações de sensibilização para a divulgação do trabalho realizado, direitos e necessidades de inclusão social e estabelecimento de parcerias; Promover ações para a reinserção familiar e comunitária.

4. INSTRUMENTOS DA COLETA DE DADOS

Na coleta de dados, realizamos inicialmente a pesquisa bibliográfica, fazendo um estudo com temas relevantes sobre o tema da pesquisa, conceituando direitos humanos, vulnerabilidade social, apontando a situação dos moradores de rua, revelando projetos governamentais que auxiliam na efetivação e nas garantias fundamentais.

Rosa e Arnoldi (2006) e Luna (1988, p.71) referem-se à pesquisa como “uma atividade de investigação capaz de oferecer e, portanto, produzir um conhecimento novo a respeito de uma área ou de um fenômeno, sistematizando-o em relação ao que já se sabe”. Para Estrela (2018, p.143) projeto de pesquisa é um documento formal, em que se planejam e organizam os passos de uma pesquisa científica. Trata-se de autêntico trabalho intelectual que exige foco, disciplina e concentração.

A entrevista foi outro meio utilizado neste trabalho. Ribeiro (2008 p.141) trata a entrevista como: A técnica mais pertinente quando o pesquisador quer obter informações a respeito do seu objeto, que permitam conhecer sobre atitudes, sentimentos e valores subjacentes ao comportamento, o que significa que se pode ir além das descrições das ações, incorporando novas fontes para a interpretação dos resultados pelos próprios entrevistadores. Segundo Cremilda Medina (1990, p. 14) “a entrevista pode ser uma ferramenta que busca compreender o ser humano ou transformá-lo em um espetáculo”. Nesse trabalho, através das entrevistas buscou-se conhecer o entrevistado, extrair dele suas opiniões/observações diante do mundo, além disso, houve a intenção de saber de suas dores, seus planos para o futuro, com o objetivo de, tendo posse dessas informações, permitir que o leitor conheça este entrevistado, mas sem instigar sensações além daquelas vindas dos próprios fatos relevados, sem espetáculo, sem sensacionalismo.

5. APRESENTAÇÃO, ANÁLISE E DISCUSSÃO DOS RESULTADOS.

De posse dos dados coletados por meio de questionários, entrevistas e observações da pesquisa, passamos à análise descritiva do conteúdo, que será apresentada em forma de gráfico. O teórico Bardin (2011, p.6) afirma que “a análise do conteúdo é um conjunto de instrumentos cujo cunho metodológico em constante aperfeiçoamento, que se aplicam a discursos (conteúdos e continentes) extremamente diversificados”. Desta forma, para Bardin (2011, p.28) “a análise do conteúdo configura-se como um conjunto de técnicas de análise das comunicações que faz uso dos procedimentos sistemáticos e objetivos de descrição de conteúdo das mensagens”.

A coleta dos dados foi realizada entre março e maio de 2019, na forma de aplicação de questionário e durante 4 anos (2015/2019) na forma de observação e convívio com os moradores de rua, durante todas as terças feiras, enquanto ocorria a distribuição de alimentos nas ruas do bairro do centro.

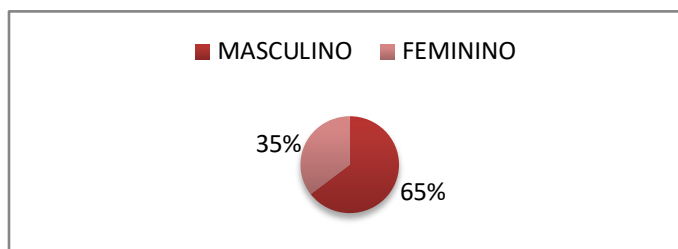
5.1 ANÁLISES DOS GRÁFICOS

6.1.1 Características Sócio - Demográficas do Sujeito da Pesquisa

As informações sócio demográficas apresentadas são resultados do questionário aplicado aos sujeitos da pesquisa, contendo 10 (dez) questões, onde as perguntas abordadas foram: sexo, faixa etária, nível de escolaridade, se possui ou não filhos e caso de afirmativo quantos possuem, se têm todos os documentos necessários para a vida cível, a renda mensal que possui, se participa de algum programa de ajuda do governo, se já precisou cometer algum crime ou delito, e qual é a maior dificuldade em viver na rua.

Apresentando os resultados dos sujeitos de pesquisa, encontramos 65% dos entrevistados do sexo masculino e 35% do sexo feminino, conforme dados expressos no Gráfico 1.

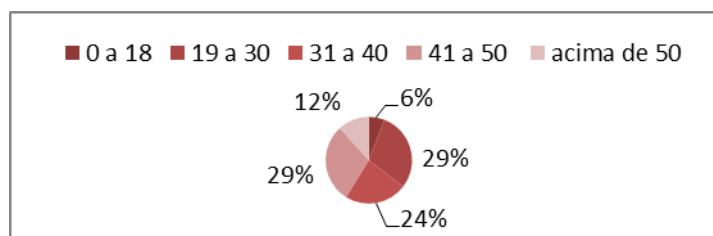
Gráfico 1 - Sexo



Fonte: pesquisa de campo, 2019.

Em relação às faixas etárias dos entrevistados, 29% dos entrevistados encontram-se entre 19 a 30 anos, e 41 a 50 anos de idade. Com 24 % estão aqueles na faixa de 31 a 40 anos, com 12% os que possuem mais de 50 anos e com 6% aqueles que não têm nem a maior idade cível, expressos no Gráfico 2.

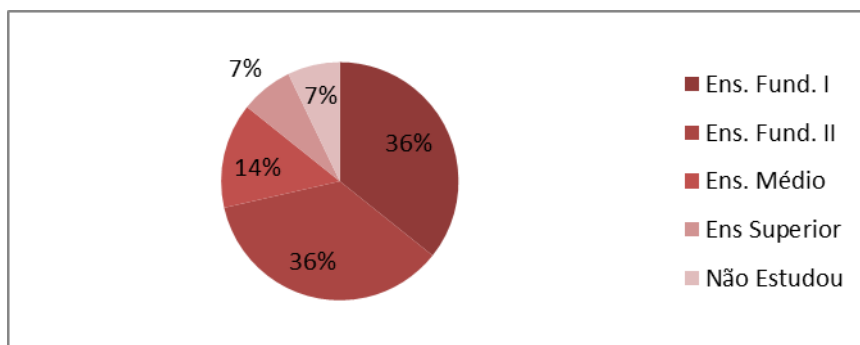
Gráfico 2 – Faixa Etária



Fonte: pesquisa de campo, 2019.

Na questão, onde indagamos sobre a formação e nível de escolaridade dos sujeitos entrevistados, conforme mostra no Gráfico 3, vemos que 36% dos sujeitos da pesquisa concluíram o ensino fundamental I e II; 14% terminaram o nível médio; 7% ficaram entre aqueles que não tiveram nenhum estudo, sendo considerados analfabetos, e 7% concluíram o ensino superior, tendo como formação, engenharia.

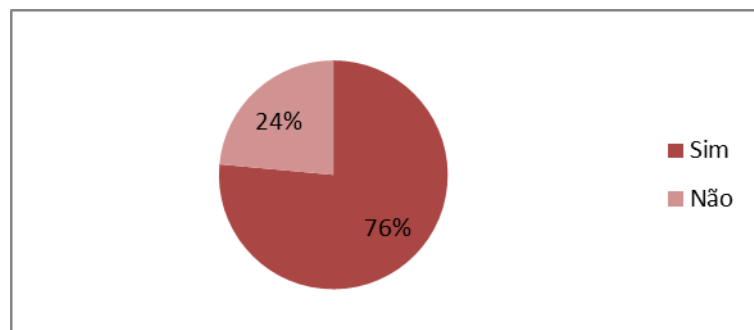
Gráfico 3 – Nível de Escolaridade



Fonte: pesquisa de campo, 2019.

Os resultados referentes a análise do Gráfico 4 e 5 onde as perguntas feitas aos sujeitos da pesquisa foram se já tinham filhos e em caso afirmativo, quantos filhos tinham, encontramos que 76% dos entrevistados já possuem filhos, e 14% não possuem.

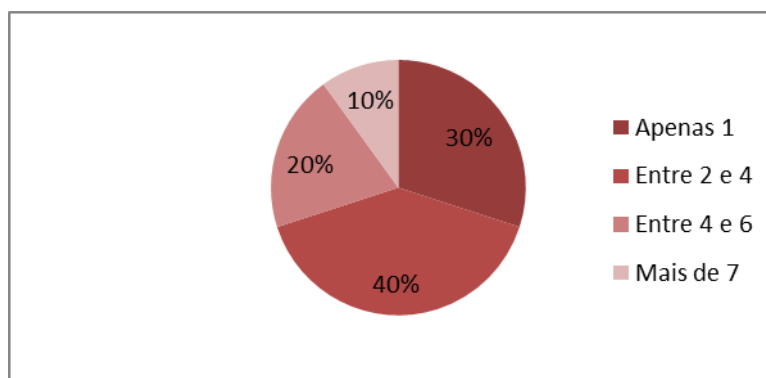
Gráfico 4 - Possui Filhos?



Fonte: pesquisa de campo, 2019.

A análise também evidencia que dentre os sujeitos entrevistados que já tem filhos, 40 % têm entre 2 e 4 filhos, 30% possui apenas um filho, 20% tem entre 4 e 6 filhos, e 10% possui mais de 7 filhos. Ainda neste quesito, foi observada a presença de mães adolescente, entre idade de 14 a 16 anos que já tinham filhos e estavam grávidas pela segunda vez.

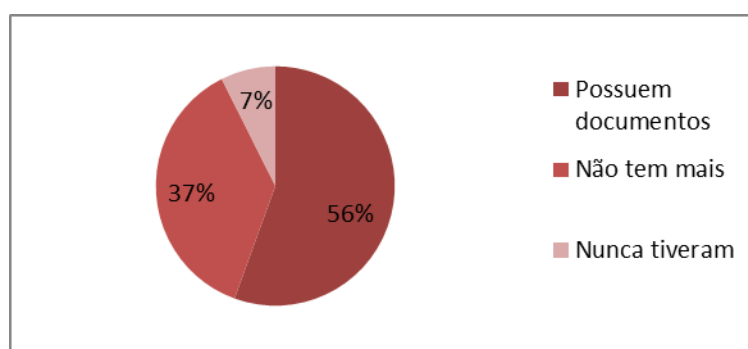
Gráfico 5 – Número de filhos por sujeito entrevistado



Fonte: pesquisa de campo, 2019.

O Gráfico 6, expressa que 56% dos entrevistados em algum momento já possuíram os documentos indispensáveis a vida cível, contudo dentro esta mesma análise, verificou-se que 37% não estão mais com estes documentos em mãos por fatores alheios, como roubo dos documentos entre os próprios moradores de rua, ou a perda de seus pertences. Ainda existem 7% que nunca tiveram nenhum documento cível.

Gráfico 6 – Documentos Cíveis

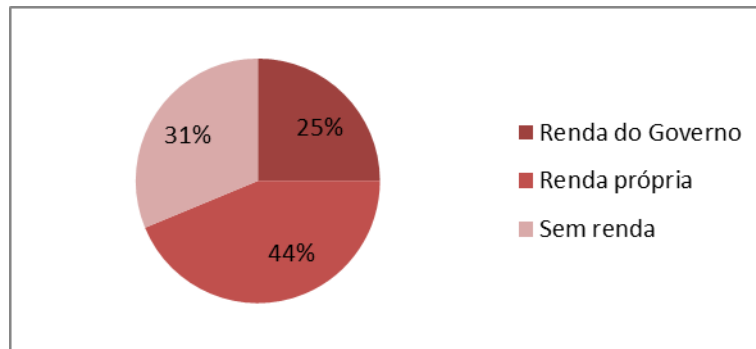


Fonte: pesquisa de campo, 2019.

A questão sete e oito, representada pelo Gráfico 7, onde os questionamentos feitos foram sobre o valor da renda mensal dos sujeitos e a origem dessa renda, verificou-se que 25% tinham uma renda oriunda apenas de programas de incentivo do governo, 44% tinham renda própria, de trabalhos informais, limpando vidros de carros em sinais, ou olhando carros que ficam estacionados perto dos seus pontos de dormidas. 31% dos sujeitos não possuíam nenhum tipo de renda,

vivendo apenas da ajuda provenientes da igreja, ou de projetos sociais, que levavam alimentos e vestimentas.

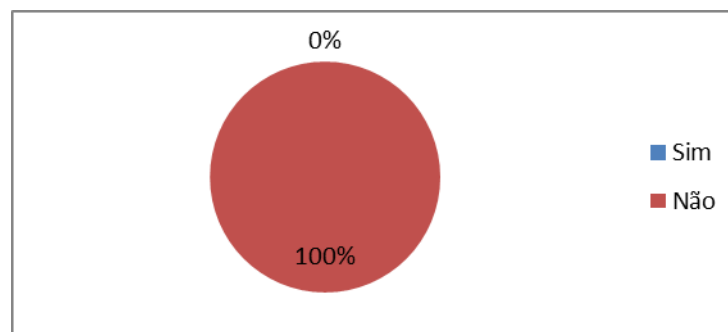
Gráfico 7 – Renda Mensal e Auxílio do Governo



Fonte: pesquisa de campo, 2019

Quanto a pergunta consoante da questão 9, que aborda um tema delicado, sobre o cometimento de algum crime ou delito, tivemos um resultado unânime de que nenhum dos entrevistados já haviam praticado algum crime ou delito conforme demonstra o Gráfico 8. Contudo, sabe-se que muitos já foram presos com drogas, por pequenos furtos, ou até por crimes acometidos entre os próprios moradores, como esfaqueamento, para tomar o lugar do outro da hora da dormida. Desta forma, sobre esta questão, torna-se impossível obter uma resposta coerente, quando se sabe também, que na hora da entrevista existiam aqueles que estavam sobre o efeito de drogas.

Gráfico 8 – Crimes ou Delitos.



Fonte: pesquisa de campo, 2019.

A questão de número 10 tratava de uma pergunta pessoal, no qual cada sujeito entrevistado apontava as maiores dificuldades de se viver na rua. Dentre elas as respostas mais ouvidas, foram “a falta de oportunidade para conseguir um emprego, pois o preconceito é muito grande”, “a falta de comida, principalmente quando não temos o que oferecer as nossos filhos pequenos”, “ não ter um teto digno para dormir e viver com medo do que pode acontecer à noite”.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao iniciarmos as proposições finais, queremos fazer referência à questão ética apresentada na pesquisa, reconhecendo que a produção do conhecimento neste domínio não é neutra, já que é empreendida por seres humanos no âmbito acadêmico e respaldada em teorias. Também o método, ainda que permita a mais fiel aproximação com o objeto da pesquisa, não há pesquisas que traduzam a realidade com cem por cento de verdade, mesmo quando perseguimos o distanciamento emocional e nos prendemos ao máximo às respostas obtidas no universo investigado.

O complexo ambiente em que se desenvolveu a pesquisa, não é de fácil definição. Estar na rua, reflete uma vida distinta, onde ninguém é capaz de imaginar a realidade enfrentada diariamente, a não ser aqueles que se encontram em situação semelhante.

O Ministério Público da Paraíba realizou uma Audiência sobre Políticas Públicas para pessoas em Situação de Rua, abordando assuntos inerentes ao funcionamento da rede de atenção à população em situação de rua nos municípios paraibanos. O evento, promovido pelo Núcleo de Políticas Públicas do MPPB, ocorreu no dia nove de abril de 2019 no auditório do Conselho Regional de Psicologia em, João Pessoa pelo Procurador de Justiça Dr. Valberto Cosme Lira e contou com a participação de da Polícia Militar, SAMU, Centro POP, RUARTES, pastorais de igrejas, outros órgãos do governo e também moradores de rua.

Verificou-se diante de tudo o que fora explanado, que existem muitas medidas públicas que asseguram direitos básicos e constitucionais para os moradores de rua. A exemplo do Centro POP, onde existe um espaço para cuidados

com a higiene pessoal, refeições três vezes ao dia, informações jurídicas, e até cursos, com possibilidades de inserção no mercado de trabalho. Outro exemplo é o RUARTES, que foi o mais bem avaliado pelos moradores de rua, onde são oferecidos os mesmos serviços do Centro POP.

Existem muitas dificuldades a que são acometidos. O período a noite é o mais preocupante, haja vista os danos ocasionados pelos altos números de violência, resultantes dos vícios em drogas, álcool. Deste fato, surge outro agravante, a falta de auxílio que existe pelos órgãos da saúde pública. O SAMU, e os hospitais que as quais são levados, muitas vezes negam a prestação de socorro, pelo fato de não terem nem documentos de identificação, e comprovante de residência. A Lei 13.714, de 2018, que proíbe expressamente a recusa de atendimento pelo SUS nesses casos, foi publicada no Diário Oficial da União, contudo ainda não consegue assegurar que estes direitos sejam validados.

Nem todos os programas do apoio e incentivo do governo, nem a ajuda de pastorais de rua são suficientes para que todos tenham todos os direitos validados. Existem formas erradas da administração dos recursos, pessoas incapacitadas para prestarem os serviços, e existe ainda muito preconceito com esta parte da população.

Concluimos, enfatizando que as discussões aqui presentes sobre as (in) visibilidades sofridas pelos moradores de Rua do Centro de João Pessoa, não se encerram com este trabalho. Temos apenas um ponto de partida, para que abordagens posteriores e mais profundas sejam discutidas. Ainda há muito que ser feito.

REFERÊNCIAS

GIL, **Antonio Carlos. Métodos e técnicas de pesquisa social.** 5.ed. São Paulo: Atlas, 1999. 202 p. ISBN: 8522422702.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

BRASIL. **Constituição (1988).** Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais.

CENTRO POP. **Dados quantitativos da Equipe Centro Pop.** João Pessoa, 2012.

BRASIL. **Decreto N 7.053, de 23 de Dezembro de 2009-** Institui a Política Nacional para a População em Situação de Rua e seu Comitê Intersetorial de Acompanhamento e Monitoramento, e dá outras providências.

RIBEIRO, **Elisa Antônia.** **A perspectiva da entrevista na investigação qualitativa. Evidência: olhares e pesquisa em saberes educacionais,** Araxá/MG, n. 04, p.129-148, maio de 2008.

ROSA, Cleisa Moreno Maffei. **Vidas de rua.** São Paulo. 2005, pg. 42.

G1 Paraíba. Portal de notícias da Globo. João Pessoa. **Pesquisa aponta que João Pessoa tem 202 moradores de rua.** Matéria publicada em 13 de Agosto de 2013. Disponível em: <http://g1.globo.com/pb/paraiba/noticia/2013/08/pesquisa-aponta-que-joao-pessoa-tem-202-moradores-derua.html>. > Acesso em: 14 maio 2018, 15:52.

<http://www.escoladegoverno.org.br/artigos/115-direitos-humanos-declaracao-1948>> Acesso em: 06 maio. 2018, 15:52.

<http://wwwwww.ipea.com.br>> Acesso em: 24 abr. 2019.

<http://www.politize.com.br/pessoas-em-situacao-de-rua>> Acesso em: 06 abr. 2019..

http://www.ccta.ufpb.br/cj/contents/tcc/romarta_conclusao.pdf> Acesso em: 28 mar. 2019.

http://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf> Acesso em: 10 abr. 2019.

<https://jus.com.br/artigos/37016/dignidade-da-pessoa-humana-e-sua-inter-relacao-com-os-direitos-humanos>> Acesso em: 09 abr. 2019.

<https://correiodaparaiba.com.br/cidades/joao-pessoa-tem-170-pessoas-em-situacao-de-rua-maioria-vive-no-centro/>> Acesso em: 06 abr. 2019.

<http://www.joaopessoa.pb.gov.br/secretarias/sedes/centro-pop-de-referencia-para-populacao-em-situacao-de-rua/>> Acesso em: 06 abr. 2019

<https://observatorio3setor.org.br/carrossel/brasil-100-mil-pessoas-em-situacao-de-rua/>> Acesso em: 06 abr. 2019.

<https://correiodaparaiba.com.br/cidades/dobra-o-numero-de-moradores-de-rua-em-um-ano-na-capital/>> Acesso em: 06 abr. 2019.

<http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/349/>> Acesso em: 24 abr. 2019.

TRIBUTAÇÃO DA CRIPTOMOEDA NO IMPOSTO DE RENDA

Barbara Lima Sales
José Gomes de Lima Neto

RESUMO: O presente artigo tem a finalidade de observar e analisar o que são as criptomoedas ou simplesmente moedas virtuais ou digitais, qual a sua natureza jurídica, para que de alguma forma, poder determinar no Sistema Tributário Nacional os índices e a incidência sobre determinadas operações. Muito embora, não se tenha doutrinariamente, uma temática específica, doutrinariamente, como também jurisprudencialmente acerca desse tema tão novo. Aqui será utilizada bases do Direito Civil, Constituição Federal e principalmente do Direito Tributário. Logo, este artigo servirá como base para futuras análise e estudo desta temática que é muito recente.

Palavras-chave: TRIBUTÁRIO, CRIPTOMOEDA, BITCOIN, INCIDÊNCIA.

ABSTRACT: THIS ARTICLE HAS THE PURPOSE OF OBSERVING AND ANALYZING WHAT ARE CRYPTO-COINS OR SIMPLY VIRTUAL OR DIGITAL CURRENCIES, WHAT THEIR LEGAL NATURE, SO THAT IN SOME WAY, THEY CAN DETERMINE IN THE NATIONAL TAX SYSTEM THE INDICES AND THE INCIDENCE ON CERTAIN OPERATIONS. ALTHOUGH NOT DOCTRINALLY SPECIFIC, A SPECIFIC TOPIC, DOCTRINALLY, AS WELL AS JURISPRUDENTIALLY ON THIS SUBJECT SO NEW. HERE WILL BE USED BASES OF CIVIL LAW, FEDERAL CONSTITUTION AND MAINLY OF TAX LAW. THEREFORE, THIS ARTICLE WILL SERVE AS A BASIS FOR FUTURE ANALYSIS AND STUDY OF THIS TOPIC, WHICH IS VERY RECENT

Key words: TRIBUTÁRIO, CRIPTOMOEDA, BITCOIN, INCIDENCE.

1 – INTRODUÇÃO

Vivencia-se no século XXI uma nova era e com ela novos costumes vem surgindo, um dos mais inovadores são as moedas virtuais, as chamadas *criptopmoedas*, que assim são por serem moedas criptografadas, ou seja, há inúmeros códigos que são “combinados” para que possa surgir a *criptomoeda*.

Atualmente, em circulação há vários tipos de criptomoedas, tais comii, *Litecoin*, *Peercoin*, *Feathercoin*, e etc. Poder-se-ia dizer que o termo criptomoeda seria gênero e aquelas citadas seriam suas espécies. (SOUZA, 2014)

Sendo assim, a *criptomoeda* é classificada como gênero das moedas virtuais e nesse contexto temos inúmeros tipos de moedas virtuais, a mais conhecida mundialmente chama-se *Bitcoin*, tornando-se a inovação financeira mais importante do período atual, por sua característica principal, ser descentralizada, o que significa que a moeda pode ser transferida de pessoa para pessoa sem passar por bancos ou intermediários, que esteja em qualquer lugar do mundo sem que exista limite mínimo ou máximo de valor.

Acredita-se que na crise financeira de 2007 a 2008, que naquele momento foi impulsionada pela globalização neoliberal e a desregulamentação financeira, onde gerou uma insegurança econômica fora do comum, fez com que em 2008, Satoshi Nakamoto, por meio de uma rede de computadores descentralizado, configurasse por meio de pontos de articulação uma cadeia de blocos de algoritmos em que realiza o processamento dos dados por meio da criptografia.

No entanto, há relatos de que Satoshi Nakamoto seja um pseudônimo, que poderia ser representado por um homem, uma mulher ou até mesmo por um grupo de pessoas, sendo, certamente, um dos maiores mistérios no mundo da tecnologia, pois desde sua criação no ano de 2008, sequer houve alguém capaz de descobrir a verdadeira identidade de Nakamoto.

Diz-se que fora Satoshi Nakamoto, a pessoa da qual tenha tido naquele ano a ousadia de criar a criptomoeda por ter este publicado, no mesmo ano, um *whitepaper* de nove páginas com a primeira menção ao *bitcoin*, chamando-o de “sistema de dinheiro eletrônico *peer-to-peer*”, que no português brasileiro, nada mais é que, “sistema eletrônico de pessoa para pessoa”.

Logo, poucos meses depois, Nakamoto lançou o primeiro software e fez parceria com desenvolvedores, sendo que este ambiente de desenvolvimento colaborativo continuou até 2011, quando, sem aviso prévio, Nakamoto desapareceu.

Apesar das especulações serem de que o criador da criptomoeda tenha sido o Satoshi Nakamoto, muitos não souberam lidar com o desaparecimento do mesmo, tentando a todo custo revelar por meio de suposições, quem seria o grande inventor da criptomoeda.

Esta promissora moeda nos últimos anos veio chamando a atenção de muitos investidores por sua alta valorização.

Quanto a identidade de Nakamoto, esta continua sendo desconhecida do público. No entanto, vários jornais foram em busca da verdadeira identidade de Nakamoto e encontraram alguns nomes, como Dorian Satoshi Nakamoto, porém, ao ser questionado, Dorian disse não estar envolvido nisso e ainda enfatizou desconhecer qualquer tipo de informação advinda da criptomoeda.

Contudo o NewsWeek, continuou as investigações e foi atrás de Dorian, que parou de responder aos e-mails do jornal imediatamente após ser questionado sobre a criptomoeda Bitcoin.

Algo de grande relevância é o fato de algumas pessoas acreditarem que Satoshi Nakamoto, seja na verdade um grupo de empresas, sendo: **Samsung**, **Toshiba** e **Motorola**. Acredito ser isto muito improvável.

Por fim, a função específica da criptomoeda era de servir como meio de troca eletrônico e constituir uma moeda descentralizada, dado o seu uso tal qual dinheiro, isto é, como instrumento para aquisição de bens móveis e imóveis, como também de serviços.

Por fim, ao longo deste artigo, será verificado o (s) impacto (s) gerado pelas criptomoedas na atualidade.

2 – ASPECTOS DA CRIPTOMOEDA

As criptomoedas diferem do dinheiro físico, pois não dependem de um órgão central para sua produção, pois são geradas mediante números matemáticos, do qual são combinados por meio de computadores em rede, e após determinado espaço de tempo, geram um código matemático com vários caracteres, “gerando” a própria criptomoeda, sendo este processo mais conhecido por mineração.

Para melhor compreendermos a matéria, será utilizado como base de estudo, os mecanismos de produção e circulação da *Bitcoin*, hoje mundialmente mais conhecida.

Optar por esta moeda virtual deve-se ao fato dela ser a mais antiga como também a mais conhecida e utilizada pelo mercado.

O “estrelismo” dado ao *Bitcoin*, deve ser ao fato de **praticamente** todas as produções científicas e a maioria de artigos midiáticos que tratam da moeda virtual, são reportados aos *bitcoins* por serem elas de maior conhecimento.

Estas ficam armazenadas em um programa chamando de *carteira*, podendo ser utilizado por meio de computadores pessoais, permitindo que elas sejam utilizadas de forma mais ágil no dia a dia.

A facilidade como também agilidade é tanta que para aqueles usuários que desejem realizar transferência de sua moeda virtual para outro, pode fazer através do sistema já mencionado anteriormente, qual seja, *peer-to-peer*. Esse tipo de mecanismo, realiza o envio de uma carteira para outra sem a necessidade de um terceiro intermediário na transação, como é o caso de cartão magnético (crédito ou débito), por exemplo, no entanto, há a possibilidade de um usuário criar um endereço destinatário para si, onde poderá realizar uma auto-transferência de *bitcoin*. Em razão da tamanha facilidade e agilidade, os *bitcoins* podem ser trocados por outras moedas, serviços e produtos em mercados negros ou legais.

Importante evidenciar que a primeira transação de *Bitcoin* registrada, ocorreu no dia 12 de janeiro de 2009, entre Nakamoto Satoshi e Hal Finney, um sendo taxado como criador e outro desenvolvedor e ativista da criptografia no mundo, respectivamente.

Outrossim, para cada transação é exigido no mínimo que se tenha três chaves criptográficas, sendo esta uma condição mínima para que haja uma transação, quais sejam:

- Um endereço remetente, que seria a chave secreta;
- A chave privada do endereço remetente, que seria a chave secreta do remetente;
- Um endereço do destinatário, que seria a chave pública.

Portanto, podemos dizer que o *Bitcoin*, é o equivalente virtual da transação com cédulas de dinheiro, contudo, repleto de particularidades.

Segundo o economista Fernando Ulrich (2014, p.18-19), esclarece como essas transações devem ser realizadas, vejamos:

As transações são verificadas, e o gasto duplo é prevenido, por meio de um uso inteligente de criptografia de chave pública. Tal mecanismo exige que cada usuário sejam atribuídas duas “chaves”,

uma privada, que é mantida em segredo, como uma senha, e outra pública, que pode ser compartilhada com todos. Quando Maria decide transferir bitcoins ao João, ela cria mensagens, chamada de “transação”, que contém a chave pública do João, assinando com sua chave privada. Achando a chave pública da Maria, qualquer um pode verificar que a transação foi de fato assinada com sua chave privada, sendo, assim, uma troca autêntica, e que o João é o novo proprietário dos fundos. A transação - é portanto uma transferência de propriedade dos bitcoins – é registrada, carimbada com data e hora e exposta em um “bloco” do *blockchain* (o grande banco de dados, ou livro-razão da rede Bitcoin). A criptografia de chave pública garante que todos os computadores na rede tenham um registro constante atualizado de todas as transações dentro da rede Bitcoin, o que impede o gasto duplo e qualquer tipo de fraude.

Em síntese, as transações de bitcoin não ficam “armazenadas” em contas bancárias tradicionais, em que se pode identificar o nome do titular e o número da conta. Para o funcionamento, cada participante da rede *Bitcoin* possui uma carteira digital. Essa carteira digital cria um número de pares de chave pública/privada. Um processo de criptografia arbitrário da carteira é o responsável pela geração de endereços *bitcons*. Cumpre ressaltar que os proprietários das carteiras *bitcoins* são considerados anônimos, ou seja, essas carteiras não tem nenhuma informação sobre seus proprietários. As senhas privadas que são as chaves privadas das carteiras *bitcoinm* são utilizadas para permitir pagamentos feitos exclusivamente pelo dono da moeda.

Contudo, a rapidez do crescimento das *bitcoins*, há também nas mesmas proporções ações mal-intencionadas, quais sejam, vírus de computador, phishing (maneira desonesta de cibercriminosos usam para ludibriar o usuário de internet, com e-mails falsos, direcionando o usuário a websites falsos), trojans e golpes no comércio de *Bitcoin* podem ser encontrados. Logo, se faz necessário que as configurações de segurança do navegador estejam reforçadas.

Desta forma, podemos classificar as diferenças entre as criptomoedas e moedas eletrônicas, que ao contrário daquelas (moeda eletrônica), são representações digitais de valores correspondentes em moeda nacional e as transações realizadas com elas dependem de terceiros, como por exemplo, o cartão de crédito. Enquanto que aquelas (criptomoeda), não representam nenhuma moeda,

são independentes desde a criação e seu valor não tem ligação de qualquer governo além de não necessitarem de nenhum intermediário.

Portanto, pode-se dizer que o *Bitcoin* é o equivalente virtual da transação com cédulas de dinheiro, mas que possui suas peculiaridades.

2.1 TRATAMENTO DADO A CRIPTOMOEDA PELOS GOVERNOS

Insta esclarecer que a criptomoeda é um ativo financeiro que possui apenas 10 anos, contudo, ganhou um espaço “midiático” dentro da esfera financeira mundial, chegando a alcançar em 25 de março de 2015, o volume de trocas no mercado de US\$ 5.610.657,98 (cinco milhões seiscentos e dez mil seiscentos e cinquenta e sete dólares e noventa e oito centavos), segundo o site *blockchain*, que também informou que, dentro de um intervalo de 24 horas a mineração gerou um lucro para os mineradores de US\$ 1.000.506,00 (um milhão e quinhentos e seis dólares).

Posto isto, fica demonstrada o porquê da ampla aceitação no mercado quando torna-se notório o fato de que muitos pontos comerciais têm adotado o uso e aceitação do *Bitcoin* como forma de pagamento. Sendo assim, fica constatado a amplitude que as moedas digitais vêm recebendo ao redor do mundo, como por exemplo, a cidade de Nova York.

Contudo, apesar da supervalorização da criptomoeda, em contrapartida houve uma repentina queda na cotação da sua espécie mais conhecida, o *biticoïn*, pelos enormes desafios que as moedas virtuais em geral impõem as autoridades dos diversos países.

Envolto as discussões com relação a regulamentação das moedas virtuais, que são de interesse dos órgãos estatais, como por exemplo, os órgãos que monitoram o sistema monetário de cada país, uma vez que no Brasil é a Receita Federal, sendo abordado interesse e gerando controvérsias quando ao seu aspecto tributário, qual seja, a forma de tributação das criptomoedas.

Ao contrário disso, há países em que possuem uma certa liberdade para estabelecer o tratamento tributário que pretendem dar as criptomoedas.

Logo, esse tratamento poder variar conforme a operação: venda de imóveis, mineração de moeda virtual ou ainda alienação da moeda por um indivíduo ou pessoa jurídica.

Passemos agora a fazer uma breve análise, do comportamento de alguns países com relação a criptomoeda;

- **França:** tem gerado discussão. Recentemente, o Conselho dos Estados francês decidiu que as criptomoedas sujeitam-se ao ganho de capital na cessão de bens móveis. A Corte entendeu ainda, que os ganhos relacionados aos bitcoins, poderiam ser qualificados como benefício não comercial, salvo quando resultassem do exercício de uma atividade mercantil;
- **Reino Unido:** as criptomoedas sujeitam-se normalmente ao ganho de capital, quando o valor transacionado exceder £ 11.700/ano. Entretanto, tratando-se de empresa que negocia a moeda com habitualidade, o seu lucro estará sujeito ao imposto de renda. De outro lado, operações altamente especulativas não estão sujeitas à tributação, a exemplo com jogos de apostas.
- **Canadá:** não é considerado moeda, é legal e sua regulamentação varia de acordo com cada província. As criptomoedas não são legais no Canadá, mas já existe um tratamento para as criptomoedas desde o ano de 2014. As autoridades dizem que muitos ICOS podem ser classificados como valores mobiliários, e estão sujeitas a regulamentação.
- **Estados Unidos:** tem a criptomoeda como propriedade para fins tributários. Eventual ganho em sua alienação sujeita-se, em regra, ao ganho de capital. A alíquota depende do período de sua detenção. Tratando-se de ganho de curto prazo (menos de 01 ano), a alíquota é a mesma do imposto de renda. Tratando-se de ganho de longo prazo (mais de 01 ano), a alíquota é reduzida.

Vejamos então, uma pequena demonstração acerca da aceitação e regulamentação da criptomoeda em alguns países ao redor do mundo, de acordo com a imagem abaixo:



Nesse diapasão, o governo americano vem dando bastante ênfase a esse assunto, e isso pode ser verificado através de um documento da Biblioteca do Congresso Americano, o *Regulation of Bitcoin in Selected Jurisdictions* (THE LAW LIBRARY OF THE CONGRESS, 2014). Este documento do qual os analistas do Governo Americano possuem, servem para estudar a legislação de outros países para saber a forma em que eles tratam esse tipo de ativo financeiro. Este, permite observar o tratamento legal de vários e tem como característica comum a todos é a inexistência de legislação específica sobre a matéria (comum em inúmeros países), com exceção do Japão.

Pode-se dizer que na verdade, alguns países utilizam as leis já existentes para tratar da matéria, como é o caso da Alemanha, onde a Autoridade Financeira Alemã afirmou em um comunicado enviado em dezembro de 2013, que as criptomoedas se enquadram na legislação alemã de moedas estrangeiras, sendo que a legislação pertinente a mesma, é utilizada para outras moedas estrangeiras, diferentemente da Argentina, que se manifesta no sentido de que as criptomoedas seriam na verdade tratadas como bens e que regeria sob o Código Civil Argentino.

Cumprir evidenciar também, que o órgão americano *Internal Revenue Service*, órgão que é semelhante a Receita Federal do Brasil, afirma que não considera criptomoedas como entidade monetária para efeitos de tributação, mas como mera propriedade, muito embora reconheça que elas podem ser usadas para pagamento.

O único país a frente dessa temática é o Japão, pois o governo japonês se viu na obrigação de criar um arcabouço jurídico que trate sobre criptomoeda depois que

a maior corretora do mundo, a Mt. Gox, foi hackeada e teve 850.000 (oitocentos e cinquenta mil) bitcoins, equivalente a 500 milhões de dólares, furtados, o que gerou a falência daquela casa.

A grande preocupação dos governos é de perder o monopólio sobre o mercado financeiro de seus países. A Rússia e Tailândia chegaram a proibir a circulação da moeda, de modo que qualquer operação envolvendo os bitcoins seria considerada crime nesses países.

2.1.1 A Criptomoeda no Brasil

O Banco Central do Brasil, no ano de 2014, emitiu um comunicado que em que as criptomoedas não poderiam ser confundidas com moeda eletrônica, tratado na Lei 12.865 de 9 de outubro de 2013.

Contudo, a Receita Federal do Brasil equiparou o bitcoin a ativos financeiros. Ou seja, eventual ganho auferido quando de sua alienação em valor superior a R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais) ao mês estaria sujeito à tributação. A alíquota que varia entre 15% a 22,5%, a depender do valor do ganho. Além disso, os bitcoins devem ser informados na ficha de bens e direitos da declaração de rendimentos pelo seu custo de aquisição.

No Brasil, as criptomoedas não podem ser consideradas juridicamente como moedas por não serem emitidas através de uma entidade oficial, pois a Constituição Federal determina que a emissão de moedas seja realizada única e exclusivamente pelo Banco Central do Brasil.

Desse modo, não sendo configurada como moeda, a Receita Federal entende que, por produzir repercussão financeira, as criptomoedas podem ser equiparadas a um ativo financeiro, e sua posse, bem como as transações realizadas, devem ser declaradas e tributadas.

No ano de 2017, a Receita Federal divulgou informações sobre como declarar as moedas virtuais na declaração do Imposto de Renda na ficha. Esta declaração deve ser feita na ficha de “bens e direitos” como “outros bens”, devendo ser descritas as moedas virtuais possuídas, sua quantidade e seu valor de aquisição.

A ausência de declaração das criptomoedas pode trazer transtornos aos seus proprietários, fazendo com que sua declaração caia na malha fina da Receita Federal do Brasil.

No Brasil, a moeda nacional é determinada pela Lei nº 9.069 de 1995, que é mais conhecida por Lei do Real, que determina em seu parágrafo 1º que “a unidade do Sistema Monetário Nacional passa a ser o Real, que terá o custo legal em todo o território nacional.

Isso advém de uma teoria que prevalece em todo o mundo, inclusive no Brasil, a chamada Teoria Estatal da Moeda, de George Friedrich Knapp, em que ele afirma que o valor da moeda é proveniente de determinações do governo, ou seja, é moeda aquilo que o governo disser que é.

Entretanto, apesar de inúmeras dificuldades acerca da criptomoeda, a Receita Federal do Brasil planeja a regulamentação das moedas virtuais no país, com o fito de cobrar impostos de quem negocia moedas como por exemplo os bitcoins, e na tentativa de tentar coibir o uso da tecnologia para a lavagem de dinheiro.

Em consequência disso, as casas de câmbio ou simplesmente, corretoras, terão a incumbência de todos os meses enviar um registro de todos os clientes que movimentaram criptomoedas naquele determinado período. O usuário de exchanges estrangeiras também vai precisar relatar compras e vendas da moeda mensalmente a Receita Federal.

Com isso, a Receita Federal do Brasil, estipula que há um grande volume de brasileiros movimentando e investindo na criptomoeda do que na bolsa de valores.

Na bolsa de valores em São Paulo, atualmente há 800 mil investidores cadastrado além disso, o mercado de bitcoins registrou uma movimentação de mais de R\$ 8 bilhões no país, apenas ano passado. Em razão disso, o Fisco vê a medida como uma maneira de cobrar impostos daquele que trabalha com a moeda.

No ano de 2018, foi necessário para os usuários da criptomoeda, declarar os ativos digitais no Imposto de Renda, com isso, a Receita visa reforçar essa cobrança, além de observar mais de perto para aqueles que movimentam moedas digitais no Brasil.

Em razão do tamanho crescimento que vem tendo as criptomoedas e com a finalidade de “acompanhar” países que “trabalham” com a moeda virtual, é chegado ao Brasil, no ano de 2019, o CriptBank, sendo o primeiro banco a operar com soluções em criptomoeda no país.

Estima-se que o valor dado à Empresa seja de mais de dois bilhões de dólares. O banco pertence a grupos de investidores internacionais especializados na gestão mundial de capital, dentre eles, a rede hoteleira Saga Hotels e a Holding, que controla a companhia aérea Emirates.

O CriptBank funcionará como um banco convencional, aliando os ambientes bancários e de Exchange, mas com diferencial de operar também com soluções a criptomoeda, sistema já comum em países da Europa e que agrega modernidade, eficiência, segurança e confiança.

O correntista poderá fazer todas as transações financeiras, como pagar e receber contas. Transferir e depositar. Além de, investir, financiar, utilizar cartão de crédito dentre outros serviços do vasto portfólio oferecido dos bancos, optando sempre por despender moeda corrente ou criptomoeda.

Uma grande vantagem do CriptBank, como também um grande benefício ao usuário, é que a maioria das transações bancárias serão isentas de taxas. E as poucas transações cobradas, serão calculadas segundo alíquota de até 90% inferiores que as dos bancos tradicionais. Assim, destaca o presidente da CriptBank, Santiago Gasull: *“As grandes oportunidades nascem de saber aproveitar as pequenas. O CriptBank chega ao Brasil com o compromisso de normatizar as operações do mercado financeiro digital e difundir esse tipo de sistema que já é uma realidade na Europa e o futuro da maneira como o mundo lida com o dinheiro.*

O plano de estratégia bancária, ainda prevê a criação de uma estrutura completamente moderna que estará presente nos mais importantes centros financeiros do mundo, a começar pela abertura de seis agências bancárias, ainda em 2019 e será situada nas cidades de São Paulo, no município de Sorocoba, onde funcionará a sede administrativa. Santiago Gasull ainda enfatiza que:

“O tempo passa e o dinheiro muda a sua forma, mas a maneira de como devemos administrá-lo e multiplicá-lo permanece. Segurança, tecnologia e transparência são as bases que sustentam o pacote de soluções que o CriptoBank oferece por meio de um trabalho sério e comprometido, com foco no sucesso do cliente.”

Conforme o aludido, e por meio de uma análise legal, doutrinária e jurisprudencial faremos um breve estudo acerca das possibilidades legais quanto a tributação a criptomoeda, mais especificamente, as bitcoins.

2.2 – TRATAMENTO JURÍDICO DADO A CRIPTOMOEDA

Para corroborar com o que já fora mencionado, se faz necessário aprofundarmos no assunto para que haja um melhor entendimento acerca da matéria.

Em geral, sabe-se que o uso da criptomoeda em geral gera fenômenos como as trocas, transferência de valores e investimentos, dentre outros, que ao menos em tese, são passíveis de tributação.

Desta forma e diante da crescente popularidade dada às moedas virtuais, parece-nos importante compreender qual a natureza jurídica dada a criptomoeda, e em especial, no Brasil.

Estima-se que atualmente existam cerca de 1500 criptomoedas, sendo a bitcoin a mais famosa delas. Ainda, vale notar que, apesar de eventuais percalços, os bitcoins, que surgiram no ambiente da crise financeira entre os anos de 2008 e 2009, com existência de quase 10 anos, de forma segura e sem fracassos relevantes e que apresenta mais liquidez e maior volume de negociação com relação às demais criptomoedas.

Ao retratar de que forma um determinado produto evolui até se tornar uma moeda corrente, o renomado economista Murray N. Rothbard, afirma que, na medida em a que a interação comercial entre os indivíduos foi evoluindo, novos mecanismos de troca precisaram ser criados, pois a troca direta por meio do escambo já não era suficiente para atender as necessidades da sociedade.

As criptomoedas atende ao requisito de maleabilidade, sendo esta a capacidade de mudar a forma do produto em diversas maneiras, o que permite que ela adquira formas que o tornem mais compacta, e conseqüentemente, mais fácil de ser transportada. Sendo assim, a criptomoeda nada mais é que um código computacional formado por uma série de caracteres, então a única forma dela se deteriorar é se o código for apagado, por isso alguns usuários escrevem esses

códigos em papéis e os guardam em cofres, pois, caso ocorra alguma pane no disco de armazenamento, eles ainda teriam o código, podendo utilizar em outros computadores, desde de que este tenha conexão ao sistema que ela esteja armazenada.

As bitcoins são finitas, só podem ser criadas 21 milhões de unidades, conforme o seu protocolo de criação e possui um crescimento estável da oferta, pois, só podem ser geradas por meio de cálculos matemáticos que se tornam cada vez mais complexos na medida em que novas criptomoedas vão sendo criadas, dificultando que novas sejam mineradas.

É importante evidenciar que ao menos em nosso ordenamento jurídico, os bitcoins não podem ser consideradas moedas, no sentido jurídico do termo.

De fato, de acordo com o dispositivo nos artigos 22, VI e 48, XIII e XIV da Constituição Federal, bem como nas leis federais aplicáveis, tais como as Leis 8.880/94, 9.069/95 e 10.192/201, o Real é a moeda oficial do país, ou seja, a única que possui curso legal, forçado e poder liberatório.

Contudo, muito embora as moedas digitais não possam ser reconhecidas como moedas no sentido estrito, os bitcoins cumprem um dos propósitos econômicos da moeda, já que em certos mercados, são aceitos em troca de bens e serviços, revelando conteúdo econômico.

Conforme já mencionado, no Brasil a moeda nacional é determinada pela Lei nº 9.069 de 1995, mais conhecida como “Lei do Real”. Esta lei determinou em seu parágrafo 1º que a “unidade do Sistema Monetário Nacional passa a ser o Real, que terá curso legal em todo o território nacional”.

Assim, cabe a indagação de, se as criptomoedas não são moeda nacional, então o que poderiam ser?

Inicialmente elas poderiam ser vista como moeda estrangeira, assim como o Euro, a Libra, o Dólar e etc.

Outro ponto, seria a indagação de que a moeda estrangeira seria aquele objeto que teve uso como meio de pagamento determinado pela lei de outro país, em seu próprio território.

No caso em comento, por serem produzidas por particulares, embora tenham mesma função de moedas, nós não podemos identificá-las como moedas

estrangeiras. Elas deveriam ter curso forçado identificado pela lei de algum Estado, então até o momento que isso ocorrer, elas não podem ser consideradas moedas no sentido jurídico.

Seguindo o conceito de Carlos Roberto Gonçalves ao tratar do assunto de Bens incorpóreos, aduz o seguinte: *“os que têm existência abstrata ou ideal, mas valor econômico, como direito autoral, crédito, a sucessão aberta, o fundo de comércio etc.”*, este estaria perfeitamente encaixado a criptomoeda por se assemelhar aos bens incorpóreos por estas não possuírem existência material, sendo mera abstração computacional.

A primeira consequência de tal interpretação é que a troca de um desses ativos por determinado produto não pode ser classificado compra e venda, afinal, para existir a compra e venda um produto deve ser dado em troca de um valor em moeda corrente, logo, tratar-se-ia de um contrato de escambo ou troca.

Ao que preleciona o Direito Tributário, as implicações da definição de moeda virtual como produto incorpóreo e não como moeda, já começa com a própria definição de Tributo, conforme o artigo 3º do CTN, onde determina que o tributo é prestação pecuniária em moeda corrente, ou cujo valor nela se possa exprimir, enquanto que o artigo 162, do mesmo diploma legal, em seus incisos I e II, não prevê a possibilidade de pagamento do tributo em criptomoeda, portanto, ela não pode ser utilizada para pagar tributo.

Assim, as demais consequências da classificação desse ativo, serão analisadas nos capítulos seguintes, bem como a incidência de impostos sobre suas operações.

2.3 – RELAÇÃO TRIBUTÁRIA DADA A CRIPTOMOEDA

É sabido que a criptomoeda é uma designação genérica que se refere a um meio de troca virtual, que se utiliza da tecnologia para validar as operações realizadas. Sendo que, o aspecto principal das criptomoedas é sua validação descentralizada através de um sistema de controle de tecnologia (virtual), sendo registrado em uma espécie de livro-registro verificado *peer-to-peer*, onde todos os usuários possuem uma cópia idêntica de todo o registro de transações, impedindo

alterações. Logo, percebe-se que o primordial à criptomoeda é a segurança, sendo este um aspecto crucial.

No Brasil a regulação sobre o tema ainda é incipiente e antes de aprofundarmos o estudo acerca da tributação da criptomoeda, é de suma importância compreender, no ordenamento jurídico brasileiro, se a criptomoeda seria tratada como moeda ou como bem, como também, questionar-se se trata de manifestação de riqueza apta a ser tributada, e se assim for, quais impostos incidiriam sobre as operações realizadas com a criptomoeda.

Ao passo que, se a criptomoeda for considerada uma moeda, esta estaria sujeita a um regime de tributação distinto do que seria se considerada com um bem fosse. Se for tratada de cunho privado, estará possivelmente sujeita a incidência de IOF e ICMS, se, somente se, fosse aceita por um comerciante em uma transação de compra e venda. A Receita Federal do Brasil definiu que uma criptomoeda deve ser entendida como ativo financeiro, porém, em recente comunicado sobre operações virtuais, alertou para o seguinte:

“Não há, no arcabouço legal e regulatório relacionado com o Sistema Financeiro Nacional, dispositivo específico sobre moedas virtuais. O Banco Central do Brasil, particularmente, não regula nem supervisiona operações com moedas virtuais”.

Mas, se esta for considerada um bem, estará sujeita a incidência do Imposto de Renda, que é a atual situação das criptomoedas no Brasil. No atual contexto brasileiro, as moedas virtuais devem ser declaradas como ativos financeiros para fins de Imposto de Renda, devendo ser declaradas na ficha “*outros bens*” pelo valor da aquisição. Se quando de sua alienação, e se superior a R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil), estará sujeita a uma alíquota, variável de entre 15% e 22,5%, isso a depender do montante. Esse entendimento segue o mesmo dos EUA, segundo o qual, se uma criptomoeda for utilizada para a compra de um café, será considerada como venda de propriedade, sujeito à tributação por ganhos de capital.

Apesar da legislação brasileira ainda ser silente quanto a forma de tributação ou quanto ao seu tratamento, e com o constante crescimento desta, a Secretaria da Receita Federal se manifestou sobre a matéria com fundamento na regra genérica de tributação de ganhos de capital contida na Lei 8.981/1995 e na Lei 11.196/2005.

Com efeito, no manual “*Perguntas e Respostas – Imposto de Renda Pessoa Física*”, a Secretaria da Receita Federal consagra o entendimento, que permanece válido para a declaração de 2018 e conseqüentemente 2019, de que as criptomoedas devem ser declaradas na “*Ficha bens e Direitos*” da declaração das pessoas físicas como “*outros bens*”, equiparando-as a um ativo financeiro.

Logo, é importante frisar que ainda não há cotação oficial, nem tampouco um órgão central responsável por sua emissão, como também não há uma regra legal de conversão para fins tributários, do “bem” ora mencionado. Em consequência disso, é preciso que as operações em questão estejam devidamente documentadas para a devida justificação do valor adotado.

Há inúmeras indagações acerca da criptomoeda, e muitas dessas indagações não há respostas, justificado pela ausência de legislação específica para tanto, assim observa-se:

1. Haveria tributação quando se utiliza criptomoeda, para pagar uma consulta médica? Esse pagamento seria equivalente a uma alienação para fins tributários?
2. Qual seria o local da tributação dos ganhos de capital em caso de transações internacionais?
3. Perdas são compensáveis?
4. A troca de *bitcoins* (criptomoeda) por moedas oficiais produziria os mesmos efeitos de um contrato de câmbio, sujeito ao IOF?

No entanto, não há apenas indagações no âmbito da pessoa física. Inúmeras dúvidas foram suscitadas na esfera estadual quanto ao tratamento dado a doação e herança de *bitcoins* estariam sujeitas ao ITCMD? Seriam os *bitcoins* considerados mercadorias para fins de incidência do ICMS?

Não apenas no campo da pessoa física e na esfera estadual, existe da mesma forma questionamentos no âmbito municipal: Como seria a intermediação de compra e venda de *bitcoins*? Estaria sujeita ao ISS? Qual seria a natureza desse serviço?

[...]

Para responder tais indagações, primeiramente, iremos analisar as operações a luz do Princípio da Capacidade Contributiva, que é fonte de fundamento da tributação, pois ele determina que apenas situações econômicas aptas a serem

tributadas, sem que se importe no prejuízo do mínimo existencial, ou na violação à validação ao não confisco, possam incidir tributos.

No presente estudo, é importante a análise desse princípio, pois, através dele poderemos analisar se a propriedade, a produção e a transferência de criptomoeda é suscetível de ser classificada como manifestação de riqueza apta a ser tributada, pois a cotação do *bitcoin* já chegou a ser de mais de US\$ 1.147,25 (um mil cento e quarenta e sete dólares e vinte e cinco cents), ou R\$ 4.532,34 (quatro mil quinhentos e trinta e dois reais e trinta e quatro centavos). Atualmente, a cotação de apenas 1 *bitcoin* gira em torno de R\$ 33.326,18 (trinta e três mil trezentos e vinte e seis reais e dezoito centavos), no entanto a cada minuto que se passa, o *bitcoin* é cotado para mais ou para menos.

Ou seja, para aquele que pretende obter *bitcoins* deve ter um poder econômico elevado, pois o mercado dessa moeda exige, sendo então, fonte apta de se mensurar a capacidade do indivíduo de atuar no custeio da atividade estatal.

Mas, não basta apenas que as operações com criptomoedas denotem capacidade contributiva, é também necessário que elas estejam previstas constitucional e legalmente para que sua cobrança se demonstre legítima.

2.4 – Incidência Tributária à Criptomoeda

Verificaremos então, o Sistema Tributário Nacional com a finalidade de como este instituto deverá agir perante as operações com criptomoedas

Ainda, antes de iniciarmos tal análise, será necessário estabelecer certas premissas que servirão como norte na acerca da interpretação da Constituição Federal e dos textos infraconstitucionais.

Vale salientar que a obrigação tributária só existirá se de fato houver com o fato gerador, onde gerará uma obrigação subsequente.

Assim, compreende Eros Grau, que deve ser realizada interpretação ao texto legal e a realidade para que se possa criar a norma, portanto, toda vez que for interpretado determinado texto normativo, então estaria ocorrendo a sua atualização semântica, pois coloca-se o significado dos termos legais dentro de um contexto histórico.

Assim também compreende Clarice Von Oertzen de Araújo ao afirmar que, os termos jurídicos podem sofrer atualização de seus conceitos conforme o momento histórico em que eles se inserem.

Em virtude da lucratividade de mercado, vários empreendedores de vários países formaram empresas especializadas na produção da criptomoeda, que se dá através de “*supercomputadores*” feitos especialmente para esta atividade. Em razão disso, há a dúvida quanto a tributação das operações com as criptomoedas produzidas por elas, faremos então uma análise acerca disso.

O renomado tributarista Leandro Paulsen, quando menciona “operações”, que na linguagem do Direito, nada mais é que negócio jurídico.

Sendo assim, as operações são negócios jurídicos em que há a transferência da propriedade de determinado bem destinado a um terceiro. É importante compreender de que não se trata de mero produto, este deverá ser produzido por meio de um procedimento industrial, que nada mais é que o conjunto de mecanismos e/ou químicos que transformam determinada matéria prima, ou produto, em outro.

Ou seja, para que incida o IPI será necessário que haja um negócio jurídico que tenha como objeto determinado produto industrializado, assim o produto deve ter sido industrializado por alguma das partes do negócio jurídico.

Para que os produtos “sofram” a incidência do IPI, além de haver o limite constitucional inerente a este imposto, ainda deverá estar listado na Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados, em respeito ao limite do poder de tributar da reserva legal e da tipicidade tributária, o que nem de longe é o caso das criptomoedas, portanto, não deverá incidir o IPI.

Mas, se houvesse a hipótese da criptomoeda estar listada no rol de produtos na tabela, ainda seria inconstitucional, pois o artigo 153, V da CF é claro ao afirmar que o imposto sobre produtos industrializados requer procedimento de transformação química e/ou mecânica, só que no caso das criptomoedas, estas são criadas a partir de operações matemáticas geradas em computadores, ou seja, **não há transformação da matéria prima nem muito menos do material.**

No mesmo sentido da análise acerca da possibilidade de cobrança do IPI, haveria uma outra possível forma de aquisição das criptomoedas, esta poderia ser

adquirida por meio da compra ou ser recebida por meio de troca em outro bem ou da prestação de serviço.

Primeiramente será analisado a forma de aquisição da criptomoeda para poder identificar o tipo, se esta foi adquirida por meio de operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a valores imobiliários.

Logo, constata-se que o IOF incidiria sobre quatro diferentes bases econômicas, quais sejam, operações; compra e venda de moeda estrangeira; contratos nos quais uma das partes acordar remunerar a outra com um prêmio no caso de ocorrência de riscos futuros; pagamento a Advogados com relação aos honorários advocatícios; e negócios jurídicos em que haja a emissão, transmissão, pagamento ou resgates destes.

Contudo, e com relação as bases econômicas mencionadas será analisado o IOF câmbio e o IOF títulos e valores imobiliários.

Há regulamentação na Câmara de Registro, Compensação e Liquidação de Operações de Câmbio da BM&F – Bovespa, em que conceitua sem seu artigo 1º, item 40, da seguinte maneira: “*Operações de compra e venda de Moedas Estrangeiras, passíveis de Registro, Compensação e Liquidação pelos Sistemas da Câmara*”. O fato é que as operações ocorrem com a comercialização de Moedas Estrangeiras, sendo esta a mais importante questão.

Mas, é importante mencionar mais uma vez, e conforme já destacado anteriormente, que de acordo com o atual ordenamento jurídico brasileiro, não há previsão legal para a criptomoeda, ou seja, não é considerada moeda brasileira, logo, não incide IOF.

Após essa análise acerca do IOF, passaremos a tratar da incidência do ICMS sobre a criptomoeda, se for consideradas como bens, e analisando sob a possibilidade da existência desse imposto na circulação de mercadoria e sobre prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, ainda que as operações se iniciem no exterior, seguindo o entendimento do Estimado Leandro Paulsen e José Eduardo Soares de Melo, que afirmam: “*O imposto incide sobre operações relativas à circulação de mercadorias, compreendendo negócio jurídico mercantil, e não sobre simples mercadorias ou quaisquer espécies de circulação*”.

Em suma, diante da clara impossibilidade de identificar qual imposto incidiria à criptomoeda a depender da operação realizada, como também da impossibilidade legal por não haver legislação específica para tanto, resta a dúvida sobre a tributação das operações nas quais a criptomoda é utilizada, seja por meio de troca para aquisição de outros bens e serviços.

2.5 – Incidência Tributária da Criptomoeda no Imposto de Renda Pessoa Física

Contudo, cabe a análise acerca da incidência do imposto sobre as manifestações de riqueza (ora já mencionado do que se trata), passíveis de serem classificadas como renda e, assim, tributáveis pelo Imposto de Renda Pessoa Física.

Assim, determina o artigo 153, III, Constituição Federal, em que determina que é tributável a renda, bem como os proventos de qualquer natureza.

Logo, a renda deve ser compreendida como sendo o acréscimo patrimonial decorrente do capital ou trabalho, enquanto, os proventos são os acréscimos decorrentes de uma atividade que já tenha cessado, assim afirma Leandro Paulsen.

Em consonância disso, para que se verifique se alguém auferiu a renda, deve ser verificado seus ganhos e perdas em determinado lapso temporal, após esta operação, caso seja identificado que houve aumento patrimonial, então houve o incremento da sua capacidade contributiva e o fato gerador do imposto de renda.

Também se leva em conta, na hipótese da incidência do imposto de renda a aquisição da disponibilidade econômica e jurídica, que, segundo Paulsen afirma como sendo;

“A disponibilidade econômica ocorre com o recebimento da renda, a sua incorporação ao patrimônio, a possibilidade de utilizar, gozar ou dispor dela. Por sua vez, a disponibilidade jurídica dá-se com a aquisição de um direito não sujeito a condição suspensiva, ou seja, o acréscimo ao patrimônio ainda não está economicamente disponível, mas já existe um título para seu recebimento, como, por exemplo, os direitos de crédito”.

Em se tratando de criptomoeda, estas são bens aptos a incorporar acréscimo patrimonial, pois seu valor oscila constantemente, fazendo com que em

determinados momentos o valor de uma delas seja maior do que no momento da aquisição.

Para fins de incidência, esta pode se dar com o ganho do capital, decorrente da alienação com fulcro no artigo 3º, §2º, da Lei 7.713/88.

Logo, se compreende que se alguém adquirir uma certa quantidade de criptomoeda com valor equivalente a R\$ 800,00 (oitocentos reais), após dois meses esse mesmo montante de criptomoedas valeria R\$ 1.100,00 (um mil e cem reais), e o proprietário a criptomoeda as aliena, desse modo, houve um acréscimo patrimonial de R\$ 300,00 (trezentos reais). Dados meramente exemplificativo.

Ainda, se a valorização seguida da pela aquisição de outro bem, ou seja, se a criptomoeda valia um valor X e passou a valer Y, o que permitiu a aquisição de determinado bem com esse valor 'valorado', logo, trata-se de uma contrato de troca, então irá ocorrer a alienação do ativo e respectiva adição ao patrimônio de bem com valor superior do ativo no momento em que havia sido adquirido, ou seja, ocorreu acréscimo patrimonial.

Mas, em controvérsia, no Direito Tributário vige o princípio a estrita legalidade ou tipicidade, pelo qual, seria impossível a exigência de tributo com contribuinte sem expressa disposição legal quanto a sua criação e elementos de incidência. Os limites do poder de tributar (princípio elencado na Constituição Federal) devem ser observados, sob pena de inconstitucionalidade da cobrança.

Logo, o legislador brasileiro não definiu, ainda, o que é *bitcoin*, ou simplesmente o que seria a criptomoeda, como moeda, limitando-se a Receita Federal do Brasil a emitir orientação em seu portal, do que está sujeito à tributação e como deve ser feita a declaração e eventual recolhimento do Imposto de Renda.

Por esta razão, se, somente se, houvesse a tipicidade do tipo, haveria a possibilidade da incidência do imposto de renda, tanto para pessoa física como para pessoa jurídica, quando houver aquisição e posterior alienação da criptomoeda, quando seu proprietário auferir lucro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por mais que este estudo tenha voltado à análise da tributação da criptomoeda no imposto de renda pessoa física, fora analisado o que são

criptomoedas, seus principais elementos, como a *bitcoin*, para ao final concluir sua natureza jurídica e suas principais incidências, que não foi o caso.

Com a finalidade de trazer os mais novos entendimentos acerca da temática, este assunto ainda é pouco explorado, seja pela doutrina, seja por artigos acadêmicos, seja pela jurisprudência e sobretudo, pelos seres que aqui vivem, sendo este ter um conhecimento muito raso do que poderia ser a criptomoeda...

Contudo, este assunto é de sua importância para todos, uma vez que a experiência internacional tem demonstrado a grandeza e relevância que deve ser dada a esta moeda que cada vez mais vem crescendo. Assim, seria de suma importância que nossos economistas como também os juristas se atentem para a nova realidade mundial.

Logo, alguns aspectos da tributação das criptomoedas poderiam ser melhor esclarecidos pelo Fisco. Entretanto, o maior desafio das criptomoedas parece ser não a tributação propriamente dita, mas sim, como deveria ser efetivado seu rastreamento. Um controle mais efetivo parece ser essencial para a identificação de seus titulares pelo fisco e a efetiva tributação na forma estabelecida pela legislação.

Difícilmente, alguém em 2019 não tenha ouvido falar das moedas virtuais ou criptomoedas. Cada vez mais expressivo o destaque dado em mídia a essas unidades de trocas digitais. No Brasil, fora objeto de recentíssimo comunicado do Banco Central em que se proibiu, por meio transversal, a remessa internacional de criptomoedas.

A preocupação não é recente. A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), por meio da Ação 1 do BEPS (Base Erosion and Profit Shifting), projeto que visa identificar e desenvolver soluções para os principais obstáculos à tributação internacional no contexto da economia digital, já ponderava ser necessário aprofundar-se no assunto. Adverte, em seu relatório final, que a economia digital, incluindo as criptomoedas, está em contínua evolução e desenvolvimento, motivo pelo qual precisa ser monitorada para que seja avaliado seu impacto nos sistemas tributários. Nesse cenário, a comunidade jurídica vem protagonizando fortes discussões envolvendo a regulamentação da criptomoeda, cuja espécie mais conhecida é o denominado *biticoín*.

No entanto, o objetivo dessa análise foi criar alicerce teórico necessário para que se inicie uma abordagem da temática que possa guiar a atuação prática dos operadores de direito.

Entretanto, não foram esgotadas o estudo acerca do um tema tão recente e tão desconhecido e ao mesmo tempo, pertinente.

Esse foram os aspectos mais relevantes sobre a tributação das criptomoedas e que, cada vez mais, vem ganhando espaço na mídia, na sociedade e, por consequência, também para o Direito, e em especial, para o Direito Tributário.

REFERÊNCIAS

SILVA, Anderson Petersmann da. **A tributação das moedas virtuais**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5481, 4 jul. 2018. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/63392>

<https://cointimes.com.br/politica/legislacao/>

<https://www.infomoney.com.br/blogs/investimentos/blog-do-gcunha/post/7986656/bitcoin-do-governo-entenda-a-ideia-da-moeda-digital-do-banco-central>

<https://cointimes.com.br/a-regulamentacao-de-criptomoedas-ainda-divide-opnioes-nos-governos/>

<https://canaltech.com.br/criptomoedas/receita-federal-pede-historico-de-transacoes-em-bitcoin-para-expoente-do-mercado-132963/>

https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/incertezas-na-tributacao-de-mineracao-de-criptomoedas-pelo-imposto-sobre-a-renda-24122018

<https://jus.com.br/artigos/64584/tributacao-de-criptomoedas>

<https://cuex.com/pt/btc-brl>

ARAUJO, Clarice von Oertzen de. **Semiótica do Direito**. 1. ed. São Paulo:: Quartier Latin, 2005. P. 60-61

BRASIL. Lei 5.172. de 25 de Outubro de 1996. Código Tributário Nacional.

PAULSEN, Leandro e Melo, José Eduardo Soares de. **Impostos Federais, Estaduais e Municipais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. V.1. 9. ed. São Paulo. Saraiva, 2013.

ULRICH, Fernando. **Bitcoin**: a moeda na era digital. 1. ed. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2014.

<https://www.investmentosenoticias.com.br/bitcoins/chega-ao-brasil-primeiro-banco-com-solucoes-em-criptomoeda>

MELO, João Paulo Fanuchi de Almeida. **Pirincipio da Capacidade Contributiva**: a sua aplicação nos casos concretos. São Paulo: Quartier Latim, 2012.

VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS: UM ESTUDO SOBRE A DESUMANIZAÇÃO DE GESTANTES NO SISTEMA CARCERÁRIO

Beatriz Grisi Fernandes da C. Lima
Marcel Silva Luz

RESUMO: Vivemos em uma época desanimadora, tanto para os direitos humanos que estão sendo questionados se são realmente necessário, quanto para o assunto deste trabalho: As mulheres encarceradas e grávidas, ou já com uma criança para cuidar; visa-se analisar se alguma lei, ou algum artigo na legislação seja suficiente para cobrir necessidades básicas das mulheres presas. Apresentando assim, uma pesquisa qualitativa cujo objetivo é compreender os fenômenos através da coleta de dados narrativos, estudando particularidades e experiências individuais.

Palavras- chave: direitos, humanos, cárcere, gestantes, presas, privado.

ABSTRACT: *We live in discouraging times for the Human Rights, that are being questioned if they're really necessary and for the topic of this study: Women incarcerated and pregnant, or already with a child to care for; it is intended to analyze if any law, or any article in the legislation, is enough to cover the basic needs of female prisoners. This way presenting a qualitative research which is to acknowledge the subject through narrative data, studying particularities and individual experiences*

Key words: *human, rights, pregnant, prison, female, prisoners*

1 INTRODUÇÃO

Legitimamos uma política de tolerância zero acerca da situação das encarceradas, vivemos dominados por uma mídia alienada para nos insensibilizar em relação ao cenário horrendo de vivência das presas. De acordo com uma pesquisa feita pela Carta de São Paulo em 2017, aponta o Brasil como o 4º país com a maior população de presos do sexo feminino, tendo em cerca de 40 mil mulheres e meninas apenadas.

A situação carcerária do país é bastante assustadora, principalmente pra quem vive ao redor dela. Pela abundância de preconceito contra os detidos os cidadãos de fora não notem a situação imprópria e altamente deficiente em que vivem as mulheres, e muitas vezes não se importam com a desumanização existente dentro do sistema.

Mas o que é desumanização? Por que se importar com a situação de "bandidas"? Se os mesmos, em tese se botaram na prisão? O ato de desumanizar é nada menos que privar daquela pessoa certas condições básicas que o ser humano precisa para ser considerado ele mesmo, tais como higiene, educação, pudor e conforto, é tratar o outro como animal, como objeto, tirando sua humanização e dignidade, apenas o deixando existir.

O presente estudo, além de uma visão ampla sobre mulheres no sistema, focará na situação precária de mães e grávidas encarceradas, como seus direitos são covardemente tirados, trazendo também como são temerosamente violentadas física e mentalmente. Trará, também, uma breve explicação da violação dos direitos básicos à pessoa humana no sistema carcerário brasileiro, não apenas no feminino. Pessoas que além de serem privadas de seu direito de ir e vir, também vivem enterradas num lugar sem condições básicas de sobrevivência.

Estas condições precárias e falta de direito básicos, interferem mais na sociedade do que se tem conhecimento, como a superlotação em abrigos de adoção e a falta de renda da família, causando mais pobreza e dificuldade em periferias e afins. Pode-se considerar um perigo também pela sedução do tráfico e trabalho infantil que é realizado pelas crianças deixadas com famílias, que geralmente são de baixa renda.

2. DIREITOS HUMANOS

À luz da constituição de 88, os direitos humanos abre um manto de proteção sob a dignidade humana, não discriminação, vida, liberdade, segurança, escravidão, tortura, igualdade e acesso à justiça. Muitos negligenciam esta parte da constituição com o argumento que Direitos Humanos são uma porta para a "bandidagem" se misturar com a sociedade, mas será que eles têm razão? Tendo em vista a quantidade de pessoas encarceradas com pouquíssimos recursos para manter a dignidade humana na condição de vivência nas cadeias.

A tendência sobre o descaso sobre os direitos humanos é piorar, visando que quem está no poder no governo atual tem uma total indiferença para a minoria, ainda mais a minoria encarcerada. Anistia Internacional lançou no dia 21 de Maio de

2019 a ação "Brasil para Todo Mundo", na qual exibe uma clara preocupação sobre o posicionamento do presidente vigente sobre o assunto desde o começo da sua gestão, e meados de sua campanha também, a Anistia fala que eles possuem uma imensa preocupação sobre o governo atual ter medidas que ameaçam, sobretudo, o direito à vida e aumenta o medo da população - especialmente as famílias nas comunidades mais pobres nas cidades e os indígenas e quilombolas no campo.

Visando que uma dos topicos temidos é a flexibilização das ações de policiais e militares, como será que as pessoas que já se encontram presos serão tratados? Se mesmo antes do governo atual eles já eram extremamente negligenciados e torturados, não só fisicamente, mas também emocionalmente. E como serão o destino das mulheres nesse sistema patriarca que nenhum superior da às caras para promover o mínimo de dignidade? E como serão as mulheres que estão encarceradas e grávidas, sendo totalmente ignoradas, assim como seus bebês que muitas vezes são obrigados a passar seus primeiros meses de vida em uma cela, suja, como um condenado, sem ter a mínima culpa.

3. A PRIMEIRA PENITENCIÁRIA FEMININA NO BRASIL.

A ideia de criar um sistema penitenciário feminino veio tarde no ano de 1937, a Penitenciária Madre Pelletier em Porto Alegre foi a primeira a ser arquitetada. E não foi pelo estado, foi um pensamento formulado pelas freiras da Igreja Católica, antes disso, mulheres que cometiam crimes eram jogadas em celas juntos com homens, onde eram estupradas e forçadas a se prostituir para ter suas vidas garantidas lá dentro.

Porém apenas em 1940 saiu um decreto Lei nº 2.848, dizia que as mulheres deveriam cumprir suas penas em estabelecimentos separados dos homens, em locais especiais para elas. E em 1941 o Código de Processo Penal veio reafirmando isso, alegando que as mulheres deveriam ter estabelecimento penal próprio.

Contudo, o processo de criação de uma prisão feminina foi conturbado, idealizado por homens elitistas e catalogado com os princípios conservadores da época e foram desconsideradas várias condições especiais e básicas que as mulheres necessitavam pois eles foram baseados em presídios masculinos.

Também fugiu bastante da ideia original. A irmandade religiosa que comandou a arquitetura da penitenciária deu à luz ao presídio com o nome inicial de Instituto Feminino de Readaptação Social, que englobava não só as criminosas, assim como moradoras de ruas, prostitutas e mulheres que eles consideravam “despropositadas”. E na época esse fato é narrado, a opinião sobre despropósito era muito além de desajuste em si, ou seja, mandavam pra prisão mulheres que se recusavam a matrimoniar com pretendentes escolhidos pela família, ou àquelas que tinham “cabeça dura” e não hesitavam em se posicionar contra a sociedade conservadora que existia. Até as moças que, por falta de aptidão em tarefas domésticas não arrumava um casamento eram consideradas desajustadas e jogadas na prisão, que até então era chamado de instituto de readaptação.

No momento que as mulheres começaram a cometer crimes reais, a segurança ficou mais difícil de ser conservada e as freiras entregaram o local para à Secretaria de Justiça, continuaram na direção, mas infelizmente essa logística de misturar classes totalmente diferentes durou por vários anos, na Ditadura Militar em celas afastadas por trás de um matagal consideravelmente alto escondiam presas políticas, as quais eram constantemente torturadas e só veio ter conhecimento disso em 2012 por um comitê que descobriu e apanhou vários documentos e depoimentos. Uma das fundadoras do comitê declarou que a Madre Pelletier era uma prisão e um espaço de tortura. As mulheres mantidas presas nas celas afastadas e eram diariamente torturadas foram simplesmente esquecidas. Eram invisíveis.

Em 2011 com o aumento absurdo de população carcerária feminina, o Estado decidiu montar a primeira coordenadoria penitenciária da mulher do país, que logo começou os estudos e declarou que só um presídio tinha unidade materno-infantil, isso requisitava que várias mulheres no estado se deslocassem para longe da sua família para ir pra um presídio que tinha capacidade de atender as necessidades dela e do bebê, ou seja, ela saía de sua cidade apenas para poder amamentar a criança, pois na penitenciária que ela estava não havia uma coisa simples como um berçário.

Sem comentar que muitas mulheres eram distribuídas para prisões mistas – as quais são uma realidade até hoje – e eram tratadas como sempre foram,

minorias. Num presídio com mais de duzentos homens e apenas dez mulheres, quem vai ter oportunidade de estudar ou realizar atividades simples? Se às vezes nem tempo para todos os homens tinha, imagine para a extrema minoria, que eram essas mulheres. Nessas prisões não existiam nem um banheiro descente para elas usarem, não tinha kits de higiene necessários. Não é nenhum luxo ter acesso à absorventes e sabonetes, à uma escova de dente, e nenhuma delas Pensar que isso era uma realidade não tão distante é assustador, mas as leis estão mudando e se adaptando as necessidades básicas das mulheres. Será que elas serão cumpridas e vão dar as mulheres o mínimo para sobreviver dignamente em uma situação julgada totalmente indigna?

4 SOCIEDADE, A PRISÃO DA MULHER ENCARCERADA.

A desconsideração das mulheres como pessoa, vem de muito tempo, já foram vendidas para senhores e teriam que fazer tudo aquilo que eles desejassem, já perderam a infância por promessas de seus pais de casar com um homem bem mais velho, já perderam a liberdade de ir e vim sem medo, perderam suas ideologias para alimentar seus filhos que muitas vezes são abandonados pelos pais.

Mulheres vêm lutando constantemente para adquirir direitos básicos e óbvios, igualdade aos direitos dos homens, a súplica ter nossas escolhas sem medo da morte. Isso é uma luta diária pra mulheres com oportunidades, imagina quem não tem perto disso? Muitas mulheres encarceradas são levadas para prisão por desentendimentos envolvendo seus parceiros e ainda sim são tratadas horrivelmente pelas mãos da justiça e dos guardas. Esta dissertação vai resumir que, o único direito tirado das presas é o de ir e vir, nenhum a menos.

Em Fevereiro de 2018, foi aprovada a lei que permite Habeas Corpus para gestantes e mães, adquirindo o direito de prisão domiciliar, mães de crianças com até 12 anos de idade e com deficiência física ou mental serão, também, beneficiadas. O STF decidiu julgar essa lei por causa da comoção social acerca de uma mulher que foi presa, estando grávida de 9 meses e logo após tendo o bebê. Depois do parto ela teve que passar dois dias numa cela mínima e mal cuidada com seu recém-nascido.

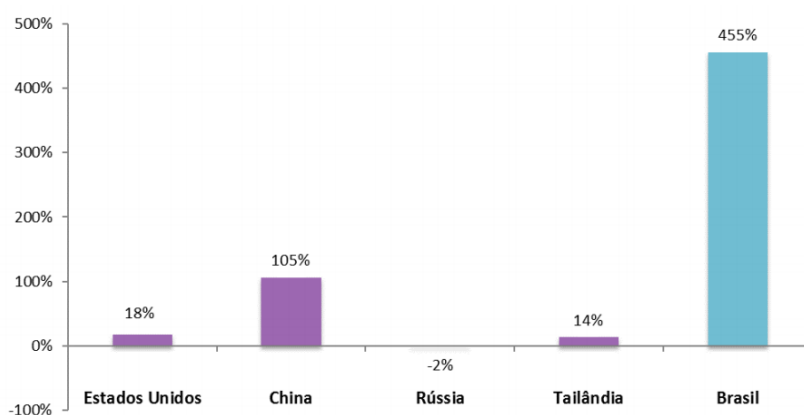
Em Dezembro de 2018 foi sancionada pelo ex-presidente Michel Temer a lei 13.769 que diz que a prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, contanto que a mesma não tenha cometido crime com uso de violência ou grave ameaça e nem contra seu filho ou dependente.

Porém em 2019, menos de um ano depois dessa lei ser sancionada, no Rio de Janeiro foram identificadas pela Defensoria 161 mulheres que preenchiam todos os requisitos para o veto à prisão preventiva (gestantes ou mães de crianças, que cometeram crimes sem violência). Ainda assim, 45, ou 28%, foram mantidas presas preventivamente após a audiência de custódia. Outras 100 foram colocadas em liberdade provisória e a 16 foi imposta a prisão domiciliar.

O que resume que mesmo que a justiça mostre o mínimo de consideração por essas mulheres, eles não possuem recursos ou interesse de assegurar que esses direitos estejam sendo garantidos.

Se constataremos em série histórica a ascensão da taxa de aprisionamento nos cinco países que mais encarceram mulheres no mundo, é possível notar que a ampliação do encarceramento de mulheres no Brasil não encontra parâmetro de comparabilidade entre o grupo de países, conforme evidencia o Gráfico 1. Em um período de 16 anos, entre 2000 e 2016, a taxa de aprisionamento de mulheres aumentou em 455% no Brasil.

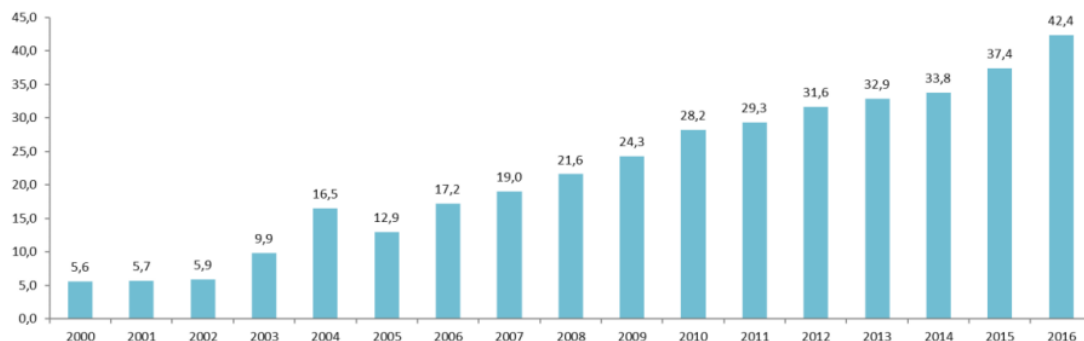
Gráfico 1. Variação da taxa de aprisionamento entre 2000 e 2016 nos 5 países com maior população prisional feminina do mundo



Fonte: Elaboração própria, com dados do World Prison Brief e do World Female Imprisonment List, 4ª Edição, Institute for Criminal Policy Research.

Em 16 anos a taxa de mulheres encarceradas cresceu consideravelmente, tendo cerca de 5.600 mulheres cumprindo pena em 2000 e em 2016 aumentando para quase 43 mil, conforme o Gráfico 2.

Gráfico 2. Evolução das mulheres privadas de liberdade (em mil) entre 2000 e 2016



Fonte: Ministério da Justiça. A partir de 2005, dados do Infopen. Dados consolidados para a série histórica.

Julgando que 68% dessas mulheres são negras e 50% não completaram o ensino fundamental. Visando, também que quatro de dez mulheres presas ainda não foram oficialmente condenadas. O perfil da mulher encarcerada no país é negra, pobre e de baixa escolaridade, e tendo isso em vista é interessante recapitular qual o perfil do sistema de justiça criminal e quem opera esse sistema, como é esse processo de aprisionar mulheres, qual os requisitos para poder ter um julgamento digno?

No mundo todo, as elites tem um escudo contra a justiça, porque será que a criminalidade é só ligada a pobreza? Na justiça e na sociedade da mídia, como os crimes são praticados e por quem, é um pesar enorme. A justiça é claramente falha quando o assunto é equidade de tratamento jurídico englobando as pessoas de certos patamares da pirâmide social.

A seletividade do sistema criminal é clara, que gera a criminalização de certos indivíduos com certos delitos. Temos três passos para caracterizar o processo de criminalização, começando com a primária que é a constituição dos tipos penais, por exemplo a nossa legislação, o que caracteriza a ação como crime.

Criminalização secundária pende para o lado da ação policial, do Ministério Público e do Poder Judiciário, que agem de maneira distinta dependendo do tipo

penal e de quem comete a infração, pois uma pessoa de certa classe social cometendo a transgressão não vai ser tratada da mesma forma como outra de uma classe social bem mais baixa.

E por fim temos a criminalização terciária que é o ingresso dos indivíduos no sistema prisional, quem efetivamente vai ficar preso, se fizermos a comparação entre crimes patrimoniais, teremos dois tipos, aqueles que cometem esse crime no espaço público realizando, por exemplo, pequenos furtos em mercados são mais selecionados nesta última fase de criminalização do que aqueles que cometem crimes patrimoniais fora dos olhos da população e fora da fiscalização policial que é, por exemplo, a sonegação de impostos, lavagem de dinheiro entre outras. A mesma coisa acontece com o crime de tráfico de drogas, quem é o alvo principal é quem é pego comercializando a varejo na rua, em certa localização com uma determinada quantidade e não quem faz a venda em grandes quantidades com jatinho e outros meios de transporte.

Então vemos que a diferença está no tipo do crime cometido, quem comete esse crime e como será processado e não na ausência do cometimento de infrações em determinadas classes sociais, por fim, concluímos que todas as classes cometem crimes, a pergunta é: quem será criminalizado e se essa pessoa seria julgada da mesma forma se estivesse em outro patamar da pirâmide.

4.1 AS MÃES DO SISTEMA PRISIONAL

O artigo 82 da Lei de Execução Penal 7.210/84 fala sobre o direito de estabelecimentos prisionais femininos de terem um berçário para auxiliar a mãe condenada a cuidar do seu filho.

Art. 82. Os estabelecimentos penais destinam-se ao condenado, ao submetido à medida de segurança, ao preso provisório e ao egresso.
§ 2º Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade.

No país inteiro apenas 34% das prisões oferecem celas apropriadas para gestantes e em média 5% oferecem creches, mais de 2.000 crianças estão

crescendo em prisões, sofrendo indevidamente, o que vai contra o artigo 227 da Constituição Federal que diz:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Tendo isso em mente, considera-se injusto e desumano deixar uma criança nascer e passar seus primeiros dias, às vezes anos de vida encarcerada. Além do fato de crianças crescendo na prisão, temos a desumanização engloba a falta de respeito com as grávidas no sistema, já que quando as mesmas vão ter o bebê vão para o hospital nos últimos minutos, prestes a parir e são algemadas no caminho e durante o parto.

As detentas, quando sentem dores e necessidade de visitar um médico são privadas disso pois tem que pedir anteriormente para ser aprovado, é uma burocracia imensa para algo que simplesmente não pode ser previsto. Além disso, são negados pré-natais e assistência de profissionais após o parto.

Muitas vezes, recebem tratamento diferente, elas não são permitidas ficarem soltar nem na hora de dar a luz, também não se permite familiar na hora do parto, ou seja, além de serem algemadas como animais, elas passam pela dor de ter um bebê, apenas com um agente penitenciário na sala, sem chance de ter mãe ou até mesmo o marido dentro da sala.

Vários depoimentos de presas que tiveram seu filho enquanto encarceradas relatam que as enfermeiras e médicos não queriam tratá-la pelo preconceito, elas permanecem algemadas e com agentes na porta como se fossem de alta periculosidade, e muitas vezes são presas que cometeram crimes mínimos, tem algumas que nem crimes cometeram, foram pra cadeia por estar no lugar errado ou encobrir seu parceiro. Em outras ocasiões elas não tem a chance de contato pele a pele com o bebê que acabou de nascer, ou ao menos escolher a melhor posição para dar a luz, o que é um direito básico da mulher.

Elas são tratadas como se fossem fugir no meio do parto, a ativista Heidi Cerneka, uma americana que trabalha com as causas de mulheres presas, zomba desse “protocolo” de algemar as presas, ela diz que só homem pode pensar que a mulher parindo pode levantar da mesa e sair correndo, porque mesmo se ela conseguisse levantar, qualquer policial de uma perna só andaria mais rápido que ela.

Apesar do parto algemado ter sido proibido em 2017, com a lei n. 13.434 alterando o art. 292 do CPC, proibindo o uso de algemas em mulheres grávidas durante atos médico-hospitalares preparatórios para a realização do parto e durante o trabalho de parto, bem como em mulheres durante o período de puerpério imediato, ainda há agentes que burlam a lei e algemam a mulher.

De acordo com uma pesquisa feita por uma documentarista, 31% das detentas são chefes de família e 83% tem pelo menos um filho. Ademais, temos o impacto social, a consequência de manter presas e mães grávidas, como sobrecarrega o sistema de adoção, pois muitas vezes elas não têm com quem deixar a criança quando se atinge o limite de ficar com elas na prisão, ou nenhum familiar quer ficar com o bebê, sendo assim ela é levada para um abrigo, indo pra longe da mãe e a mesma não podendo visitar o filho. Com isso, muitas presas possuem depressão.

Quando não tem quem fique com a criança e não querem entregar para o sistema de adoção, elas arranjam alguém da comunidade para criar, com a esperança de ver o filho novamente. Acontecendo isso, a criança pode crescer num ambiente toxico e acabar se envolvendo no tráfico.

Tirando a luta das mulheres dentro da cadeia, temos também a da família que resolve pegar o bebê pra criar, desestabiliza todo sistema, sustento de casa, contas aumentam, além de que algumas mães estão presas em outra cidade, incluindo também passagem para levar o bebê até sua progenitora. Mexendo assim com todo um sistema de sustento.

Muitas mulheres são desrespeitadas, abusadas física e psicologicamente, além de serem diminuídas ainda mais que fora do sistema carcerário. Não existe higiene para aquelas que menstruam, não existem exames necessários para as gestantes e seus bebês, não existe direito.

4.2 PEQUENAS 'DELINQUENTES'

Em um estudo feito pela Universidade Católica de Pernambuco acerca de Institutos de reeducação para menores infratoras consta um mar de preconceito e misoginia dentro do local, tendo em vista que a sociedade "espera" aqueles crimes sendo cometidos por meninos e não por meninas, por isso juizes são mais duros com elas. Como por exemplo, meninos que cometem a mesma infração que algumas meninas são mantidas por menos tempo na instituição. As meninas também podem optar por fazer atividades extras para ganhar dinheiro e uma dessas atividades inclui lavar as roupas dos infratores masculinos.

No Brasil tem três casas que aplicam essas medidas socioeducativas, a Casa da Pedra, que se encontra na periferia de Brasília e é uma das mais rigorosas das três e tem uma aparência similar à uma prisão. É uma instituição mista, ou seja, acolhe meninas e meninos e difere das diretrizes elaboradas em 2012 acerca de tratamentos com menores infratores. Meninas não podem pintar as paredes nem usar travesseiros. Os garotos e garotas não se misturam fisicamente, a ala deles é totalmente separada. Relatos de menores que vivem por lá que elas adoecem muito, só as paredes sem vida e sem graça deixam elas doentes e só tem 2h de lazer diário, além disso, ficam em seus quartos lendo algum romance qualquer.

As garotas nem sempre conseguem explicar com clareza o porquê de elas acharem que os rapazes têm mais benefícios lá dentro. Uma que dizem bastante é o fato deles terem mais tempo de atividade e mais atividades.

Na Casa da Pedra as regras são rígidas, meninas não podem usar maquiagem, nem esmalte, a não ser que a diretoria aprove. Não podem nem sequer amarrar a camiseta para dar-lhes um pouco de personalidade. Suas liberdades de expressão são totalmente tomadas e jogadas em um quarto tão triste como os que elas vivem. Elas são restringidas até com produtos de higiene, e se reclamar ou mostrar alguma revolta sobre isso os guardas partem pra agressão.

O CASEF, também conhecido como A Casa de Bonecas, que se encontra em Porto Alegre, é o contrário do instituto comentado acima. Há placas avisando que tipos de meninas ali vivem e as grades são pintadas de rosa. As meninas podem ter

portas retratos, desenhos e livros nos seus quartos, a cortina tem a cor agradável de um pêssego e as almofadas são vividamente coloridas. O ambiente que tem o Casef quase passa um ar de casa, se não fossem pelas portas de metais nos dormitórios e a cartolina em forma de flor indicando o número da cela que carinhosamente chamam de quarto.

Tem mais opções de cursos para as meninas passarem o tempo, como bordado, confeitaria e maquiagem. A diretora da instituição diz que se incomoda um pouco pelas atividades estereotipadas mas são as meninas que pedem, talvez com uma urgência enorme de se sentirem normal ou se sentirem feminina em aqueles uniformes largos e a ausência de um tratamento de beleza.

Toda via, no CASEF é estritamente proibido demonstrações de afeto, tal qual uma detenta trançar o cabelo da outra. É inaceitável contato físico, o que se torna bem mais solitário do que poderia ser.

A Unidade de Internação Chiquinha Gonzaga, afetivamente chamada de Casa da Disciplina há escrito "Toda mulher pode ser uma vencedora. " em seu muro. Há em média 160 detentas e são tratadas como se ofertassem perigo à sociedade. A disciplina é a rainha do lugar. As meninas têm que se dirigir aos agentes como senhor e senhor e são totalmente desapossadas de privacidade, tendo que dormir em celas com mais de dez beliches, sendo severamente vigiadas ao longo do dia. Se uma do grupo é punida todas são.

Apesar de intransigente, na Chiquinha as meninas tem mais liberdade com o afeto. Em tese, não podendo se relacionar amorosamente entre si, mas os funcionários não inclinam a repreender se acontece. Muitos desses relacionamentos são frutos do terrível isolamento que vem junto da punição de serem presas, muitas meninas as quais a família abandona, ou não tem condições de visitar frequentemente, são achadas procurando outra forma de se sentir amada e acaba se conectando com outras garotas que passam pelo mesmo cenário.

Na Casa da Disciplina, também tem um centro de apoio para jovens que entram na unidade grávidas e que deram a luz lá, que se denomina PAMI (Programa de Acolhimento Materno-Infantil), que acolhe mais de 15 meninas cuja maternidade chegou cedo e em um momento frágil e prematuramente. Nestas

condições ser mãe é um milagre e salvação, pois elas nunca se sentiriam invisíveis de novo, tendo aquele pequeno ser em seus braços.

O processo de ressocialização das meninas é árduo. Uma das mulheres que saíram do sistema conta que o Estado não ajuda que ele não está lá antes e nem depois, só aparece no meio do caminho que é pra punir, mas o futuro dessas jovens infratoras está completamente nas mãos delas. Sendo mais difícil ter acesso à emprego por causa das fichas criminais das mesmas.

4.3 MULHERES ESTRANGEIRAS EM PRISÕES BRASILEIRAS

Em 2016 o município de São Paulo gozava do maior número de mulheres estrangeiras presas no país, em cerca de 400 mulheres de aproximadamente 50 nacionalidades eram encontradas no sistema carcerário brasileiro. 95% dessas mulheres foram presas por tráfico de drogas.

O ITTC (Instituto Terra, Trabalho e Cidadania) é uma organização não governamental do estado de São Paulo que há mais de 20 anos trabalha para combater a desigualdade de gênero e o encarceramento. E voluntários do ITTC visitam as estrangeiras que se encontram detidas e atuam ao lado de defensores públicos levantando informações sobre as mulheres, às ajudando para que não percam contato com as famílias no país de origem e notificando os consulados da situação específica de cada uma. O que deveria ser trabalho do Estado, porém não é muito notada a importância daquelas mulheres terem o contato com as famílias.

Poucas mulheres são presas por crimes violentos e depois que cumprem a pena e saem da prisão elas são compulsoriamente expulsas do país. Estima-se que 53% vêm da América Latina, 27% da África, 13% da Europa e 7% da Ásia.

Muitas mulheres são vítimas de tráfico de pessoas e são mantidas em cativeiro obrigadas a serem mulas dos grandes traficantes do país.

Atualmente o número de estrangeiras que já cumpriram a pena e foram soltas nas ruas de São Paulo é grande, muitas estão aguardando o país financiar sua passagem para o país de origem para assim serem expulsas definitivamente do Brasil, porém para viver em condições aceitáveis precisa de dinheiro, que leva para a necessidade de um emprego, e essas mulheres não possuem visto, logo não

conseguem arranjar algo para sustentar-se enquanto estão aqui. O que aumenta a possibilidade de reincidência na cadeia e mais pobreza nas costas do país.

4.4 VIOLÊNCIAS CONTRA A MULHER NA PRISÃO

Por trás dos grandes muros da prisão ninguém realmente sabe o que acontece, para muitos a tortura foi algo abolida e completamente inaceitável depois da época cinzenta que foi a Ditadura Militar. Porém muitos policiais se sentem no direito de dar tapas em troca de informação – como se fosse uma troca justa. Cerca de 95% das mulheres que estão presas já sofreram algum tipo de violência dentro das prisões.

Quando as mulheres têm coragem de abrir a boca para pedir um exame de corpo e delito, muitos médicos que trabalham no IML fazendo esse tipo de exame fecham totalmente os olhos para esse tipo de comportamento. Muitas vezes é preciso de uma policial mulher ver os tipos de abusos que acontecem quando elas viram as costas, mesmo quando é provada a agressão, nada acontece.

Nenhum policial ou funcionário deve obedecer a ordens quando possui tortura envolvida segundo a Convenção Contra a Tortura ou Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes que o Brasil faz parte. Esse tipo de ordem é ilegal, quando dadas têm que ser reportadas imediatamente. E ainda sim ninguém o faz.

Ainda existe a violência psicológicas, com a cessação de políticas de acesso à direitos básicos, abuso de poder, e até ameaças. E a violência institucional, que se revela nas leis pensadas sem considerar as necessidades femininas e a falta de harmonização entre os poderes para a execução o dos direitos em questão.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mulheres encarceradas ainda têm um longo caminho para percorrer até que todos os direitos necessários e básicos sejam alcançados, até elas serem vistas na sociedade como seres humanos. A ressocialização é algo que ainda gera muita dificuldade na vida dessas mulheres, mas não é algo imaginário.

Legitimamos uma cultura preconceituosa e um tanto maléfica quando o assunto são pessoas que algum dia já cometeu infrações. Sem muitas vezes lembrar que essas pessoas também possuem direitos indispensáveis para um ser humano viver em condições dignas e aceitáveis. Esquecemos que essas mulheres têm família e filhos que muitas vezes, dependem dela para sobreviver.

O Estado está sendo flexibilizado e sensibilizado acerca dos direitos dessas mães e mulheres que são diariamente negligenciadas e esquecidas pela população fora do cárcere.

É importante também relembrar o motivo do mérito dos Direitos Humanos e que servem para toda a população independente de raça, classe social, gênero, orientação sexual. Todos deveriam ser iguais perante a lei.

“Para o Estado e Sociedade, parece que existem somente 440 mil homens e nenhuma mulher nas prisões do país. Só que, uma vez por mês, aproximadamente 28 mil desses presos menstruam.”

Heidi Ann Cerneka,
coordenadora da Pastoral Carcerária Nacional

REFERENCIAS

QUEIROZ, N. **Presos Que Menstruam**. 9. ed. Rio de Janeiro: Record, 2018. 292 p.

VARELLA, D. **Prisioneiras**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2017. 277 p.
ITTC - Instituto Terra, Trabalho e Cidadania

A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PELA AUTORIDADE POLICIAL

Bruno Teodósio de Alexandre
Reinaldo Nóbrega de Almeida Júnior

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo analisar as hipóteses de cabimentos para a aplicação do princípio da insignificância na fase pré-processual pelo delegado de polícia antes da instauração do inquérito policial, ou ainda deixar de lavrar auto de prisão em flagrante caso constatado pela autoridade policial de se tratar de um crime de potencial ofensivo tão minúsculo que torna-se atípico. Gozando o delegado de seu poder discricionário para tal decisão, age como o primeiro protetor dos direitos fundamentais do cidadão, exercendo sua função com livre autonomia e independência para afastar a tipicidade material.

Palavras-chave: Crime; Delegado de Polícia; Princípio da Insignificância; Inquérito Policial; Prisão em flagrante; Discricionariedade; Atipicidade; Polícia judiciária.

ABSTRACT: *The following study has as its goal to analyze the hypothesis of place for the application of the insignificance principle in the pre-procedure by the police delegate before the indictment, or even fail to jail in flagrant if verified by the local authority as a minor potential offensive crime that becomes atypical. Due to the delegate's discretionary power for such decision, he acts as the first protector of the fundamental rights of the citizen, practicing his function with free autonomy e independence to remove the material typicity.*

Key words: *Offense; Police Officer; Principle of insignificance; police investigation; imprisonment in flagrant; discretion; Atypicality, Judiciary police.*

1. INTRODUÇÃO

O princípio da insignificância ou bagatela, apesar de ser um instrumento jurídico do direito penal não tem uma previsão em lei, apesar de ser abordado pela doutrina nos tribunais como causa excludente de tipicidade. Para a possibilidade da aplicação da insignificância, deve ser analisada a tipicidade formal do fato, tornando-se insuficiente apenas o simples nexos entre o fato e a norma penal, e passando por análise se houve relevante lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico (tipicidade material) durante a ação.

Portanto, em razão de ausente a tipicidade material, o fato tornar-se-á atípico. Mas segundo a jurisprudência do STF, para a aplicação princípio devem ser observados alguns requisitos objetivos vinculados ao fato e subjetivos relativos à vítima e ao agente.

Aos requisitos objetivos, deve haver: 1- a mínima ofensividade da conduta ao agente; 2- ausência de periculosidade social da ação; 3- reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e 4- inexpressividade da lesão jurídica provocada.

No que tange aos requisitos subjetivos, é analisada a reincidência do agente do fato (ainda existem divergências de jurisprudências quanto a este requisito); a habitualidade delitiva; e a condição (ou não) de militar do agente, se presente esta condição fica vedada a aplicação do referido princípio.

Há discussões se o delegado de polícia poderá deixar de lavrar auto de prisão em flagrante ou não instaurar o inquérito policial, com embasamento no princípio em questão. A posição proibitória ocorre por diversos motivos, mas o principal dessa corrente doutrinária contrária é a falta de previsão legal para o delegado de polícia aplicar a bagatela.

A corrente de doutrinadores que defendem a possibilidade jurídica da aplicação do referido princípio ainda é minoritária, mas os doutrinadores Salah H. Khaled Jr. e Alexandre Morais da Rosa (2014, p. 02) salientam o seguinte:

Não só os Delegados podem como devem analisar os casos de acordo com o princípio da insignificância. Merecem aplauso e incentivo os Delegados que agem dessa forma, pois estão cientes do papel que lhes cabe na investigação preliminar, atuando como filtros de contenção da irracionalidade potencial do sistema penal.

A aplicação desse princípio ainda na fase policial, tem como um de seus objetivos impedir um constrangimento desnecessário ao indivíduo investigado, a fim de evitar uma possível lavratura de auto de prisão em flagrante ou instauração de inquérito policial por uma conduta tão ínfima que mal se percebe a ofensividade do fato praticado, desde que respeitados os requisitos mínimos que possibilite a aplicação da insignificância.

2. NOÇÕES GERAIS SOBRE TEORIA DO CRIME

Para iniciar este tópico, devemos primeiramente conceituar o direito penal para poder entendê-lo de maneira geral, compreendendo a sua função e finalidade para a sociedade. Pode-se dizer que direito penal é um conjunto normas jurídicas

que tem por objetivo disciplinar a convivência do homem na sociedade, e como garantidor da aplicação o Estado atua aplicando sanções penais aos sujeitos que violarem as regras praticando infrações penais.

Todos os doutrinadores abordam tal assunto, afinal, não há como para adentrar em um estudo de uma determinada matéria sem antes abordar suas noções gerais para compreender o abordado. Vejamos o que aduz Cezar Roberto Bittencourt “O Direito Penal apresenta-se como um conjunto de normas jurídicas que tem por objeto a determinação de infrações de natureza penal e suas sanções correspondentes – penas e medidas de segurança (Cezar Roberto, 2008, p.2)”.

Para Cláudio Brandão, o direito penal possui definição estatutária baseada em três regimentos: O crime, a pena e a medida de segurança. De acordo com sua ótica “O Direito Penal é um conjunto de normas que determinam que ações são consideradas como crimes e lhes imputa a pena – esta como consequência do crime –, ou a medida de segurança (Cláudio Brandão, 2008, p.5).”

Por último, averiguemos à luz do pensamento de Luiz Régis Prado a conceituação do Direito Penal:

O Direito Penal é o setor ou parcela do ordenamento jurídico público que estabelece as ações ou omissões delitivas, cominando-lhes determinadas consequências jurídicas – penas ou medidas de segurança. Enquanto sistema normativo, integra-se por normas jurídicas (mandamentos e proibições) que criam o injusto penal e suas respectivas consequências. (Prado, 2008, p.55)

Pelo que vimos, o direito penal possui a função de regulamentar a sociedade através da imposição de penalidades aplicadas pelo Estado, por condutas praticadas por indivíduos que venham a violar qualquer artigo do código penal brasileiro. Sendo assim, o direito penal tem como finalidade a proteção dos bens jurídicos imprescindíveis à sociedade, por exemplo, a vida, o patrimônio, a honra, a liberdade sexual, entre outros.

2.1 – CONCEITO DE CRIME E SEUS ELEMENTOS

Para conceituar crime devemos observar três vertentes: o conceito formal, material e analítico. Pode-se dizer que o conceito formal explorará o crime partindo da lei, respeitando o princípio da reserva legal. Conforme a doutrina de Manoel

Pedro Pimentel (1983. p.2) “crime é uma conduta (ação ou omissão) contrária ao Direito, a que a lei atribui uma pena.”.

O conceito material também basicamente considera crime uma conduta que resulte lesão ou exponha a perigo um bem jurídico protegido. Por exemplo, no caso de homicídio, o indivíduo tem como bem jurídico lesionado, sua vida.

Ademais, conceito analítico de crime, nada mais é do que o estudo dos elementos do crime. Atualmente no Brasil há uma divergência doutrinária acerca do conceito analítico do crime, cujo uma parte da corrente doutrinária adota o conceito da teoria bipartida do crime, que conceitua o crime apenas como um fato típico e antijurídico (ilícito), considerando a culpabilidade apenas como um pressuposto de aplicação da pena, importante dizer que a teoria bipartida é a minoritária na corrente doutrinária.

A corrente doutrinária majoritária mais adotada pelos penalistas é a teoria tripartida, diferente da bipartida, nesta os doutrinadores afirmam que o crime é um fato típico, antijurídico (ilícito) e culpável, integrando a culpabilidade à estrutura do crime. Vejamos o que diz Juarez Tavares acerca dessa discussão:

O isolamento da culpabilidade do conceito de delito representa uma visão puramente pragmática do Direito Penal, subordinando-o de modo exclusivo à medida penal e não aos pressupostos de sua legitimidade (Juarez Tavares, 1996, p.109)

Excluir a culpabilidade da estrutura do crime por reputar que esta constitui apenas um pressuposto de aplicação da pena é incoerente, visto que os elementos da tipicidade e antijuricidade também são considerados pressupostos para a aplicação da pena, mas ainda assim não são excluídos da condição de elementos integrantes da estrutura do crime.

De tal modo, seguindo esse pensamento, se um fato não fosse constituído de tipicidade ou ilicitude não teria como aplicar pena ao agente. Guilherme de Souza Nucci faz breve análise acerca da exclusão da culpabilidade da estrutura do crime, sustenta:

Com a exclusão da culpabilidade do conceito de crime, teríamos que considerar criminoso o menor de 18 anos simplesmente porque praticou um fato típico e antijurídico, ou aquele que, sob coação moral irresistível, fez o mesmo. (Nucci, 2013, p.117)

De acordo com a teoria tripartida nós temos três elementos indispensáveis para a que exista o crime, a tipicidade; antijuricidade e a culpabilidade. Para compreender melhor, vamos analisar cada um desses elementos para que entendamos o passo a passo da caracterização do crime.

O primeiro elemento do crime a ser analisado é o fato típico, conceituado como uma conduta que produz um resultado reprovável penalmente. Dentro de sua estrutura, serão analisados 4 elementos essenciais para caracterização do fato típico: a conduta humana; o nexos de causalidade; o resultado; e a tipicidade.

A conduta é uma ação ou omissão consciente, voluntária e norteada a um objetivo. Ela pode ser comissiva ou omissiva e ainda pode ser dolosa ou culposa. O crime comissivo é aquele em ocorre de uma ação onde o sujeito pratica sua conduta a uma finalidade ilícita. Temos como exemplo o crime de homicídio, que o agente atua com a finalidade de matar alguém a facadas.

Pelo contrário do comissivo, o crime omissivo é quando o agente deixa de fazer algo quando deveria, ou seja, é a omissão de uma ação que tinha a obrigação de realiza-la e que podia fazer. Temos como exemplo o crime de omissão de socorro, previsto no artigo 135 do Código Penal:

Art. 135 - Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

Parágrafo único - A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte.

O crime omissivo se divide em omissivo próprio, ou impróprio. Os crimes omissivos próprios, nas palavras de Mirabete “São os que objetivamente são descritos com uma conduta negativa, de não fazer o que a lei determina, consistindo a omissão na transgressão da norma jurídica e não sendo necessário qualquer resultado naturalístico.” (Mirabete, 2005, p.131 e 132).

No entanto, o crime omissivo impróprio ou comissivo por omissão é aquele em que existe a figura do garantidor (Art. 13, §2º, CP), aquele que tem a obrigação legal de agir para evitar um resultado (policial, bombeiro, etc). O garantidor que

deixar a vítima morrer, responderá como se a tivesse matado, desde que ele pudesse impedir este resultado.

Ainda há de se falar nas características de dolo e culpa, que são elementos subjetivos do crime. O Dolo a pode ser classificado como: direto e indireto. O dolo direto pode ser de primeiro e segundo grau, nas palavras de Cezar Roberto Bittencourt dolo de primeiro grau é “em relação ao fim proposto e aos meios escolhidos” (Cezar Roberto Bittencourt, 2000, p.209).

Ainda na ótica de Bittencourt, acerca do dolo de segundo grau faz breve conceituação: “em relação aos efeitos colaterais, são representados como necessários” (Cezar Roberto Bittencourt, 2000, p.209), ou seja, o dolo direto é conhecido por ser de consequência necessária, pois o agente possui discernimento que para poder atingir um resultado, deverá atingir outros que não eram pretendidos por ele.

O dolo indireto também é conhecido como eventual, embora necessariamente o agente não tenha vontade de produzir o resultado, mesmo sendo previsto, acaba assumindo o risco de produzi-lo. Tomamos como exemplo um motorista que avança o sinal vermelho por estar atrasado para o trabalho, mesmo vendo uma multidão de pessoas atravessando a faixa do sinal, e mesmo não querendo diretamente o resultado, o produz.

Ao falar do elemento culpa devemos nos atentar à duas classificações que possui: culpa inconsciente e consciente. Culpa é a ausência do dever de cuidado, e devido a isso o indivíduo dá causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia. A culpa inconsciente é aquela em que o agente poderia prever o resultado que lhe era previsível, mas não previu.

A culpa consciente é aquela que o agente embora preveja o resultado, ele não o quer, pois acredita que devido às suas habilidades pode evita-lo. Um bom exemplo para isso é o de atirador de facas no circo, ele prevê o resultado, mas crê que por suas habilidades não irá acertar a pessoa, mas sim o alvo atrás dela.

Depois de analisar o primeiro elemento do fato típico, iremos verificar a relação de causalidade entre a conduta do fato típico e o resultado. Nexu causal é o elo que liga a conduta executada ao resultado produzido por ela, caso não haja

vínculo da conduta praticada com o resultado final do crime, não há que se falar em relação de causalidade, logo, o resultado não poderá ser imputado ao agente.

Ao analisar o terceiro elemento do fato típico, nos deparamos com o resultado, que decorre da conduta do agente. Pode ser classificado em resultado jurídico, que é quando há lesão ao bem jurídico ou pelo menos a exposição dele ao perigo; ou resultado naturalístico, que é um resultado exterior provocado pela vontade do agente.

Como último elemento do fato típico, temos a tipicidade formal, que é substancialmente o enquadramento perfeito da conduta humana ao tipo penal; e a tipicidade material, esta caracteriza-se como um critério que indaga a relevância do bem jurídico ao caso factual, com a finalidade de que possamos afirmar se aquele bem específico é digno ou não ser defendido pelo direito penal. Importante frisar que para poder aplicar o princípio da insignificância, deve-se afastar essa segunda modalidade da tipicidade.

Ao ser concluído em todas as etapas que o fato é típico, passa-se para análise do próximo elemento do crime, saber se ele é antijurídico. A antijuricidade/ilicitude basicamente é a contrariedade do ato do agente à norma jurídica que possa expor bens jurídicos tutelados a perigo ou causa-los lesão. Contudo, existem algumas hipóteses que possibilitam a exclusão da ilicitude mesmo o fato sendo típico.

Nós temos 4 hipóteses legais de exclusão da ilicitude, e uma supralegal. São as legais: estado de necessidade; legítima defesa; estrito cumprimento do dever legal; e exercício regular do direito, todas são previstas no Código Penal. Sendo a causa supralegal de exclusão da ilicitude a do consentimento do ofendido, com fundamento meramente doutrinário.

Após constatar que o fato é típico e ilícito, será analisada a culpabilidade do agente do fato. Segundo Rogério Greco, “Culpabilidade é o juízo de reprovação pessoal que se realiza sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente” (Rogério Greco, 2014, p. 379). São 3 os elementos que caracterizam a culpabilidade: imputabilidade; potencial consciência da ilicitude; e exigibilidade de conduta diversa.

O imputável é aquele a quem se pode atribuir a responsabilidade penal, nesse elemento haverá 3 hipóteses em que será atribuída a inimputabilidade ao agente. O menor de 18 anos, bem como àqueles que são vítimas de embriaguez fortuita, e os que tem doença mental. Acerca do último caso, será analisado se o agente sabia distinguir o lícito do ilícito; ou se mesmo que conseguisse discernir o certo do errado, a compulsão da doença falasse mais alto, não conseguindo ele deixar de agir.

Veja-se o conceito de exigibilidade de conduta diversa, é a situação em que o sujeito dispunha de uma brecha de não infringir o direito, ou não praticar determinada transgressão. Há duas hipóteses de excluir a culpabilidade nesse caso, são elas a coação moral irresistível e a obediência hierárquica.

Finalizando os elementos da culpabilidade nos deparamos com a potencial consciência da ilicitude, vejamos o artigo 21 do código penal, “Art. 21 - O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.”. Vemos então que o erro de proibição, quando inevitável, excluirá a culpabilidade do agente, se evitável, apenas diminui a pena.

Por fim, se ficar comprovado que o agente praticou um fato típico, ilícito e culpável, restará claro que este fato praticado será crime, e o Estado atuando como garantidor da aplicação da lei, irá aplicar a devida punição ao agente infrator.

3. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

3.1 – ORIGEM HISTÓRICA

O princípio da insignificância teve a origem do seu surgimento no Direito Romano, conforme afirmam alguns doutrinadores, embora haja divergências doutrinárias sobre o referido assunto.

Na parte da doutrina que tange que esse princípio surgiu no Direito Romano, o doutrinador Ivan Silva comenta que parte da doutrina defende que o princípio da insignificância já tinha sua vigência desde o direito romano, pois o estado romano não se ocupava de pequenos delitos, aplicando o *minimis non curat praetor*, e daí

vem a confirmação dos doutrinadores que defendem que a origem desse princípio vem do direito romano é fundamentada.

Como já exposto que há duas correntes doutrinárias sobre a origem do princípio da bagatela (insignificância), esse entendimento que nega que a origem desse princípio vem do direito romano, possui duas vertentes: uma defendida por Maurício Ribeiro Lopes (um dos autores defensores dessa vertente); e a outra adotada por Luiz Guzmán Dalbora, entre vários outros.

Maurício Ribeiro Lopes, em sua doutrina, aprecia o entendimento de que o referido princípio da bagatela já prevalecia no direito romano, sob o argumento que faltava especificidade no direito romano, pois no direito civil havia ainda muita ausência de providências do pretor (magistrado que administrava a justiça na Roma antiga) romano, bem mais do que na esfera penal. Ou seja, o fundamento de Lopes é que àquela época os juristas romanos desconheciam o conceito de 'insignificância', assim sendo, Ribeiro Lopes afirma:

O Direito Romano foi notadamente desenvolvido sob a óptica do Direito Privado e não do Direito Público. Existe naquele brocardo menos do que um princípio, um mero aforismo. Não que não pudesse ser aplicado vez ou outra a situações de Direito Penal, mas qual era a noção que os romanos tinham do princípio da legalidade? Ao que me parece, se não nenhuma, uma, mas muito limitada, tanto que não se fez creditar aos romanos a herança de tal princípio. (LOPES, 2000, p. 41-42)

Segundo o entendimento de Mauricio Antônio Ribeiro Lopes, ele acredita que o princípio da insignificância teve seu nascimento no pensamento liberal dos jusfilósofos do iluminismo, a começar do desdobramento e da evolução do princípio da legalidade.

Ademais, a negação da origem romana do brocardo *minimis non curat praetor* tem dois fundamentos: o primeiro é o desconhecimento dos juristas romanos antigos sobre a ideia da insignificância, e a sua ausência nas compilações dos principais prepressores.

A maioria dos autores que vão contra a teoria de que o princípio da insignificância surgiu no direito romano, entendem que este surgiu na Europa, após as duas guerras mundiais. É atribuída ao doutrinador Claus Roxin a formulação e ideia inicial do princípio, seguem essa via os ensinamentos de Ivan Silva, que escreveu o seguinte:

O recente aspecto histórico do princípio da insignificância é devido a Claus Roxin, que em 1964 o formulou como base de validade geral para a determinação do injusto, a partir da máxima latina *minima non curat praetor*. (Ivan Silva, 2004, *op. cit.*, p. 87)

Assim sendo, o entendimento dessa corrente de doutrinadores foi que o surgimento do princípio da insignificância, ou criminalidade de bagatela, denominado pelos alemães, teve surgimento na Europa como problema progressivo e crescente, com início após a primeira guerra mundial. O problema veio a se alastrar mesmo, após o final da segunda Guerra mundial, devido às circunstâncias socioeconômicas degradantes, os delitos de natureza patrimonial aumentaram e a maioria deles consistiam em pequenas subtrações que eram consideradas de baixa relevância, ínfimas, foi então que veio a terminologia “criminalidade de bagatela”.

Nesse mesmo sentido, o doutrinador Rogério Greco entende em sua obra que o referido princípio surgiu na Europa decorrente da primeira e segunda guerra mundial. Com alusão ao tema, Rogério Greco afirma o seguinte:

Embora haja divergências doutrinárias quanto à origem do princípio da insignificância, havendo quem afirme que ele já vigorava no direito romano, a “criminalidade de bagatela” surgiu na Europa, como um problema crescente a partir da primeira guerra mundial. Após a segunda grande guerra, houve um notável aumento dos delitos de caráter patrimonial e econômico, quase todos marcados pela característica de consistirem em subtrações de pequena relevância, daí a primeira nomenclatura doutrinária de “criminalidade de bagatela”. (Rogério Greco, 2006, p. 94)

Por fim, embora diversos autores afirmem que o princípio da insignificância tenha surgido no direito romano, a maior parte dos doutrinadores atribuem a Claus Roxin a sua formalização e idealização.

3.2 – CONCEITO DE PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

O princípio da insignificância não possui previsão legal no direito brasileiro, sendo ele uma causa supralegal de exclusão da tipicidade material aplicada em casos de crimes de menor potencial ofensivo, quando encaixar-se dentro dos moldes dos requisitos exigidos pelos para sua aplicação, embora seja sempre analisado caso a caso.

Ele teve seu surgimento tanto nas doutrinas quanto nas jurisprudências, gozando de aplicação habitualmente nos tribunais pátrios. Salienta o Ministro Gilmar

Mendes na decisão do HC n.º 196.874/MG na posição de Relator, o seguinte fundamento: “Impende destacar, por oportuno, que o princípio da bagatela, como postulado hermenêutico voltado à descriminalização de condutas formalmente típicas, atua, exatamente, sobre a tipicidade” – Min. Gilmar Mendes.

No mesmo entendimento, o Ministro Celso de Mello se posiciona da seguinte forma ao deferir o HC n. 98.152/MG:

É importante assinalar, neste ponto, por oportuno, que o princípio da insignificância — que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal — tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material.

Deve ser analisada não somente a tipicidade formal do fato, mas também a tipicidade material do fato, caracterizada pela relevante lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico, e uma vez que ausente a tipicidade material, torna-se o fato atípico. Cabe analisar, que nesse sentido ressalta Ackel Filho *apud* Lopes:

O princípio da insignificância pode ser conceituado como aquele que permite infirmar a tipicidade de fatos que, por sua inexpressividade constituem ações de bagatela, despidas de reprovabilidade, de modo a não merecerem valoração da norma penal, exsurgindo, pois como irrelevantes. (ACKEL FILHO *apud* LOPES, 2000).

Vale ressaltar que por ser analisado caso a caso, é imprescindível a análise da relevância e da intensidade dos resultados da ação delituosa. Há alguns crimes que não permitem a aplicabilidade da insignificância, devido às suas características. São alguns deles: Violência doméstica; crimes eleitorais; uso de moeda falsa; roubo; entre outros.

É importante mencionar também a inaplicabilidade do princípio em questão para os crimes da Lei 11.343/06, a famosa Lei de Drogas. Vejamos a seguir parte de uma fundamentação de uma jurisprudência do ministro Relator Menezes Direito, que cria o impedimento de aplicar a insignificância: “1- É pacífica a jurisprudência desta Corte Suprema no sentido de não ser aplicável o princípio da insignificância ou bagatela aos crimes relacionados a entorpecentes, seja qual for a qualidade do condenado.” (MENEZES, STF, 2007).

Isto ocorre pelo motivo de que crimes envolvendo substâncias entorpecentes ser um crime de perigo abstrato tendo a saúde pública como objeto jurídico

protegido pela norma. Embora todos esses impedimentos de aplicação, o STF possui jurisprudência aplicando a insignificância a um caso, vejamos o que fundamenta o Ministro Joaquim Barbosa:

O sistema jurídico há de se considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O Direito Penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor – por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes – não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social.

O caso em questão comporta um indivíduo que carregava consigo 0,6 gramas de entorpecente para consumo pessoal, o Relator decidiu por excluir a tipicidade material do caso e concedeu o remédio constitucional do HC em favor do acusado.

3.3 – REQUISITOS EXIGIDOS PARA A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

O Ministro Celso de Mello no HC 84.412-0/SP estabeleceu 4 requisitos objetivos, com relação ao fato praticado, para a procedência da aplicação da insignificância no caso concreto, sendo adotados pela jurisprudência do STF e STJ. Os requisitos devem ser aplicados cumulativamente, e qualquer hipótese que viole um desses requisitos, não poderá gozar do benefício do princípio da insignificância, são eles:

- a) mínima ofensividade da conduta;
- b) nenhuma periculosidade social da ação;
- c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento;
- d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Ainda falando em requisitos, ainda há requisitos subjetivos que dizem respeito à vítima e ao agente, são eles:

- a) a habitualidade delitiva;
- b) a condição ou não de militar do agente;
- c) análise de reincidência do agente.

Se presente qualquer desses requisitos, fica vedado aplicar a insignificância em favor do agente do crime, por mais que seja de mínima ofensa ao bem jurídico.

4. POLÍCIA JUDICIÁRIA

4.1 PREVISÃO CONSTITUCIONAL E SUAS ATRIBUIÇÕES

A polícia judiciária dispõe de previsão constitucional diante do artigo 144, inciso I e IV da Constituição Federal, classificando polícia judiciária como a polícia federal e a polícia civil. Isto porque essas duas polícias são as únicas que atuam em auxílio ao poder judiciário, via de regra, em caráter repressivo após praticada a infração penal, procurando colher elementos suficientes que comprovem indícios de autoria e materialidade delitiva.

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I -Polícia Federal;

IV – Polícias Cíveis

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:

IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

§ 4º - às polícias cíveis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

Vejamos o que pensa o doutrinador Nestor Távora (2014, p. 108) acerca da polícia judiciária, “de atuação repressiva, que age, em regra, após a ocorrência de infrações, visando angariar elementos para apuração da autoria e constatação da materialidade delitiva”. Nessa mesma percepção, é o entendimento do doutrinador Renato Brasileiro, aduz:

Cuida-se de função de caráter repressivo, auxiliando o Poder Judiciário. Sua atuação ocorre depois da prática de uma infração penal e tem como objetivo precípuo colher elementos de informação relativos à materialidade e à autoria do delito, propiciando que o titular da ação penal possa dar início à persecução penal em juízo. (LIMA, 2014, pág. 174).

Dessa forma, entendemos que a polícia judiciária tem como objetivo elucidar crimes através da investigação, comprovando um lastro probatório mínimo de autoria do agente infrator e materialidade do delito. A polícia judiciária irá utilizar-se de um instrumento durante a investigação criminal para a elucidação das infrações penais, este é o inquérito policial.

O inquérito policial é um procedimento administrativo presidido pela Autoridade Policial, e de acordo com o artigo 5º, I e II do Código de Processo Penal, será instaurado de ofício quando o caso for de ação penal pública incondicionada ou mediante requisição de autoridade judiciária ou MP, ou ainda a requerimento do ofendido quando for caso de ação penal pública condicionada ou queixa-crime.

Isto posto, mostra-se evidente que a polícia judiciária é o órgão que primeiro terá contato com a conduta infratora, tomando cuidado para que os indícios, provas e vestígios das investigações jamais desapareçam, assim permitindo o sucesso do inquérito policial.

Essa peça instrumental serve como parâmetro para que o Ministério Público proporcione a responsabilidade penal do infrator, mas não podendo ser o indiciado condenado com base apenas no Inquérito policial, visto que ele não é um processo, mas sim procedimento de natureza administrativa, e ainda é inquisitivo ou seja, minimiza o contraditório e a ampla-defesa.

A polícia judiciária também é dotada da responsabilidade de realizar prisões em flagrante delito, cumprir requisições e mandados de prisões lavrados pelo Poder Judiciário, realizar conduções coercitivas de testemunhas, buscas e apreensões, entre outras atribuições.

4.2 O DELEGADO DE POLÍCIA E A PRESIDÊNCIA DO INQUÉRITO POLICIAL

A autoridade policial ao tomar conhecimento da *notitia criminis*, deverá dar início à famosa *persecutio criminis*, ou seja, a persecução penal, para fazer valer o direito de punir. Esta possui duas fases, a pré processual voltada para a investigação criminal (inquérito policial - inquisitivo) e a processual (ação penal - processo).

O delegado poderá tomar conhecimento da notícia crime de forma espontânea ou provocada. Espontânea seria aquela em que durante o exercício da sua atividade, toma conhecimento imediatamente (cognição imediata), por exemplo: obtenção de informações pela via de meio de comunicação.

A forma provocada ocorre através do ato da vítima procurar a autoridade para informar a notícia crime, ou qualquer pessoa do povo, através da representação, ou pela requisição do MP ou judiciário (cognição mediata). Ainda há de se falar de

forma coercitiva também, advém quando o delegado de polícia toma conhecimento do crime ao efetuar um sujeito em situação de flagrante delito (cognição coercitiva).

É imprescindível neste tópico a abordagem da Lei 12.830/2013, que versa acerca da investigação criminal conduzida pela Autoridade Policial. O artigo 2º, § 1º da referida Lei atribui ao delegado a função de presidir a investigação criminal por intermédio do inquérito policial, com a finalidade de obter indícios de materialidade e autoria do crime:

Art. 2º As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado.

§ 1º Ao delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais.

O delegado poderá instaurar o inquérito policial de duas formas, conforme prevê o artigo 5º, incisos I e II do Código de Processo Penal:

Art. 5º Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado:

I - de ofício;

II - mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

As formas de instauração de inquérito pelo Delegado serão variadas conforme o tipo de ação penal prevista para o crime praticado, se por acaso o crime for de ação penal condicionada, o delegado de polícia não poderá instaurar o inquérito policial sem que haja a devida representação do ofendido ou de quem possa representar ele, ou ainda a requisição do Ministro da Justiça, o mesmo vale para crimes de ação penal privada mediante requerimento da vítima.

Já se tratando de algum crime de ação penal incondicionada, o delegado poderá instaurar o inquérito policial de ofício, mas antes, utiliza-se de uma peça chamada Portaria, onde irá especificar detalhes do ato infracional como o dia em que ocorreu, hora e local bem como os nomes da vítima e do suspeito (se já houver suspeita), para futuro indiciamento de acordo com as investigações, e ao concluir a Portaria, determina a instauração de inquérito policial.

Haverá um prazo para a Autoridade Policial concluir esse inquérito, previsto no Art. 10 do Código de Processo penal:

Art. 10. O inquérito deverá terminar no prazo de 10 dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou no prazo de 30 dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela.

Se caso seja a Polícia Federal que prenda o sujeito em flagrante delito, esta terá 15 dias para concluir o inquérito, quando o réu estiver preso, será improrrogável este prazo. Outra exceção para esse prazo é no caso de inquérito que tenha como objeto crime que envolva drogas ilícitas (Lei 11.343/06), o prazo para concluir inquérito será de 30 dias para réu preso, e 90 dias para caso o réu esteja solto, podendo ser prorrogados por igual período caso determine o juiz, mediante pedido justificado feito pelo Delegado.

O inquérito é encerrado com o relatório, isto feito, a Autoridade Policial irá finalizar o procedimento administrativo e encaminhar ao Ministério público para proceder com a denúncia, caso o MP entenda que aquele fato não constitua crime, será pedido o arquivamento do Inquérito ao Juiz, que é o único dotado de competência para tal feito.

4.3 LAVRATURA DE AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE PELO DELEGADO DE POLÍCIA

A prisão em flagrante é uma das espécies de prisão previstas no código de Processo Penal, mais precisamente prevista no artigo 301 ao 310. Esta denominação se origina do termo *flagrare* e quer dizer queimar/arder. Tourinho Filho denomina a prisão em flagrante na sua doutrina como o seguinte “Prisão em flagrante é, assim, a prisão daquele que é surpreendido no instante mesmo da consumação da infração penal” (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa Op. Cit., p. 420).

O CPP traz a classificação do flagrante, primeiramente quanto à obrigatoriedade no artigo 301 “Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.”. Enquanto à obrigatoriedade vale observar que o citado artigo traz dois verbos, o primeiro “poderá” e o segundo “deverá”, caracterizando o flagrante facultativo e obrigatório.

Como referido no artigo retro, cabe ao delegado de polícia efetuar a prisão do indivíduo em flagrante. Essa prisão tem como objetivo a garantia de melhor colheita

de provas para o inquérito policial, bem como impedir a fuga do infrator e impossibilitar a consumação ou o exaurimento do crime.

Temos também a classificação legal quanto ao momento ou estado de flagrância no art. 302 do CPP:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

A situação dos incisos I e II são denominadas de flagrante próprio, real ou propriamente dito. Ocorre quando o agente é surpreendido praticando o núcleo do tipo incriminador ou quando acabou de cometer. Tal hipótese é a que descreve a origem etimológica do termo, por exemplo, Antônio é surpreendido esfaqueando João, ou com a faca ainda suja de sangue imediatamente após a consumação.

No inciso III teremos o chamado flagrante presumido ou ficto, acontece quando o agente é encontrado com instrumento, papéis ou objetos que o liguem à infração penal. Importante fazer observação acerca de dois detalhes, o flagrante impróprio traz a expressão “logo após” enquanto o flagrante presumido traz a expressão “logo depois”. Algumas doutrinas, a segunda expressão significa maior amplitude temporal que a primeira, todavia, a lei não faz critérios objetivos para confirmar tal afirmativa.

Ainda temos o flagrante preparado ou provocado, conhecido como delito putativo por obra do agente provocador, ou delito de ensaio. Em sua doutrina, Guilherme de Souza Nucci faz breve análise acerca do assunto:

Trata-se de um agente provocador de um arremedo de flagrante, ocorrendo quando um agente provocador induz ou instiga alguém a cometer uma infração penal, somente para assim poder prendê-la. Trata-se de crime impossível (art 17, CP), pois inviável a sua consumação. Ao mesmo tempo em que o provocador leva o provocado ao cometimento do delito, age em sentido oposto para evitar o resultado. Estando totalmente na mão do provocador, não há viabilidade para a constituição do crime. Disciplina o tema a Súmula, do Supremo Tribunal Federal: “Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação. (NUCCI, Guilherme de Souza, Ob. Cit. p.529.)

Contamos ainda com mais um tipo de flagrante, este denominado de esperado, ocorre quando se tem notícia de futura infração penal tendo a polícia

esperado sem interferir na conduta e, quando no seu início, efetuado a prisão. Nas palavras de Fernando Capez:

Considerando que nenhuma situação foi artificialmente criada, não há que se falar em fato atípico ou crime impossível. O agente comete o crime e, portanto, poderá ser efetuada a prisão em flagrante. Esta é a 44 NUCCI, Guilherme de Souza, Ob. Cit. p.529. posição do STJ: “Não há flagrante preparado quando a ação policial aguarda o momento da prática delituosa, valendo-se de investigação anterior, para efetivar a prisão, sem a utilização de agente provocador” (RSTJ, 10/389). (CAPEZ, Fernando. Ob. Cit. p.232.)

Existe também o flagrante forjado, decorre da prática de terceiro ao criar uma situação inexistente para realizar a prisão ilícita. Tal flagrante é, por óbvio, ilegal, cabendo o relaxamento de prisão. Ressalta Nucci “É fato atípico, tendo em vista que a pessoa presa jamais pensou ou agiu para compor qualquer trecho da infração penal.” (NUCCI, Guilherme de Souza. Ob. Cit. p 529).

Por último e não menos importante, teremos o flagrante prorrogado ou retardado. A lei que trata das organizações criminosas (Lei nº 12.850/13) trouxe o enfrentamento de tais grupos criminosos, a exemplo da colaboração premiada; agentes infiltrados; e o flagrante prorrogado/ação controlada, segue classificação:

Art. 8º Consiste a ação controlada em retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações

Neste último caso, a autoridade policial terá maior elasticidade para efetivação da prisão em momento mais oportuno e proveitoso à investigação.

Na prisão em flagrante disporemos de quatro momentos diversos, são eles a: apreensão do infrator; condução coercitiva até o delegado de polícia; lavratura do auto de prisão em flagrante delito; e o encarceramento. No prazo de até 24 horas posteriores à prisão em flagrante, a Autoridade Policial terá que remeter o auto de prisão em flagrante ao juiz competente, de acordo com o artigo 304 do CPP:

Art. 304. Apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá esta o condutor e colherá, desde logo, sua assinatura, entregando a este, cópia do termo e recibo de entrega do preso. Em seguida, procederá à oitiva das testemunhas que o acompanharem e ao interrogatório do acusado sobre a imputação que lhe é feita, colhendo, após cada oitiva suas respectivas assinaturas, lavrando, a autoridade, afinal, o auto.

Naquele mesmo prazo de 24 horas deverá ser dado ao indivíduo preso, por meio de recibo, a nota de culpa, devidamente assinada pelo Delegado de Polícia,

contendo nela o motivo pelo qual se deu a prisão, o nome do condutor, bem como os nomes das testemunhas.

5. A POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PELA AUTORIDADE POLICIAL

Conforme estudado até aqui, vimos que para aplicar o princípio insignificância em um delito, a tipicidade material do crime deverá ser afastada em sede judicial. É nesse sentido que segue a doutrina majoritária que salienta sobre o assunto. Mas a doutrina que entende ser possível aplicação da bagatela pelo delegado de polícia não fica para trás quando o assunto é defender fundamentadamente seus entendimentos.

As Jurisprudências, e alguns doutrinadores são contrários ao entendimento de que a autoridade policial possa se utilizar do princípio da insignificância na fase pré processual, seja para deixar de instaurar inquérito policial ao constatar que uma conduta tida até então como delituosa não constitua crime, ou ainda venha deixar de lavrar auto de prisão em flagrante.

Dessa forma destaca Paulo Rangel:

Não cabe à autoridade policial emitir nenhum juízo de valor na apuração dos fatos, como, por exemplo, que o indiciado agiu em legítima defesa ou movido por violenta emoção ao cometer o homicídio. A Autoridade Policial não pode (e não deve) se imiscuir nas funções do Ministério Público, muito menos do juiz, pois sua função, no exercício das suas atribuições, é meramente investigatória. (Paulo Rangel, 2012, p.91)

É imperioso destacar que se caso a Autoridade policial der início ao inquérito policial, não poderá arquivar este, visto que o artigo 17 do Código de Processo Penal veda essa prática, afirmando expressamente que o Delegado de polícia não poderá mandar arquivar inquérito, “Art. 17. A autoridade policial não poderá mandar arquivar autos de inquérito”.

Ademais, mais importante ainda salientar que a Autoridade policial desempenha poder discricionário, Celso Antônio conceitua discricionariedade como a:

Margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal (MELLO, 2007, p.414)

Isto posto, a Autoridade Policial perante uma notícia crime ou flagrante delito ao apurar os fatos e concluir que a notícia fática compreende os requisitos que comprovam o caso ser suscetível de aplicação da insignificância, se for caso para inquérito policial ou prisão em flagrante, terá que redigir um relatório circunstanciado da ocorrência e enviar ao judiciário em um prazo limite de até 24 horas, tal como terá de enviar uma cópia deste relatório para o Ministério Público. Ao ser analisado, uma vez que o magistrado ou o promotor entendam que a conduta não se adequa aos preceitos da insignificância poderão solicitar que a Autoridade Policial instaure o inquérito policial.

O delegado de polícia atua como primeiro garantidor dos direitos fundamentais do cidadão, da legalidade e da justiça. O Ministro Celso de Melo no HC 84.548/SP foi quem deu vistas a esse assunto, ressaltando o quão importante deve ser a primeira intervenção da Autoridade Policial, salienta:

O delegado de polícia é o “primeiro garantidor da legalidade e da justiça”, ou seja, deve ser o primeiro a garantir os direitos fundamentais do cidadão, evitando abusos contra ele praticados e assegurando o exercício de suas garantias constitucionais.

Existe uma Portaria válida para a Polícia Civil do estado de São Paulo que oferece maior autonomia à Autoridade Policial para aplicação do princípio em questão, estabelecendo limites para a atuação do Delegado aprovar o método.

Dito isto, o delegado de polícia como primeiro garantidor, poderá deixar de instaurar inquérito policial, evitando assim constrangimentos desnecessários, respeitando os requisitos materiais e formais e os dispostos pelo STF, feito isto, evita-se a movimentação desnecessária da máquina Estatal.

É nesse sentido que pensa o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho como relator, no STJ, HC 72.234:

Restando evidente, por conseguinte, a ausência de justa causa para o prosseguimento do inquérito policial, pela desnecessidade de movimentar a máquina estatal, com todas as implicações conhecidas, para apurar conduta desimportante para o Direito Penal, por não representar ofensa a qualquer bem jurídico tutelado.

Dito isto, o delegado de polícia como primeiro garantidor, poderia deixar de instaurar inquérito policial utilizando seu poder discricionário, evitando assim constrangimentos desnecessários, respeitando os requisitos materiais e formais, vejamos os artigos 2º, §1º e §3º da Portaria nº 18, de 25 de novembro de 1998:

Artigo 2º - A Autoridade Policial não instaurará inquérito quando os fatos levados à sua consideração não configurarem, manifestamente, qualquer ilícito penal.

Parágrafo 1º - Igual procedimento adotará, em face de qualquer hipótese determinante de falta de justa causa para a deflagração da investigação criminal, devendo, em ato fundamentado, indicar as razões jurídicas e fáticas de seu convencimento.

Artigo 3º - O boletim de ocorrência que, consoante o disposto no artigo 2º dessa portaria, não viabilizar instauração de inquérito, será arquivado mediante despacho fundamentado da Autoridade Policial e, em seguida, registrado em livro próprio.

Ainda há de se falar na aplicação da insignificância pelo delegado de polícia nos casos de prisão em flagrante nos crimes de pequeno potencial ofensivo, que seguindo a mesma didática abordada ao caso de deixar de instaurar inquérito policial, caso a a conduta seja típica, porém desprovida de tipicidade material, pode autoridade policial de deixar de lavrar auto de prisão em flagrante.

Há um Projeto de Lei de nº 7013/2006 que propõe a inclusão do artigo 310-A no Código de Processo Penal estabelecendo critérios para que o delegado de polícia possua livre autonomia para aplicar a insignificância, deixando de impor a prisão em flagrante, nos casos que seja possível à aplicabilidade do princípio.

Art. 310-A A autoridade policial não imporá prisão em flagrante, nem exigirá fiança:

I – Quando verificar que o agente praticou o fato nas condições do art. 23, I, II e III, do Código Penal.

II – Se, ao considerar aspectos objetivos, referentes à infração praticada, verificar a mínima ofensividade da conduta do agente; a ausência de periculosidade social da ação; o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e a inexpressividade da lesão jurídica causada.

Parágrafo único. Em todos os casos, a liberdade provisória somente será concedida mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.

Fica clarividente que além de ser possível, o ato já possui proposta de Lei para previsão legal na Câmara dos Deputados, autorizando a Autoridade Policial deixar de lavrar auto de prisão em flagrante delito diante de fato insignificante aos olhos do Direito Penal. E também para deixar de instaurar inquérito policial ao lidar com um crime de bagatela, desde que respeitados todos os requisitos impostos para essa possibilidade, assim evitando o Estado de se ocupar com pequenos delitos.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo exposto, embora ainda sem uma previsão legal no código de processo penal ou na constituição federal, é conveniente a aplicação do princípio da insignificância pelo delegado de polícia ainda na fase pré-processual, visto que este é o primeiro guardião dos direitos do cidadão, e possui discricionariedade para tal exercício.

A aplicação do citado princípio é aconselhável ainda na seara policial, pois este ato preza pela economia processual, ou seja, não resta motivos para movimentar desnecessariamente a Máquina Estatal com um oferecimento de denúncia dando início à uma ação penal, se ao final é do processo penal é indubitável a aplicação da insignificância.

Nesse sentido, o princípio da insignificância aplicado em fase pré processual pela autoridade policial tem como um dos principais objetivos desafogar o judiciário, visto que esse não deve se ocupar com pequenas causas, lembrado o brocardo do *minimus non curat praetor*, e a partir desse pensamento o Poder Judiciário se ocupara com crimes que realmente necessitem de maior atenção para uma melhor resolução da persecução penal e não perca tempo julgando crimes insignificantes, pois como foi abordado o Direito Penal é considerado a *ultima ratio*. Ressaltado isso, observamos que o princípio da insignificância é uma consequência do princípio da intervenção mínima.

A possibilidade da aplicação do princípio em questão ainda na seara policial tem também como finalidade evitar constrangimentos desnecessários ao investigado, devido às providências tomadas pela Polícia Judiciária, bem como uma prisão em flagrante ou instauração de inquérito policial decorrente de uma conduta materialmente atípica.

Por mais que não haja previsão legal no código de processo penal, já existe projeto de lei para tornar legal a aplicação da insignificância facultando a livre autonomia no exercício das funções ao delegado de polícia. Mesmo sem previsão legal, o estado de São Paulo há mais de 20 anos fez publicação de portaria concedendo o poder de decisão à autoridade policial, o que deveria ser tomado como parâmetro em todos os estados do Brasil

Destarte, resta claro que o princípio da insignificância preserva pela dignidade da pessoa humanas.

REFERÊNCIAS

ACKEL FILHO, Diomar. **O princípio da insignificância no direito penal. Revista de jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo**, v. 94, p. 72-77,

abr-jun. 1988 apud Maurício Antonio Ribeiro Lopes. **Princípio da Insignificância no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007

BITTENCOURT, Cezar Roberto, **Manual de direito penal – parte geral**. V. I. São Paulo, 2000.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal 1**. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível na íntegra em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 15 de abril de 2019.

BRASIL. DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível na íntegra em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm> Acessado em: 18 de março de 2019.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Institui o código penal**. Disponível na íntegra em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 20 de maio de 2019.

BRASIL. LEI Nº 12.830, DE 20 DE JUNHO DE 2013. **Investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12830.htm>. Acessado em: 25 de maio de 2019.

BRASIL. LEI Nº 12.850, DE 2 DE AGOSTO DE 2013. **Lei das organizações criminosas e disposição sobre a investigação criminal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 10.mai.2019.

BRASIL. PROJETO DE LEI N.º 7.013, DE 2006. **Inclusão do art. 310-A ao código de processo penal**. Disponível na íntegra em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=0F9D14E82F0AADFDA31EE0AE026F83A6.proposicoesWebExterno2?codteor=397351&filede+maio+de+name=Avulso+-PL+7013/2006>. Acessado em: 07 de maio de 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal - parte geral**. 5 ed., São Paulo: Saraiva, v. 1, 2006.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. Vol.1 – 16.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014

KHALED JR., Salah H.; ROSA, Alexandre Morais da. "**Delegados relevantes e lesões insignificantes: a legitimidade do reconhecimento da falta de tipicidade material pela autoridade policial**". *Justificando*. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2014/11/25/delegados-relevantes-e-lesoes-insignificantes-legitimidade-reconhecimento-da-falta-de-tipicidade-material-pela-autoridade-policial/>>. Acesso em: 25.maio.2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. Rio de Janeiro: juspodivm, 2014

LOPES, Mauricio Antônio Ribeiro. **Princípio da insignificância no Direito Penal: análise à luz das Leis 9.099/95 (Juizados Especiais Criminais), 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro) e da jurisprudência atual**. 2 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

Ministro Celso de Melo, STF, HC 84548/SP. Rel. Ministro Marco Aurélio. Julgado em 21/6/2012.

MIRABETE, Júlio Fabbrini, **Manual de Direito Penal**, 22^o edição, São Paulo, Atlas, 2005. Disponível em: <<https://juliodias.jusbrasil.com.br/artigos/599949140/crime-omissivo-proprio-e-improprio>>. Acesso em: 22 de maio de 2019.

NUCCI, Guilherme Souza. **Manual de Direito Penal - Parte Geral - Parte Especial**, 9^a Edição. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: RT, 2002.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **O crime e a pena na atualidade**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1983.

BRASIL, **PORTARIA Nº 18, DE 25 DE NOVEMBRO DE 1998, DGP SÃO PAULO** in: https://www.imprensaoficial.com.br/DO/BuscaDO2001Documento_11_4.aspx?link=/1998/executivo%2520secao%2520i/novembro/27/pag_0003_767ALR6CMDFKAE6PJQKLRQ5F5U.pdf&pagina=3&data=27/11/1998&caderno=Executivo+I&paginaordenacao=10003

PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. V.1. São Paulo: RT, 2008.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SANTOS, Alexandre Cesar dos. **Aplicação Do Princípio Da Insignificância Pela Autoridade Policial**. Cit. GRECO, Rogério. 2006. Disponível em: <<https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/aplicacao-principio-insignificancia-pela-autoridade-policial.htm>> . Acessado em: 18 de abril de 2019.

SILVA, Ivan Luiz. **Princípio da Insignificância no Direito Penal**. Curitiba: Ed Juruá, 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/50370/principio-da-insignificancia-no-direito-penal-conceito-natureza-juridica-origem-e-relacoes-com-outros-principios>>. Acesso em: 10 de março de 2019.

STF: **HC 91.759/MG**, rel. Min. Menezes Direito, 1ª Turma, j. 09.10.2007; STJ: HC 130.677/MG, rel. Min. Celso Limongi, Desembargador convocado do TJ-SP, 6ª Turma. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/o-principio-da-insignificancia-e-sua-atual-aplicacao-no-direito-penal-brasileiro>>. Acesso em: 10 de abril de 2019.

STF: **HABEAS CORPUS: HC 106510/MG**. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Segunda Turma. DJe-112 DIVULG 10-06-2011 PUBLIC 13-06-2011. JusBrasil, 2011. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19734946/habeas-corporus-hc-106510-mg?ref=serp>>. Acesso em: 15 de maio de 2019.

STF: **HC 196.874/MG**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:IOkXVE4IGbWJ:portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp%3Fid%3D3026741%26ext%3DRTF+%&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 01 de Maio de 2019.

STF: **HC 98.152/MG**. Relator: Ministro Celso de Mello. 2009. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20090526-04.pdf>. Acesso em: 05 de Maio de 2019.

STF: **HC 84.412-0/SP**. Relator: Ministro Celso de Mello. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=63002>>. Acesso em: 09 de Maio de 2019.

STJ. **HC 72234/PE**. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. T5 - QUINTA TURMA. DJ 05/11/2007 p. 307. JusBrasil. 2007. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8854004/habeas-corporus-hc-72234-pe-2006-0272965-2?ref=topic_feed>. Acessado em: 13 de abril de 2019.

TAVARES, Juarez, Rio de Janeiro, **Teoria do Delito**. (1996). Disponível em: <<https://marciojorio.jusbrasil.com.br/artigos/706350743/uma-analise-da-teoria-do-crime-teoria-finalista-tripartite>> acessado em: 15 de maio de 2019

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Antonni. **Curso de Direito processual penal**. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992, v.3.

A SOBERANIA DOS VEREDICTOS NO TRIBUNAL DO JÚRI

Cássio César Moura de Lira
Albérico Santos Fonseca

RESUMO: Instituto do jurí tem sua origem indeterminada, sendo que o primeiro direito a materializar em sua constituição foi o inglês em 1215. Seu desenvolvimento histórico foi conturbado sofrendo significativas alterações ao longo da história. Chegou ao Brasil com a Constituição do Império vindo a se consolidar efetivamente como direito e garantia individual na Carta Magna de 1988. Verifica-se que o tribunal do júri possui um procedimento especial em nosso ordenamento, cabendo processar e julgar todos os delitos dolosamente praticados contra a vida, ainda que tentados e os com eles conexos. Diante da soberania dos vereditos, discute-se ainda a abrangência deste princípio. Mesmo se tratando inicialmente de preceitos aparentemente absoluto, observam-se exceções feitas pela própria Constituição que o instituiu.

Palavras-chave: Tribunal do Júri, Soberania dos Vereditos,

ABSTRACT:The Institute of Jurí has its origin indeterminate, being that the first right to materialize in its constitution was English in 1215. its historical development was troubled suffering significant alterations throughout the history. It arrived at the Brsil with the Constitution of the Empire becoming effectively consolidated as a right and individual guarantee in the Constitution of 1988. It is verified that the jury's court has a special procedure in our legal system, and it is up to us to prosecute and prosecute all crimes committed against life, though tempted and with them connected. Faced with the sovereignty of the verdicts, the scope of this principle is still discussed. Even if it is initially a matter of seemingly absolute precepts, there are exceptions made by the very Constitution that instituted it.

Keywords: trinunal o ftheJury, Sovereignty of the Verdicts

1. INTRODUÇÃO

Esse trabalho tem como objetivo, verificar a eficácia do tribunal do júri, ou seja indagar, a sua efetividade em razão da soberania dos vereditos, princípio atribuído pela carta magna de 1988.Vale ressaltar que não constitui um estudo sobre eliminação do tribunal do júri, visto que é uma garantia individual prevista na constituição, além do mais, faz parte das cláusulas pétreas.Tentar-se-a abordar os aspectos defasados do tribunal do júri, dando enfoque na soberania dos vereditos.O Tribunal do Júri é composto de um juiz de direito (presidente), que sorteará vinte e

cinco jurados para a reunião periódica e extraordinária (art. 433 do Código de Processo Penal), e é regido por princípios previstos especialmente no art. 5º, XXXVIII, da Constituição Federal.

O sorteio do júri será realizado de portas abertas entre o décimo quinto e décimo dia útil antecedente à reunião, sendo que os jurados sorteados serão convocados pelo correio ou por qualquer outro meio hábil para que compareçam no dia e hora designados para a reunião. Feito isso, serão fixados na porta do Tribunal as referências sobre o processo (nome dos jurados, nome do acusado, dos procuradores, assim como dia, hora e local das sessões de instrução e julgamento - art. 435 do CPP. Por fim será abordado algumas discussões que envolvem o júri popular, sem a ambição porem de exaurir a temática, mas sim de gerar reflexão sobre os interesses na questão.

O objetivo Fundamental é analisar a soberania dos vereditos no tribunal do júri, olhando seus pontos positivos e negativos. Verificar a eficácia do tribunal do júri. Apontar em quais circunstâncias pode se recorrer das decisões no tribunal do júri.

A justificativa para escolha desse tema, surgiu mediante alguns júris que participei, que me fizeram refletir sobre a importância desse grande instrumento jurídico que é o tribunal do júri, com o desejo de verificar seus pontos positivos e negativos.

A metodologia abordada foi constituída de uma pesquisa consultiva bibliográfica, a qual utilizará para seu desenvolvimento Leis, doutrinas, jurisprudência.

2. CONCEITO DE SOBERANIA

O termo “soberania” não é de simples aquilatação. Segundo definição de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, essa palavra representa a autoridade que o estado tem, ou ainda, o poder que o estado tem de ser uma força suprema, ou seja, que não precisa de nenhuma outra ordem para ratificar seu poder. São muitos, entretanto, as linhas de raciocínio que podem definir essa palavra. Em uma conceituação política, por exemplo, Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino afirmam que: em sentido lato, o conceito político de soberania indica o

poder de mando de última instância, numa sociedade política e, conseqüentemente, a diferença entre esta e as demais associações humanas em cuja organização não se encontra esse poder supremo.

No âmbito da Teoria Geral do Estado, podemos verificar, em que pese à obscuridade do termo e à abrangência com que modifica durante o passar do tempo, a conceituação de soberania perfaz-se em um poder que não se fala de um outro superior a ele.

Diante do que foi exposto não como notar que mesmo com definições diferentes, é impossível disvincular esse conceito de soberania da ideia de um poder superior a todos os outros. Ou seja, é um poder supremo que não precisa de uma autoridade superior para lhe respaldar. É com base nesse fundamento, por exemplo, que se diz soberano o Estado, já que as decisões que ele proferiu não será alterada por nenhuma pessoa; sua autoridade, enquanto ente político, não se paralisa na autoridade de qualquer outro ente.

Em relação à instituição do Júri, o conceito de soberania definido no princípio da Soberania dos Veredictos, não diferente do que foi dito acima tem o mesmo sentido de poder superior, porém não tem a mesma dimensão que observamos no conceito de soberania estatal. Conforme estabelece Guilherme de Souza Nucci, não se quer construir, para o Tribunal Popular, o mesmo significado que soberania possui para um Estado diante de outros na comunidade internacional. Desta forma, aparece-nos, mesmo sem poder separar a Soberania dos Veredictos do caráter de poder supremo e definitivo, porém tal caráter abrange-se de algumas restrições e limites vistos pelo processo penal, de forma que a pretensão de um suposto poder supremo restaria limitada à impossibilidade de que algum órgão jurisdicional possa sobrepor-se às decisões do Júri para exercer, simultaneamente, o *judicium rescidense* o *judicium rescissorium*, conforme pontua Fernando da Costa Toruinho Filho.

Por fim pode-se concluir, então, que o termo Soberania, mesmo sendo ele abraçado de um significado muito forte na Teoria Geral do Estado, quando se fala em Soberania dos Estados Nacionais, no sentido do Tribunal do Júri, podemos observar que em relação a um poder supremo, que esta acima de qualquer outra autoridade, fica muito relativizada, sobre tudo quando se fala dos limites imposto pelo

preprocesso penal. Desta maneira o conceito de desoberania, conteúdo do princípio da Soberania dos Veredictos, limita-se à impossibilidade de que a decisão dos jurados possa ser modificada ou substituída pela decisão de um tribunal togado.

2.1 DELIMITAÇÃO DO PRINCÍPIO

Como já foi dito, uma das garantias que existe no Tribunal do júri é justamente, a Soberania dos Veredictos. Tem como garantia, ou como sua finalidade de maneira principal que um direito, a ela equivalente, possa ser usufruído. Como já vimos acima, a instituição do júri, como uma garantia principal, outorga-se sobretudo na defesa do cumprimento do devido processo legal. A Soberania dos Veredictos, diante do que foi exposto, sendo no seu sentido amplo garantida do Tribunal do júri, garante que o veredicto proferido pelos jurados ora sorteados e nomeados para aquele Tribunal, seja efetivamente proferido pelos jurados sorteados e não pelo juiz togado.

Com o que foi dito podemos concluir que, sendo como um dos alicerces do Tribunal do Júri, o princípio supracitado, retrata o impedimento da modificação das decisões proferidas pelo Júri Popular de modo direto pelos magistrados togados, na conjectura de que os juizes que não são togados possam ser substituídos por juizes togados nas causas de competência do Tribunal do Júri.

Por isso vemos que a garantia da Soberania dos Veredictos é o pilar principal que sustenta o Tribunal do Júri, pois, sem ela, seria inviável o tribunal popular, visto que ele ficaria sem força para julgar os réus da maneira como vemos hoje no Tribunal popular. Desta forma, seria totalmente inviável, que tendo um tribunal popular estabelecido e proferido seu veredicto, suas decisões pudessem a qualquer momento serem modificadas ou reformadas, por um tribunal togado. Sobretudo se essas decisões do tribunal popular não tenham sido motivadas, acrescentando o fato dessas decisões, serem totalmente controversas em relação aos ditames jurídicos, seria bem duvidoso se as decisões proferidas pelos jurados que não fossem modificadas por outro tribunal de maneira recursal, não fosse a garantia da Soberania dos Veredictos.

Com a mesma linha de raciocínio, André Mauro Lacerda Azevedo precisamente pontua: A soberania é imprescindível à própria existência do tribunal

popular, já que os jurados não estão adstritos ao direito, mas sim à análise racional dos fatos e provas, sempre orientada por sua íntima convicção.

Dessa forma podemos perceber que o princípio da soberania dos veredictos é uma garantia constitucional, que da sua maneira garante não somente as decisões insituidas e prolatadas pelo tribunal popular, mas, de uma certa forma é ele que faz com que o tribunal do júri não morra, mas, que perdure até os nossos tempos atuais, como podemos ver nas comarcas. Observando isso podemos perceber que de uma certa maneira a Soberania dos Veredictos, resguarda consigo outra garantia constitucional, que sem esse princípio também não teria sentido que é o Tribunal do Júri. Constitui, portanto, verdadeira garantia a garantia do Tribunal do Júri, visto que, se essa garantia não existisse de os magistrados não poderem reformar as decisões do tribunal popular, comprometeria sem sombra de dúvida a existência e eficácia do Tribunal do Júri.

Dinante do que foi exposto, é suma importância ressaltar que a modificação do tribunal popular se diz respeito apenas ao mérito do que foi julgado, desta forma o tribunal togado não pode modificar isso, mas pode remeter o caso que ora fora julgado para outro tribunal. Desta maneira ficou claro que o que não se pode acontecer é a decisão proferida pelo tribunal popular ser modificada por um magistrado togado, porém pode ser encaminhado para outro tribunal do júri popular.

O que é mais importante destacar, é que, o que mais quero mostrar neste trabalho ou seja seu objetivo, é a limitação da garantia da Soberania dos Veredictos. Porém é de suma importância deixar claro que nem sempre as decisões proferidas pelo tribunal do júri serão absolutas, desta maneira pode-se dizer que existe alguns procedimentos que irão relativizar a vedação imposta, as quais podemos ver duas como exemplo que entretanto iremos tratar delas, quais sejam, revisão criminal e a apelação.

2.2 HISTÓRICO DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS

A Soberania dos Veredictos, é muito anterior ao tribunal de júri popular, visto que, sua origem é do tempo da Grécia Antiga, que claro muito antes do tribunal júri, propriamente dito, período que se falava do tribunal dos Heliatas, essas decisões proferidas por esse tribunal, como não se tinha um pensamento já maduro do que

era a soberania, por ainda ser algo muito novo e estava ainda iniciando e formando o conceito de soberania, porém essas decisões era absolutamente definitivas, sobre essas decisões não cabia recursos. Luiz Carlos de Azevedo, fala sobre o início da garantia da Soberania dos Veredictos afirmando que: as decisões emanadas deste órgão, justamente por constituírem expressão da vontade e soberania popular, eram definitivas, não admitiam recurso algum; sua jurisdição e competência estendiam-se tanto às causas públicas como às privadas.

Desta forma podemos destacar que não ocorria mudança ou retificação das decisões porque, aquelas decisões proferidas, emanavam a vontade do povo ou da população por isso não lhe cabia mais recurso, uma vez proferida a decisão ela se tonara a voz do povo a decisão absoluta. Vejamos se as decisões já eram proferidas pelo povo, não tinha mais porque recorrer, visto que o que fora votado já é a decisão que o povo escolher, por isso não havia razões para recursos.

Na verdade, o que se leva em consideração aqui não é o devido processo legal, mas exclusivamente e necessariamente a vontade do povo, então se a decisão foi tomada por essa população, não o como ser falha, visto que ela cumpriu o seu dever inicial que é a vontade do povo, por isso não necessita de recurso, vai mudar o quê? A decisão do povo? Não porque o que importa aqui é absolutamente a decisão do povo.

Desta forma podemos verificar que no tribunal popular não há um engessamento de normas para ser seguido, o que importa é a vontade do povo, por isso não de se falar se a decisão foi à correta ou esta errada, por isso não é preciso falar de recurso para corrigir a decisão.

Contudo podemos perceber que é desta forma de um algo imutável e que se fala em tribunal dos realistas, e que de certa forma se enquadra hoje a garantia da soberania dos Veredictos. Entrementes vamos verificar na linha do tempo, o que que evoluiu desde do tribunal heliasta até o nosso tribunal atual, para chegarmos a uma conclusão do que de fato é hoje o princípio da Soberania dos Veredictos.

Podemos verificar, que outros pensadores acreditam que esse princípio de soberania só veio surgir com a Magna Carta, em 1215, em conjunto com o início do Tribunal do júri popular, dessa forma pensam AZEVEDO, Luiz Carlos apud AZEVEDO, op. cit., p. 53.

Podemos assim concluir que a Magna carta, quando se trata em tribunal não fez alusão ao duplo grau de jurisdição, dessa forma ela acabou esquecendo-se de falar sobre as vias recursais, ou seja, do que podemos falar sobre a irrecorribilidade das decisões proferidas pelos tribunais. Então como a Magna Carta não falou sobre o recurso, então o que hoje entendemos como Soberania dos Veredictos seria o germe.

Mesmo tendo ainda muitas controversas sobre como surgiu esse princípio, deste modo ainda tem muito discussão na doutrina visto que a garantia tenha adquirido muita importância à época da Revolução francesa. Segundo o ideal revolucionário, a soberania das decisões do Júri estava intimamente ligada à ideia de soberania popular; esta, fortemente difundida pela revolução no combate ao regime absolutista. A ideia de que as decisões emanadas do povo eram irrecorríveis era adjacente ao ideal de que o povo era detentor também do poder político, de modo que a garantia da Soberania dos Veredictos se enquadrava em um contexto muito mais amplo, qual seja, o de Soberania Popular.

Conclui-se, portanto, que, apesar de pairarem dúvidas acerca do período em que surgiu o princípio da Soberania dos Veredictos, é unânime o fato de que seu desenvolvimento e sua consolidação como princípio norteador do Tribunal do Júri deu-se à época da Revolução Francesa, com a valorização da soberania popular em detrimento do poder absolutista.

Muito influenciada pelos ideais burgueses, então, a Soberania dos Veredictos passou a constituir requisito elementar à instituição do Júri, correspondendo, até os dias de hoje, condição sim équa non para seu efetivo funcionamento como órgão jurisdicional.

2.3 LIMITES AO PRINCÍPIO DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS

Apesar de constituir o princípio da Soberania dos Veredictos um dos sustentáculos basilares da instituição do Júri, não obstante sua expressiva representatividade no cenário constitucional nacional, a garantia da soberania da decisão dos jurados sofre algumas limitações. Entretanto, cumpre firmar desde já que a existência de limites processuais ao princípio não implica em um

enfraquecimento da instituição do Júri, nem mesmo em um declínio do Tribunal Popular. Aliás, muito pelo contrário, a imposição de limites e restrições à imutabilidade das decisões dos jurados apenas reafirma seu caráter amplamente democrático e Garantista, já que a relativização da soberania impede, ou ao menos dificulta que o Júri seja utilizado como instrumento de perpetuação do arbítrio e da injustiça, AZEVEDO, op. cit., p. 53.

Desta forma como já pontuamos em algumas partes desse trabalho, pode-se dizer que o júri em sua essência é extremamente democrático, desta forma o juiz leigo não precisa ficar engessado nas amarras do direito legal positivado e desta forma pode se ater simplesmente ao senso comum, ou seja, a moral, a equidade, ou seja, eles se fundamentam nos valores a eles entrelaçados pela sociedade. Todavia vale salientar que mesmo com toda essa liberação citada, de forma alguma poderá se afastar dos elementos comprobatórios que foi, foi explanado no decorrer do processo legal, ou seja, da instrução processual. Nesta maneira vale salientar que esse é um dos pontos necessários para que as decisões tenham certo limite, porque se não fosse assim poderia surgir decisões totalmente desconhecidas do caso concreto, causando assim manifestações ilegais, e seriam acobertadas pela garantia da Soberania dos Veredictos.

É desta forma que podasse autorizar, em decisões bem específicas que esse princípio da Soberania possa ser superado, desta forma ele foge um pouco da inalterabilidade, pode ser estabelecida para esses casos específicos, a possibilidade de controle das decisões por juízes togados, desta forma nos deixa claro que essa garantia da soberania, não um poder absoluto por si só. Mas claro com uma ressalva os juízes togados não substituem os jurados na prolação dos veredictos

Pois bem, até o corolário não é absoluto, pois depois que se admitem as revisões criminais que irão contra o que fora estabelecido no tribunal do júri, sendo essas passíveis de substituição, mesmo após o trânsito em julgado. Sobre este tema, Rmualdo Saches Calvo Filho, precisamente discorre:

O art. 5º, XXXVIII, “c”, da CF põe em relevo a soberania dos veredictos emanados dos senhores jurados, não tendo a soberania aí o mesmo alcance e significado que era de se esperar daquele encontrado no Direito Constitucional, ou seja, a soberania do Júri não é fonte única e incontestável de poder, mas limitada à impossibilidade de outro órgão jurisdicional reformar a decisão oriunda dos jurados para absolver o réu

condenado ou condenar o réu absolvido, com seus efeitos restritos ao processo enquanto relação jurídico-processual não decidida, isto é, não transitada em julgado, visto que a decisão de mérito proveniente dos jurados, após isso, não fica indene a revisão criminal, a qual poderá até absolver o réu condenado pelo Júri (...).

Desta forma pode-se destacar, o não cabimento de mudança das decisões proferidas pelo tribunal, se diz respeito ao transcurso do processo, pois, como todo processo legal, após o transitado em julgado mesmo sendo proferido pelo tribunal do júri, não haverá empecilhos para que nas situações que caibam à revisão criminal, e desta maneira a sentença proferida pelo tribunal do júri seja substituída, por uma decisão de um tribunal ad quem.

Contudo observa-se que essa Soberania já não é mais absoluta, visto que existem alguns meios de limita-la, fazendo assim diminuir seu caráter absoluto definitivo. Neste sentido para entendermos um pouco melhor e para analisar essa limitação desses principio é preciso olhar o que o processo penal nos diz, onde iremos tratar mais adiante sobre a apelação e a revisão criminal, desta forma iremos compreender alguns pontos importantes sobre essa limitação da Soberania dos Veredictos, no tribunal do júri.

Conforme pontua Pedro Lenza: A soberania, todavia, não impede que os tribunais de segundo grau ou os superiores anulem o veredicto em decorrência de vício processual (reconhecimento de nulidade), nem que o veredicto seja cassado por ser manifestamente contrário à prova dos autos, desde que, nessa última hipótese, por apenas uma vez (art. 593, § 3º, do CPP). Em ambos os casos, ou seja, também quando o tribunal decidir que a decisão dos jurados é divorciada da prova dos autos, nada mais poderá fazer senão determinar que o acusado seja submetido a novo julgamento pelo júri, garantindo, assim, que o litígio penal seja resolvido em definitivo pelo tribunal popular.

Percebe-se com isso que a Soberania dos Veredictos não totalmente absoluta, mas existem algumas amarras ou mecanismos que fazem com que essa Soberania seja diminuída em sua aplicação como no caso da apelação e revisão criminal.

3 MECANISMOS DE LIMITAÇÃO À SOBERANIA DOS VEREDICTOS

3.1 APELAÇÃO

A Apelação é uma forma ou maneira de limitar a esse princípio que fora citado à cima, ou seja, o princípio da Soberania dos Veredictos. Desta forma é um dos instrumentos que mais é criticado por oferecer muito riscos à garantia, e dessa forma ele é bem debatido, sobre tudo no que se fez a sua constitucionalidade.

Esse recurso ele foi introduzido em nosso ordenamento jurídico em 1832, por sua vez no período imperial, sem bem claro no art. 301 CPC do império, usado sempre nas vezes que os juízes togados não se conformavam com as decisões que fora proferida pelos tribunais populares. Desta forma em 3 de dezembro de 1841 foi editada a Lei nº 261, que em seu artigo 79, outra coisa que era bem relevante é que as decisões que o magistrado togado não gostasse da decisão porque acha controversas entre ela, poderia falar ex-officio porque entendia que as provas eram contra a decisão.

No período da República, o que estava em vigor era multiplicidade das legislações, fazendo com que cada estado tivesse seu próprio código processual. Nesta época quase todos os Estados tinham seu próprio código processual, mas existia alguns que eram exceção como, por exemplo: o Rio Grande do Sul e o Ceará, e como eles eram independentes não permitiam que os juízes togados viessem modificar as decisões dos jurados do tribunal popular. Com o surgimento do Decreto-Lei nº 167 de 1938, entretanto, começou a partir daí a permissão que os tribunais de Apelação pudessem modificar as decisões proferidas pelo tribunal do júri, sendo que, em razão dessa disposição, foi inserido o artigo 606 no Código de Processo Penal de 1941, que ratificava o que foi dito acima, confirmando que a Apelação poderia modificar, o que os jurados populares tinham decidido.

Depois dessa publicação da Lei nº 261, apareceu muitas controversas, uma parte acreditando que é apoiando o recurso de Apelação outra parte restringindo a recorribilidade do que foi proferido pelo tribunal do júri.

Como foi demonstrado com a vinda da nova Constituição de 1946, a Soberania dos Veredictos, colocou a usufruir de sua constitucionalidade, desta forma o que se encontra no decreto nº 167/38, que ratificam que as decisões do tribunal do júri

podem ser modificadas pelo juiz togado, Começaram a ter sua constitucionalidade questionada. Desta maneira, com a ratificação desses principio no texto constitucional, o artigo 593, inciso III, do Código de Processo Penal foi alterado, e sendo até os dias atuais a mesma redação:

Art. 593. Caberá apelação, no prazo de cinco dias:

III – das decisões do Tribunal do Júri, quando: a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia; b) for à sentença do Juiz-Presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados; c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança; d) for à decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.

§3º Se a apelação se fundar no inciso III, letra d, deste artigo, e o Tribunal ad quem se convencerem de que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, dar-lhe-á provimento para sujeitar o réu a novo julgamento; não se admite, porém, pelo mesmo motivo, segunda apelação.

Todavia podemos ver que nas situações que pode ser usada a apelação, prevista neste art. Citado, vemos que se reveste de uma maneira bem especifica o recurso na instituição do tribunal do júri, devido o principio da Soberania dos Veredictos. Isso acontece, porque, notadamente nas hipóteses previstas pelas alíneas “a” e “d”, a apelação adquire uma forma absolutamente sui generis. Nesses casos quando estiver às incidências, o juiz togado, usara tão somente o juízo rescindente, fazendo com o que o que foi decidido pelo tribunal popular seja cessado, e levando o réu a um novo julgamento. Desta maneira resta claro que no que toca as decisões do tribunal do júri é a impossibilidade de modificação dos jurados na prolação da sentença no júri, deste modo o recurso vem como uma maneira de harmonizar os princípios do duplo grau de jurisdição e da Soberania.

Quando se fala das alíneas “b” e “c”, contudo, não precisa que o que foi decidido seja reformado, visto que ela já foi proferida por um magistrado togado, não tendo nenhum problema se ela em seu recurso seja mudada por outra decisão, sem que haja qualquer problema com a garantia da Soberania dos Veredictos. Nessas hipóteses, se entendido que precisa ser reformulada a decisão isso ira ocorrer sem problema algum e desse fora modificando o que fora dito na sentença anterior.

Então o que é mais importante e o que se refere diretamente a Soberania dos Veredictos, será principalmente, a análise das alíneas “a” e “d” do inciso III do artigo 593 do Código de Processo Penal.

3.2 DAS HIPÓTESES DE CABIMENTO

A alínea “a” diz que nos casos que tiver nulidade após a pronuncia caberá à apelação, porém existe uma discussão muito grande pra saber justamente se o provimento a apelação com base no que foi dito acima não violaria a Soberania dos Veredictos, visto que a grande massa entende que o ponto fundamental do tribunal do júri é justamente sair dessas amarras e estabelecer um julgamento livre, ou seja, algo que não precise se preocupar com as prescrições, desta forma não deveria assim usar a apelação no fundamento que foi dito acima.

Pode-se fazer também um grande questionamento, sobre um novo julgamento, vejamos, será que esse novo julgamento esta de fato sendo abraçado pela Soberania dos Veredictos? Será que não poderia julgar de uma forma que fosse tornar a sentença mais maléfica para o réu, sendo assim totalmente contrario a o que veda expressamente a reformatio in pejus, prevista pelo artigo 617 do CPP?

Vale esclarecer que, o artigo 617 estabelece vedação apenas à reformatio in pejus direta, que na verdade ele veja quando é o acusado o impetrante do recurso, se for o acusado que impetrou o recurso, a sentença não pode piorar. Entretanto, com base nesse dispositivo, a doutrina e a jurisprudência começaram a consagrar o entendimento – hoje pacífico – de que a vedação à reformatio in pejus indireta também estaria abrangida pelo referido artigo, de modo que, no caso de novo julgamento, seria vedada a aplicação de pena mais grave do que a fixada no primeiro.

No que tange aos julgamentos pelo Tribunal do Júri, houve, por diversas vezes, manifestações do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que, sendo o Júri soberano na prolação de suas decisões, não haveria cabimento em se proibir a reformatio in pejus indireta no segundo julgamento, já que o artigo 617 do CPP, que a veda, configura-se como uma lei ordinária, ao passo que o princípio da Soberania dos Veredictos figura dentre uma das garantias constitucionais, prevalecendo, pois, sobre o dispositivo ordinário. Entretanto, mais recentemente, tem nascido o entendimento de que o princípio da Soberania dos Veredictos deve ser interpretado conjuntamente e em harmonia com os demais princípios de status constitucional, notadamente com o do devido

processo legal, de modo a não se permitir que, em novo julgamento pelo tribunal popular, venha a ser imposta ao réu pena superior a que lhe foi aplicada em ocasião do primeiro julgamento.

O princípio do devido processo legal, conforme amplamente assentado pela doutrina, engloba diversos outros princípios, tais como o da ampla defesa e o do duplo grau de jurisdição. Desse modo, ao se permitir a reformatio in pejus indireta, inevitavelmente estar-se-ia desencorajando o réu de exercitar um direito a ele garantido – o de recorrer – e, por conseguinte, claramente estar-se-ia violando os princípios da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição. Mostra-se, pois, totalmente contrário ao escopo do princípio do devido processo legal a aplicação de uma sanção, qual seja, a majoração da pena, em razão do exercício de direitos constitucionalmente consagrados.

Outrossim, não nos resta dúvida de que a possibilidade de que a pena do réu seja agravada em razão da interposição de recurso está inserida, bem como afronta o princípio do devido processo legal, uma vez que não nos soa razoável que alguém, ao utilizar-se de meios para combater supostos erros judiciários, tenha, em razão disso, sua situação agravada. Ora, se assim aceito, implicitamente estar-se-ia admitindo a possibilidade de atuação ilimitada do Estado, através do Poder Judiciário, já que o controle pelas vias recursais estaria indubitavelmente coagido.

Dessa forma, o entendimento vigorante hoje em dia é no sentido de que, havendo novo julgamento em razão de anulação do primeiro em sede de recurso de apelação, a Soberania dos Veredictos estará limitada pela pena imposta na sentença anterior, em atenção ao disposto pelo artigo 617 do Código de Processo Penal, o qual possui fulcro constitucional.

Quanto à hipótese de cabimento prevista pela alínea “b”, ou seja, nos casos em que a apelação é interposta com fundamento em decisão do Juiz-Presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados, não há, conforme já pontuado, considerações a serem feitas em relação à garantia da Soberania dos Veredictos. Nessa hipótese, a decisão a ser combatida não foi prolatada pelo conselho de sentença, mas sim pelo Juiz-Presidente, tratando-se, pois, de uma sentença proferida por um magistrado togado, não havendo, portanto, empecilhos para que seja reformada pelo tribunal ad quem. Note-se, pois, que nos casos previstos por

essa alínea, o recurso de apelação não assume a particularidade de se limitar apenas ao juízo rescindente, incorporando, também, o juízo rescisório, já que nenhuma alteração deve ser feita no sentido de se harmonizar com a garantia da Soberania dos Veredictos.

No que tange à alínea “c”, isto é, nos casos em que a fundamentação se basear em erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança, há discussão na doutrina se o dispositivo implicaria ou não em uma limitação à Soberania dos Veredictos. De um lado, alguns defendem que, por se tratar de questão relativa somente à pena, o tribunal ad quem poderia livremente, em sede de apelação, reformar a decisão prolatada pelo Tribunal do Júri, sem que isso em algo afetasse a Soberania dos Veredictos, uma vez que a fixação da pena está a cargo da magistratura togada.

Outros, no entanto, a exemplo de Guilherme de Souza Nucci esposam o entendimento de que a fixação da pena não se dá por decisão exclusiva dos juízes togados, já que, quanto ao reconhecimento da existência de agravantes e atenuantes, os jurados efetivamente têm voz ativa. Desse modo, se o Júri se pronunciar no sentido de acolher ou rechaçar atenuantes ou agravantes, essa decisão seria vinculante e, em decorrência do princípio da soberania das decisões, somente poderia ser alterada pelo colegiado popular.

A nosso ver, entretanto, não nos parece que, mesmo em se tratando de atenuantes ou agravantes, estaria o tribunal impossibilitado de corrigir a distorção e fixar adequadamente a pena. Ora, mais uma vez destacamos que a Soberania dos Veredictos se estende apenas e tão somente sobre o mérito da decisão dos jurados. Nesse compasso, nas palavras de Aníbal Bruno, entendemos que as atenuantes e as agravantes não se caracterizam como elementos constitutivos do crime, dizendo respeito apenas aos critérios de fixação de pena: (...) as agravantes e atenuantes não contribuem para existência ou não existência do crime, nem fazem mudar sua designação típica. São condições acessórias, que acompanham o fato punível, mas não penetram sua estrutura conceitual e, assim, não se confundem com seus elementos constitutivos. Desse modo, posicionamo-nos no sentido de que as atenuantes e agravantes referem-se à questão apenas da fixação da pena, não

constituindo elemento constitutivo do crime. Desse modo, parece-nos totalmente cabível a retificação da dosimetria da pena em sede de recurso de apelação.

Outro se diga, entretanto, das qualificadoras. Têm se tornado frequente os posicionamentos admitindo que o tribunal, em face do recurso de apelação com base no dispositivo mencionado, venha substituir a decisão dos jurados no que tange às qualificadoras, sob a mesma justificativa de que se estaria apenas retificando a dosimetria da pena. Porém, cumpre aqui notar que, ao contrário das atenuantes e agravantes, as qualificadoras não se referem à questão das penas, e sim à própria elementar do delito. Nesse sentido, André Mauro Lacerda Azevedo, em precisas palavras, pontua: Problema ainda maior é aquele relacionado às circunstâncias qualificadoras, quando o tribunal ad quem reforma a decisão da instância inferior por entender que não se verificou em concreto uma qualificadora reconhecida pelos jurados. Tal decisão não apenas implica em redução de pena. Mais do que isso, tal decisum atinge o próprio mérito da causa, já que a qualificadora é uma derivação do tipo fundamental, traduzindo-se numa reforma do veredicto dos jurados, já que o réu será condenado por um delito com características e elementares distintas daquele reconhecido pelo Júri.

Desse mesmo modo, posicionamo-nos no sentido de que a questão das qualificadoras não diz respeito apenas à pena propriamente dita, mas sim à tipicidade da própria conduta, de forma que, em obediência ao princípio constitucional da Soberania dos Veredictos, seria vedado ao tribunal que, em sede de recurso de apelação, modifique o entendimento prolatado pelos jurados no tocante às qualificadoras.

Caso entenda o tribunal ad quem que as qualificadoras reconhecidas pelos jurados se encontram em manifesta contradição à prova dos autos, deverá, nos termos da alínea “d” do inciso III do artigo 593, seja o réu submetido a novo julgamento perante o Tribunal do Júri, mas, em hipótese alguma, procederá à desclassificação do tipo qualificado para o tipo simples.

Por fim, a última hipótese de cabimento, prevista pela alínea “d”, é, sem dúvida, a que causa mais questionamentos na doutrina. O dispositivo, a contrario sensu da máxima da intangibilidade da decisão dos jurados, autoriza o provimento de apelação nos casos em que a decisão dos jurados for manifestamente contrária à

prova dos autos. A discussão centra-se no fato de que, nessa hipótese, o recurso não teria como escopo apenas a correção de error in procedendo, mas também, de error in iudicando por parte do corpo de jurados.

3.3 DA CONSTITUCIONALIDADE DA ALÍNEA “D” DO ART. 593, III

Todos os que sustentam a inconstitucionalidade do dispositivo, usam alguns argumentos para defender sua tese, toda via, sempre colocam que no sentido da Soberania, não pode de forma alguma e deveria ser vedada que um grau recursal pudesse modificar as sentenças proferidas pelo tribunal do júri modificando assim suas decisões. James Tubenchlak, por exemplo, afirma que o réu somente vai a plenário, isto é, o acusado somente é pronunciado, quando existem indícios suficientes de autoria e prova de materialidade. Desse modo, entende ele que, uma vez pronunciado o réu, jamais poderá ser contrária à prova dos autos uma decisão condenatória que por ventura venha a ser prolatada pelos jurados, porque, segundo afirma, o júri nada mais faz do que aceitar e referendar a vertente probatória já aceita pela decisão de pronúncia.

Porem tem só do outro lado uma jurisprudência que apoia totalmente a constitucionalidade da alínea supracitada. Sendo assim um dos seus principais argumentos é dizer que não será o juiz togado que ira modificar a sentença, mas sim outro julgamento no tribunal do júri. Desta forma valendo-se de extremada cautela, Afrânio Silva Jardim afirma: Se dermos ao dispositivo legal interpretação restritiva, vedando que o Tribunal venha a optar por uma das versões probatórias constantes dos autos para prover o recurso, e se levarmos em linha de conta que o mesmo tribunal não poderá reformar a decisão dos jurados, mas tão somente provocar outra decisão do Tribunal Popular, descabendo nova apelação pela mesma hipótese de cabimento, verificou inexistir violação à soberania do júri, mas apenas um mecanismo de provocar um julgamento por este mesmo Tribunal do Júri, em busca de maior segurança em face de crimes e penas tão graves.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Contudo com o que foi dito, durante todo trabalho, pode-se deixar que o quanto o conceito de Soberania fosse modificando durante o passar do tempo. A soberania que era vista de uma maneira absoluta, onde não tinha outro poder superior ao seu, pode-se notar no caso do tribunal dos Heliatas que, que era soberano e visto como um poder supremo. E que sobre essas decisões proferidas por esse tribunal, como não se tinha um pensamento já maduro do que era a soberania, por ainda ser algo muito novo e estava ainda iniciando e formando o conceito de soberania, porém essas decisões eram absolutamente definitivas, sobre essas decisões não cabiam recursos.

Por outro lado, pode-se perceber que o tribunal do júri, ou tribunal popular nos dias de hoje, já não tem a mesma denotação que tinha no passado, contudo observa-se que essa Soberania já não é mais absoluta, visto que existem alguns meios de limitá-la, fazendo assim diminuir seu caráter absoluto definitivo. Neste sentido podemos concluir que o tribunal do júri hoje, cabe recursos para suas decisões proferidas diferentemente do que víamos no passado

Por tanto desta forma podemos concluir que diante do que foi apresentado neste trabalho, o tribunal do júri, teve algumas modificações causando assim transformações, que de certa forma melhorou seu julgamento, visto que hoje para decisões totalmente controversas e fora do contesto, cabe recurso para evitar assim um julgamento equivocado e que coloca em risco a seriedade do poder judiciário. Que para solucionar esse problema temos tanto a apelação como a revisão criminal.

Diante disto pode-se concluir que o tribunal do júri hoje nos tempos atuais e a o conceito de Soberania dos Veredictos já não é mais absoluto, mas para suas decisões, desconexa da instrução processual cabe recurso para assim manter o devido processo legal, trazendo assim mais segurança para a sociedade e o direito.

Desta maneira resta claro que a Soberania dos Veredictos não é mais absoluta como era no tribunal dos Heliatas, que via essa soberania de uma maneira absoluta e sem amarras, hoje diferentemente temos alguns mecanismos que servem para modificar algumas decisões que são totalmente contrarias ou que foi mostrado nos autos processuais como a apelação e a revisão criminal.

Com tudo isso se conclui que a Soberania dos Veredictos não é mais absoluta, mas que existe hoje algumas ferramentas para limitar o seu poder, trazendo assim mais segurança para o judiciário.

REFERÊNCIAS

ANSANELLI JÚNIOR, A. **O Tribunal do Júri e a Soberania dos Veredictos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

AZEVEDO, A. M. L. **Tribunal do Júri: Aspectos Constitucionais e Procedimentais**. São Paulo: Verbatim, 2011.

BADARÓ, G. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

BONFIM, E.M. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Júri: do Inquérito ao Plenário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CALVO FILHO, R. S. **Manual Prático do Júri**. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2009.

FORTI, I. S. D'A. O Tribunal do Júri como garantia fundamental, e não como mera regra de competência: uma proposta de reinterpretação do art. 5º, XXXVIII, da Constituição da República. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 3, jan. 2009. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-iii/o-tribunal-do-juri-como-garantia-fundamental-e-nao-como-mera-regra-de-competencia-uma-proposta-de-reinterpretacao-do-art-5o-xxxviii-da-constituicao-da-republica#topo>>. Acesso em: 12 Maio. 2019.

LIMA, J. B. Tribunal do Júri: Garantia Fundamental ou Instrumento de Participação Popular na Administração da Justiça. **Revista Em Tempo**, São Paulo, v.4, p. 71-77, 2012. Disponível em: <<http://galileu.fundanet.br/revista/index.php/emtempo/article/viewFile/125/150>>. Acesso em: 14 Maio. 2019.

Disponível em: <<https://rayaneo.jusbrasil.com.br/artigos/413445644/limites-ao-principio-da-soberania-dos-veredictos>>

A QUALIDADE DA PUBLICIDADE E A DEFESA DO CONSUMIDOR

Cleônison Cassiano da Silva
Prof.:(a):Mariana Tavares de Melo

RESUMO: O trabalho desenvolvido trata da qualidade da publicidade e da defesa do consumidor, este artigo mostrará a qualidade da publicidade, propaganda, a dificuldade que muitos ainda têm de pleitear como consumidor seus direitos por lesões sofridas, problemáticas tais como: Obscuridades lesionadas nos anúncios publicitários, dificuldades com a clareza das informações apresentadas, indução ao erro da parte mais fraca da relação, análises de conflitos entre as partes, fornecedor de produtos/serviços e consumidor. No mas, mostrar alguns conceitos, princípios, tipos de publicidades, responsabilidades civis, administrativa e penal, com citações de alguns artigos das leis que iram solucionar esses conflitos, como o Código de defesa do Consumidor (CDC), direito civil (C/C), Constituição Federal (CF), buscando mostrar como poderá o Consumidor pleitear na justiça os seus direitos por lesão sofridas.

Palavras- chave: Publicidade, Defesa, Vulnerabilidade, Lesão e CDC.

ABSTRACT: The work developed deals with the quality of advertising and consumer protection, this article will show the quality of advertising, advertising, the difficulty that many still have to claim as consumers their rights due to injuries suffered, such as: Obstructions damaged in commercials, difficulties with the clarity of the information presented, induction to the error of the weakest part of the relationship, analysis of conflicts between the parties, supplier of products / services and consumer. In addition to showing some concepts, principles, types of advertisements, civil, administrative and criminal responsibilities, with citations of some articles of the laws that will solve these conflicts, such as the Consumer Protection Code (CDC), civil law (C /C), Federal Constitution (CF), seeking to show how the Consumer can sue in court for his / her injury rights.

Key words: Advertising, Defense, Vulnerability, Injury and CDC.

1. INTRODUÇÃO

O Código de Defesa do Consumidor foi uma Lei nº 8.078, de Setembro de 1990 criada para disciplinar as relações de consumo a partir de uma política nacional, cujo um dos objetivos principais era atender as necessidades do consumidor, respeitando os direitos básicos instituídos na nossa própria

Constituição, como a dignidade, a saúde, a segurança e informações adequadas para o consumo e uso dos produtos e serviços em circulação na sociedade, uma sociedade que consome muitos produtos, serviços e que necessita de uma norma para proteção nas relações de consumo.

Na primeira etapa conceituaremos a importância da publicidade, a necessidade da responsabilização dos fornecedores de produtos/serviços, ofertas, alguns tipos de publicidades ilícitas e alguns princípios norteadores da transparência máxima, boa-fé na publicidade clara e objetiva, sem que haja obscuridades na relação com o consumidor. Será demonstrada a disparidade entre a realidade vivenciada na qualidade da publicidade e da defesa do consumidor que muitas vezes são levados a indução ao erro, em alguns casos fazem percorrer caminhos tortuosos na telecomunicação, isto torna uma frustração os clientes consumidores.

Ao final concluiremos através dos argumentos apresentados na tese do desvio produtivo do consumidor e a Legislação em vigor sobre a validade e necessidade nas aplicações de sanções pecuniárias as empresas de propagandas que causam obscuridades aos consumidores, acarretando excesso prejuízos e danos através de publicidades enganosas e abusivas, e porque não citar por omissão, como muitos não tem conhecimento dos seus direitos são lesados e levados ao prejuízo, causando-lhe danos materiais, patrimoniais, morais, individuais, coletivos e difusos, tendo em vista que consumidor é a parte mais fraca da relação, todo consumidor é vulnerável no mercado do consumo, considerando-se que o consumidor é protegido porque é a parte frágil da relação. Há defesa do consumidor porque ele carece da proteção estabelecida pelo Código.(Lei nº 8.078/90).

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

Portanto esse reconhecimento da vulnerabilidade faz com que os consumidores que sofrem algum tipo de ilegalidade, possam ser reparados os danos sofridos, através de uma proteção que o CDC garante, tornando importante ir em

busca dos seus direitos para uma boa satisfação, ou seja, gozo.

Desse modo, o princípio do acesso à Justiça nós trás o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos assegurados à proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados, além da facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do Juíz, for verossímil à alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências. Vejamos o art. 6º da Lei nº 8.078/90.

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

Os direitos previstos para os consumidores são irrenunciáveis, isto é, inderrogáveis pela vontade dos integrantes da relação de consumo, conforme Jorge Alberto Quadros de Carvalho Silva, diz que; se não fosse assim qualquer contrato de consumo conteria cláusula diminuindo o prazo de reclamação do consumidor, assim como outras garantias.

É de imensa importância identificarmos as nuances deste direito constitucional e da harmonia das relações de consumo que busca o equilíbrio, dos interesses dos fornecedores, das necessidades dos consumidores, e sua aplicação diária em nossas vidas, a fim de conseguirmos especificar qual o papel de cada agente nas relações de consumo, sendo assim o CDC dispõe sobre a proteção do Consumidor e dá outras providências.

Existem vários tipos de Consumidores, eles que fazem gira a economia do país, diante disso as empresas criam estratégia de marketing para atrair o maior número possível de potenciais consumidores por saberem que o consumismo é a representação do excesso de compras por uma pessoa, muitas vezes o consumidor nem precisa do produto, mas por terem uma paixão desenfreada de compras acaba efetuando a compra.

O Consumidor não pode ser levado ao engano pelo fornecedor não só em relação à aquisição do produto ou serviço, mas principalmente no que está sendo divulgado, em sua publicidade e propaganda, portanto o consumidor consciente é aquele que sabe a procedência do produto e a condição da mão de obra que gerou aquela mercadoria, levando em consideração as relações de trabalho da companhia que fornece o produto na hora de comprá-lo ou não.

A publicidade tem influência direta sobre o comportamento humano, uma vez disciplinado nos artigos 36 á 38 do código de defesa do consumidor, deve reger-se pelos princípios lá inseridos, dentre eles o da identificação da publicidade, em nome da lealdade e da boa-fé objetiva, tais princípios ao passo que influência no comportamento do consumidor de forma imperceptível, fazendo com que aflore no momento da compra, aquilo que lhe foi armazenado inconscientemente como se espontâneo o fosse.

O artigo, destina-se a demonstrar que o real motivo do presente código de defesa do consumidor é a proteção, embora dispõe sobre a proteção do consumidor previsto na Lei 8.078/1990, define os procedimentos de amparo, proteção, segurança, e garantia no cumprimento ao pleno exercício dos direitos inerentes as relações de consumo, seja, na aquisição de produtos, bens, serviços e propagandas. A falta de conhecimento da parte vulnerável da relação, em alguns casos são prejudicados, mesmo existindo vedações de ordem principiológica que podem, contudo, ser aplicadas de forma a defender a ilicitude da referida prática.

2. CONCEITO DA PUBLICIDADE E SEUS ASPECTOS INICIAIS.

O termo “publicidade” deriva do latim “publicus”, que significa tornar algo público, seja um fato, uma idéia ou uma coisa de forma transparente, estando o consumidor satisfeito com aquela publicidade apresentada, fazendo-se necessário que o consumidor se satisfaça com os fatos, ideias e coisas que estão trazendo por meio daquela publicidade. O Código de Proteção e Defesa do Consumidor não conceitua o termo publicidade, apesar de tratá-lo, de forma específica, na Seção III do Capítulo V. Já a doutrina o faz de forma variada, atribuindo-lhe, no entanto, enfoque conceitual. Desse modo, a doutrinadora Cláudia Lima Marques conceitua a

publicidade como:

(...) Publicidade é toda a informação ou comunicação difundida com o fim direto ou indireto de promover junto aos consumidores a aquisição de um produto ou serviço, qualquer que seja o local ou meio de comunicação utilizado. (pág. 673, ano.2004).

Publicidade que não quer assumir a sua qualidade é atividade que, de uma forma ou de outra, tenta enganar o consumidor. E o engano, a omissão, a ilegalidade é repudiado pelo Código de Defesa do Consumidor. O dispositivo visa a impedir que a publicidade, embora atingindo o consumidor, não seja, por ele percebida como tal. Basta que se mencionem as reportagens, os relatos 'científicos', os informes 'econômicos', verdadeiras comunicações publicitárias transvertidas de informação editorial, objetiva e desinteressada.

Portanto, é necessário não apenas se preocupar com o conteúdo da mensagem publicitária que será veiculada, mas também com a maneira que ela será transmitida e como os consumidores vão reagir. Assim, podemos afirmar que a publicidade é atividade praticada pelos fornecedores, que tem a finalidade de divulgação de um produto ou serviço, de forma que desperte nos consumidores a intenção de adquiri-los, sendo uma informação de caráter econômico e comercial que apresenta o intuito de lucro, pois tem por objetivo a ampliação de venda de produtos ou de serviços. Segundo Rizzato Nunes (pág 422, 204):

(...) A publicidade tem como o valor ético fundamental a verdade, o anúncio publicitário não pode faltar com a verdade daquilo que anuncia de forma alguma, que seja por afirmação, quer por omissão. Nem mesmo manipulando frases, sons e imagens para, de maneira confusa ou ambígua, iludir o destinatário do anúncio.

Essa publicidade que Rizzato ao se expressar ela objetiva mostrar ao consumidor aquele produto que o fornecedor pretende vender, fazendo com que seu produto fique em destaque nas mídias, tendo como princípio importantíssimo a orientação, digo, informação clara e de boa-fé, a conduta do publicitário é de extrema importância para seus comércios, empresas e marketing, a utilização desses produtos faz com que os consumidores voltem a compra naquela mesma fonte, por se tratar de um produto e/ou serviço de excelente qualidade. Quanto maior

for à nitidez, a transparência e a clareza suficientemente precisa da informação, maior será a diminuição de danos sofridos de ambas as partes.

No caso da propaganda objetiva mostrar ao consumidor a propagação de uma ideia, por sua vez aponta para a qualidade daquilo que é público ou do que é feito em público. Acontece que os serviços públicos são também em parte dirigidos ao consumidor e a todos os indivíduos, e ao tratar desses serviços a norma constitucional usa o termo publicidade (§1º do art. 37). Podendo ser usados como sinônimos.

3. PRINCIPAIS PRINCÍPIOS NORTEADORES SOBRE A PUBLICIDADE E A DEFESA DO CONSUMIDOR.

Princípio significa o início, fundamento ou essência de algum fenômeno. Também pode ser definido como a causa primária, o momento, o local ou trecho em que algo, uma ação ou um conhecimento tem origem. Sendo que o princípio de algo, seja como origem ou proposição fundamental, pode ser questionado. Outro sentido possível seria o de norma de conduta, seja moral ou legal.

O conceito de princípio está associado, por outro lado, às proposições ou verdades fundamentais por onde se estudam as ciências ou artes, e às normas fundamentais que regem o pensamento e a conduta.

Em busca de soluções justas e constitucionais adequadas para as causas jurídicas, o Supremo Tribunal de Justiça (STJ) tem recorrido a aplicação de importantes princípios, são os princípios que servem de critérios básicos para a exata inteligência e interpretação de todas as normas que compõem o sistema jurídico. São os princípios que nos ajudam a nos manter no caminho certo.

Temos alguns princípios norteadores de extrema importância no CDC, na nossa Carta Magna e no Código Civil, o Princípio da dignidade da pessoa humana, conforme previsto na Constituição Federal em seu artigo 5º inciso 10 diz: São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. Como se observa a Constituição pretende dar guarida absoluta.

Princípio da informação é um meio de comunicação clara e de boa-fé, logo, o

direito de informa não pode transpor os limites estabelecidos nessa norma, não podendo violar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, pois o direito de informar é uma prerrogativa concedida às pessoas, o direito de ser informado nasce sempre, do dever que alguém tem de informar.

A informação segundo Rizzotto Nunes, não pode faltar com a verdade daquilo que informa de maneira alguma, que seja, por afirmação, que por omissão. Nem mesmo manipulando frases, sons e imagens para, de maneira confusa ou ambígua, iludir o destinatário da informação. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado – Art. 30 CDC.

Princípio da transparência determina que toda e qualquer publicidade deva ser clara, e não permite que deixe dúvida no entendimento do consumidor, sendo encontrado no artigo 4º do CDC, trata de ordem ética, sendo adequada ao princípio da transparência, deve ser observado no momento da formação do vínculo contratual, de forma a informar o consumidor sobre os riscos do negócio, para que o consumidor aja conscientemente.

Princípio da proteção visa proteger a parte vulnerável e porque não dizer a parte, mas fraca da relação, dando o direito de pleitear a lesão sofrida por práticas que leva o consumidor a ricos, perdas e constrangimentos, esse princípio consagra a proteção básica aos bens jurídicos, mas relevantes como a incolumidade física, psíquica, econômica.

Princípio da veracidade encontra-se no artigo 37, parágrafo 1º do CDC, determina que toda e qualquer publicidade deve ser verdadeira, não existindo de alguma forma engano.

Todos os princípios inseridos no CDC regem todo o sistema jurídico, dotados de alto grau de abstração e alta carga valorativa, pois havendo conflitos entre princípios um não exclui o outro, apenas afastara sua incidência afim de regular determinado caso concreto, portanto não será anulado.

3.1. IMPORTÂNCIA DA PUBLICIDADE

A publicidade é de extrema importância para uma sociedade, empresas, internautas, quanto maior for a clareza e boa-fé na área da publicidade maior será a diminuição de conflitos no judiciário e na satisfação aos consumidores. A Publicidade é importante para torna às pessoas atualizadas na hora que vai as compras ou até mesmo via rede sociais.

Sua importância reside no fato de que uma empresa que não é conhecida, produtos que não despertam a atenção do consumidor e serviços que não são percebidos como relevantes simplesmente não se destacam no mercado. Por isso, cabe à publicidade mostrar o quão importante sua marca é, o quanto seus produtos são atrativos e como seus serviços podem mudar a vida das pessoas, empresas que não investem em publicidade podem cair no esquecimento, investir em publicidade e em marketing é mais do que obrigatório para a saúde de toda e qualquer empresa, e através de tais investimentos espera-se um retorno igual ou maior do que se foi investido.

São consideradas consumidoras todas as pessoas expostas às práticas comerciais (publicidade, inclusive) e contratuais (art. 29 do CDC). Por isso se faz necessário a publicidade pois ela vincula a oferta e tem como propósito promover e incentivar a aquisição de um produto ou a utilização de um serviço. Faz-se necessário está atento as atividades e direitos dos consumidores, pois a publicidade está presente no nosso dia-a-dia. A oferta é um legítimo instrumento à disposição do fornecedor de otimizar a sua lucratividade, estabelecendo o CDC o conceito no teor do seu artigo 30 ao estabelecer que a oferta é:

ART 30 Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

O poder de influenciar as escolhas de consumo é extremamente que houve por bem proteger o consumidor de forma a obrigar o fornecedor no cumprimento da oferta promovida, sob pena de aplicação do artigo 35 do CDC que possibilita ao consumidor, em caso de descumprimento da oferta, à sua escolha, o cumprimento forçado da obrigação ou, a aceitação de outro produto ou serviço equivalente ou,

optar o consumidor pela rescisão do contrato com devolução das quantias pagas, monetariamente atualizadas, sem prejuízo de perdas e danos.

Art. 35. Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha:

- I - exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade;
- II - aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente;
- III - rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos.

Na maioria das vezes, tanta divulgação parece banal, mas você já se deu conta dá importância que ela pode trazer para a sociedade? Além de expandir informações sobre produtos, ela aumenta a competição interna entre as empresas, para melhorar a qualidade e preço dos mesmos, beneficiando a todos nós. Mas para que haja uma boa venda, além de uma divulgação de ponta, o produto precisa ter qualidade, pois nem a melhor propaganda irá enganar seus consumidores.

Uma boa publicidade aumenta vendas, uma publicidade bem elaborada constrói fabricas, quando uma empresa é consciente do valor da venda a publicidade só ajuda em seu crescimento, fazendo dela um alvo de vendas e isso é fundamental para promover produtos, serviços ou marca de qualquer empresa isso fara a maior diferença na maximização dos lucros. A publicidade tanto é importante para a empresa quanto para os próprios consumidores.

3.2. TIPOS DE PUBLICIDADE ILÍCITA

No CDC vamos encontra a publicidade e a propaganda, sendo que ambas são diferentes, a propaganda visa à propagação de uma mensagem, a difusão de uma ideia, fins ideológicos, já a publicidade é uma espécie desse gênero (propaganda), ela visa fins lucrativos e comerciais, tendo o fornecedor o contato com o mercado de consumo, tendo um objetivo que se traduz por um conjunto de informações levadas ao público, essas informações revela as características, qualidades, vantagens de um determinado produto ou de um serviço. Conhecendo as publicidades que são ilícitas e que nos dá o direito de pleitear caso o consumidor venha a ser lesado por elas aqui citadas. Essas três propagandas tendem a ludibriar e, em alguns casos, até mesmo a desrespeitar o consumido, possuindo três

espécies;

Publicidade enganosa é uma promessa de funcionalidade, mas na verdade o Consumidor ao receber o produto, percebe que as informações era um ruído de informações falsas, ou seja, a postura não condiz com aquilo que se esperava, observemos;

“Para que tais publicidades sejam consideradas abusivas ou enganosas não é necessária a vontade específica dolosa ou que a aproximação entre fornecedor e consumidor tenha sido com o intuito direto de vender, de comerciar, de concluir contratos – basta a atividade. Basta a atividade de publicidade, como o determinação soberana e profissional do fornecedor e sob o risco profissional deste, em caso de falha, erro, ou culpa de terceiro da cadeia organizada ou contratada por ele próprio de fornecedores auxiliares.”(MARQUES, 2006, p.538).

A publicação de Marques é notória, que a publicidade enganosa não é necessário o dolo, mas é toda aquela que por ação ou omissão o consumidor a erro sobre dados essenciais do produto ou serviço.

Dessa forma houve a necessidade que o legislador regulasse essa prática, proibindo certas atitudes, como propósito de que a ética de faça vigente nessa relação entre fornecedor e consumidor. (BARBOSA, 2011, p. 11-13).

Já a publicidade enganosa por omissão ela vincula uma informação que frustra as expectativas do Consumidor quanto a determinado produto ou quanto a determinada realização de um serviços, Vejamos o que diz o artigo 37 do CDC.

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falso, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.”

§ 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

§ 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

O requisito principal para considera uma publicidade como enganosa é que ela leve o individuo ao erro, o fato desta conduta ser considerada um ilícito civil poderia causar a indagação de que seria necessário demonstrar a culpa do fornecedor, no entanto já há uma presunção de que esta existe, uma vez que aquele

mesmo proibido de realizar e efetuou.

Publicidade abusiva ela tem um caráter discriminatório, ela explora a inocência de uma criança ela induz o Consumidor a agir de forma prejudicial a sua saúde ou a sua segurança. Para tal entendimento do autor, quando um titular de uma prerrogativa jurídica, de um direito subjetivo, atua de modo tal que sua conduta contraria a boa-fé, a moral os bons costumes, os fins econômicos e sociais da norma, incorre o ato abusivo.

"Á semelhança do que ocorre com o abuso de direito, a publicidade abusiva aparentemente obedece aos cânones tradicionais da comunicação social, mas, em verdade, é prejudicial aos interesses do consumidor e do meio social em que se insere."(SAAD, 1999,p,353).

Dessa forma, a publicidade abusiva equipara-se ao abuso de direito, visto que se veste de um manto de falsa legitimidade para violar direitos dos consumidores e da sociedade ao extrapolar os limites estabelecidos pela lei.

Ao se sentir lesado ou ofendido por um desses tipos de publicidade, você pode acionar a PROTESTE. Há ainda a alternativa de fazer uma reclamação junto ao Procon, ao Ministério Público do seu estado ou ao Conselho Nacional de Auto-regulamentação Publicitária (Conar). A responsabilidade pelos anúncio segundo Claudia Lima Marques (pág 440 e ano 2004):

(...) A responsabilidade pelo anúncio e o anunciante, a agência de publicidade que o produziu e/ou veiculou e o veículo de divulgação utilizado, quanto ao veículo, é verdade, há outros limites que envolvem sua possibilidade ou não de aferição do dano que o anúncio possa causar.

A responsabilidade pelo anúncio se faz necessário uma boa atenção antes de qualquer anunciado, pois isso pode causar danos ao anunciante e gera desconforto para ambas as partes. O uso da publicidade aplicada de qualquer maneira poderá configura ao fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador responderem independentemente da existência da culpa, pela reparação dos danos causados ao consumidor.

No mais toda atenção e pouca, pois essas responsabilidades objetivas imputadas exclusivamente a esses autores, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos, pois tira do consumidor o ônus de provar a culpa (em sentido amplo) do fornecedor, restando-lhe comprovar o fato, o dano e o nexo de causalidade entre ambos.

3.3. RESPONSABILIDADE CIVIL, ADMINISTRATIVO E PENAL

Em relação aos trâmites relacionados ao direito de reparação do dano causado ao consumidor, os procedimentos a serem realizados poderão ocorrer nas áreas Administrativa e Judicial (Cível e Criminal).

A responsabilidade civil tem como escopo fazer com que indivíduo que foi lesado por um ato danoso volte ao seu status quo ante, assim sendo, surge para aquele que causou o dano à obrigação de indenizar, tornar indene o lesado. No Código Civil de 2002, o instituto da responsabilidade civil tem grande destaque, seu art. 927 aduz que “Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

No referido artigo podemos ver os pressupostos da responsabilidade civil: conduta, ação, omissiva ou comissiva, praticada por um ser humano (e culposa - culpa em lato sensu no caso da responsabilidade subjetiva), nexo de causalidade (a ponte que liga a conduta ao dano) e o dano. No art. 927, caput é possível identificar a responsabilidade subjetiva, pois expõe sobre o ato ilícito. O ato ilícito está definido pelo próprio Código Civil de 2002, em seu art. 186. Pode ser entendida por ato ilícito a violação de uma norma jurídica, de um “dever jurídico de não lesar”.

Ora, a partir do art. 186 pode ser visualizada a culpa, elemento necessário para que se configure a responsabilidade subjetiva. A responsabilidade subjetiva é a regra geral do ordenamento pátrio, enquanto a responsabilidade objetiva é a exceção.

A conclusão é que foi adotada a responsabilidade objetiva como sistema geral da responsabilidade do CDC. Assim, toda indenização derivada da relação de consumo se sujeita ao regime da responsabilidade objetiva, salvo quando o Código expressamente disponha em contrário.

A responsabilidade no Código de Defesa do Consumidor é objetiva, ou seja, independe de culpa, “fundada no dever de segurança do fornecedor”. Essa responsabilidade objetiva se funda também na Teoria do Risco.

Para a Teoria do Risco, aquele que auferir lucro da atividade empresarial deve responder pelos ônus causados essa atividade. Existe ainda a Teoria do Risco

Integral, segundo esta teoria o dever de indenizar está presente mesmo nos casos de excludentes da responsabilidade civil.

Esta teoria não é utilizada, pois há casos de excludentes da responsabilidade civil no CDC, como os presentes no art. 12, §3º e no art. 14, §3º do CDC, Ou seja, admite-se o risco, mas não um risco integral, que justifique a responsabilização mediante a mera relação de causalidade entre o fornecimento, ou a atividade do fornecedor, e o dano havido. Não, assim, uma causalidade pura, senão, antes, uma causalidade que agrega a necessidade de demonstração de um defeito do produto ou serviço. Uma ausência de qualidade, da qualidade devida:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.
Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.
Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

A culpa do réu pelo evento danoso impõe-se o dever de indenizar, por tais razões e por tudo já exposto, com amparo no art. 5º, x da CF. Além disso, é possível solucionar grande parte dos conflitos das relações de consumo pela via administrativa e evitar a utilização desnecessária do Poder Judiciário. Área Administrativa o trâmite se dá com a apresentação pelo consumidor de uma reclamação por escrito aos Órgãos de Proteção e Defesa do Consumidor, conhecido em cada Estado da Federação como PROCON, o qual é um órgão administrativo que oferece aos consumidores a oportunidade de resolver os seus conflitos quando há lesão em seus direitos como consumidores.

Todos os PROCON possuem o seu procedimento quanto ao trâmite das reclamações. Poderá ser ofertada uma denúncia administrativa contra o fornecedor, contra quem foi o responsável pelo dano sofrido ao consumidor. Caso o consumidor não tenha resolvido a questão perante a autoridade administrativa (PROCON), pode levar o caso ao Poder Judiciário, propondo a ação judicial de reparação de danos, ou da ação de responsabilidade civil que esteja de acordo com a sua pretensão em relação ao caso em que ocorreu a lesão a relação de consume.

A prática da publicidade enganosa e abusiva, além de ser proibida e resultar ao causador do dano um ilícito civil no dever de indenizar, pode ainda ensejar a configuração de um ilícito penal resultando ao causador do dano a responsabilidade

penal pelo ato ora praticado. Estando evidenciada a prova da materialidade, os indícios de autoria em relação a prática da publicidade enganosa e abusiva, por alguma afirmação falsa ou enganosa, omitindo informação relevante sobre o produto ou serviço, induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde, será imputado ao causador do dano o respectivo ilícito penal pela conduta praticada.

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor - Lei 8.078/1990 estabelece as penalidades e responsabilidade pelos ilícitos penais que são praticados em decorrência da prática da publicidade enganosa e abusiva nos artigos 66 a 69 aplicando-se os procedimentos estabelecidos no Código de Processo Penal. A aplicação da pena pela prática da publicidade enganosa ou abusiva varia de acordo com a tipicidade penal em razão da prática da atividade ilícita, a saber:

Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços - pena: detenção de três meses a um ano e multa. Incorrerá nas mesmas penas quem patrocinar a oferta.

Área Judicial (Criminal). Na área criminal deverá estar caracterizado a prova da materialidade, os indícios de autoria, e o nexo causal, em relação ao causador do dano.

4. OBRIGATORIEDADE DA INFORMAÇÃO

A publicidade tem influência direta sobre o comportamento humano, uma vez disciplinado nos artigos 36 a 38 do Código de Defesa do Consumidor, deve reger-se pelos princípios lá inseridos, dentre eles o da identificação da publicidade, em nome da lealdade e da boa-fé objetiva, tais princípios ao passo que influência no comportamento do consumidor de forma imperceptível, fazendo com que aflore no momento da compra, aquilo que lhe foi armazenado inconscientemente como se espontâneo o fosse.

A pesquisa destina-se a demonstrar que, o presente Código de Defesa do Consumidor embora dispõe sobre a proteção do consumidor previsto na Lei 8.078/1990, define os procedimentos de amparo, proteção, segurança, e garantia no

cumprimento ao pleno exercício dos direitos inerentes as relações de consumo seja na aquisição de produtos, bens e serviços, a falta de conhecimentos da parte vulnerável da relação é prejudicada, mesmo existindo vedações de ordem princípio lógica que podem, contudo, ser aplicadas de forma a defender a ilicitude da referida prática.

O direito à informação, não há que se falar em Estado Democrático de Direito sem o direito à liberdade como alicerce. Daí a importância da informação, vez que ela é uma necessidade precípua sem a qual não há liberdade, igualdade, educação, exercício de cidadania e tampouco democracia.

Portanto, o direito a informação se enquadra no exercício da cidadania vez que o cidadão não terá meios para cobrar do Estado seus direitos sem o devido conhecimento dos mesmos.

Assim, vejamos no art. 5º da Constituição Federal 1988:

IV É livre a manifestação de pensamento, sendo vedado o anonimato”;
IX É livre a expressão de atividade intelectual, artística científica e de comunicação, independentemente de censura e licença”.
XIV: “É assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”.

Ressalta-se, a lei 8.078/90 que institui o Código de Defesa do Consumidor por conjunto de normas que apontam a proteção aos direitos do consumidor, bem como disciplinar as relações e as responsabilidades entre fornecedor e consumidor não lhe poderia faltar referências ao direito a informação, dispõe o art. 6º da Lei 8.078/1990:

Art 6º: São direitos básicos do consumidor:

III- A informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem.

Art. 36: A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.

Art. 37: é proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

Parágrafo 2º: É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

Diante disso, o inciso III assegura o direito básico à informação e ao princípio

da transparência constituindo parâmetro claro e suficiente para obrigar a informação adequada ao consumidor em suas relações de consumo tanto com o Estado como nas relações entre particulares.

O Código do Consumidor, além de abranger os direitos básicos, o seu artigo 4º trata dos princípios referente a relação de consumo, isto é, a informação, vejamos:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995) (...)
IV – educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;(...)

Contudo, é notório o direito do consumidor ser informado sobre todos os requisitos da relação contratual tendo em vista a busca do equilíbrio material nas relações de consumo. Dessa forma, o acesso à informação, em especial, é indeclinável, para que o consumidor possa exercer dignamente o seu direito de escolha, não sendo lesado pela sua condição de vulnerabilidade.

4.1. PROBLEMÁTICA NA ÁREA DA PUBLICIDADE

O Grande Problema da sociedade, na maior parte dos seres humanos está relacionado a falta de conhecimento dos seus direitos e isso causa dores de cabeça, perdas e frustrações, por um desequilíbrio da parte vulnerável das relações de Consumo, sendo o Consumo parte fundamental do cotidiano humano independente da origem ou classe social, todos nós somos forçados eventualmente a consumir bens ou serviços em nossa trajetória de vida, sendo a relação de consumo composta, sempre, pelos mesmos sujeitos: o fornecedor de produtos e/ou serviços e o consumidor.

Portanto, o CDC veio trazer equilíbrio entre as partes e isso foi um grande avanço na nossa sociedade, porém ainda existe em nosso meio obscuridades na relação entre as partes em relação a publicidade, existindo um desequilíbrio nas compras de produtos e/ou serviços na área da publicidade.

O artigo 4º, I, do CDC, estabelece, dentre os princípios informadores da Política Nacional das Relações de Consumo o reconhecimento da vulnerabilidade do Consumidor no mercado de consumo, estando associada à identificação de fraqueza ou debilidade de um dos sujeitos da relação jurídica de consumo (o consumidor) em razão de determinadas condições ou qualidades que lhes são inerentes ou, ainda, de uma posição de força que pode ser identificada no outro sujeito da relação jurídica, que direcionam para uma aplicação restrita ou ampliada das normas consumeristas ao destinatário final da relação de consumo.

Portanto a vulnerabilidade do consumidor constitui presunção absoluta no CDC, que informa se suas normas devem ser aplicadas e como devem ser aplicados na relação jurídica desequilibrada, existente entre o consumidor e o fornecedor de produto e/ou serviços, não se confundindo vulnerabilidade com hipossuficiência.

O próprio CDC nós traz essa resposta, a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal, sendo vedada a publicidade enganosa ou abusiva, conforme previsto em sua redação do Artigo 37, sendo assim, é enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falso ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços, é abusiva, dentre outras, a Publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança.

Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado – Art. 30 CDC.

Quais as partes que mais sofrem por não terem conhecimentos de seus direitos? Certamente a classe que não busca o conhecimento dos seus direitos, isso lhe causa frustrações e danos em muitos casos.

4.2. RESOLUÇÕES DE CONFLITOS ENTRE AS PARTES

O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (CDC) é um conjunto de leis e normas que protegem e garantem os direitos do consumidor, trazendo equilíbrio entre as partes numa relação contratual ou em qualquer outra específica em lei, elaborada através de análises dos artigos jurídico para melhor debate e compreensão, buscando a luz do código esclarecer a parte hipossuficiente numa relação uma forma de melhor ser ajudado no momento de uma avença.

A importância de realizar o atendimento das necessidades dos consumidores, destaca-se a seriedade a sua dignidade, saúde e segurança, bem como a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, transparência e harmonia nas relações entre eles e seus fornecedores de produtos ou serviços, pode-se enumerar alguns princípios básicos norteadores dessa relação consumerista.

O reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor e a necessidade de reequilibrar a relação de consumo, reforçando a posição do consumidor e proibindo ou limitando certas práticas de mercado. Portanto, pode se dizer que o consumidor é hipossuficiente, pois individualmente, não está em condições de fazer valer as suas exigências, pois há uma desproporção muito grande entre a empresa e o consumidor normal, o que impõe dificuldades para este fazer valer o seu direito (SOUZA,2003).

Já o segundo princípio diz respeito a questão da ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor, seja por iniciativa direta, incentivo a criação e desenvolvimento de associações, presença do Estado no mercado de consumo ou garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho, que por sinal fazer parte dos direitos básicos do consumidor.

O princípio da garantia de adequação emana a necessidade da adequação dos produtos e serviços ao binômio qualidade/segurança, atendendo completamente

aos objetivos da Polícia Nacional das Relações de Consumo, elencado no caput do art. 4º, consistente no atendimento dos eventuais problemas dos consumidores, no que diz respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos e a melhoria da sua qualidade de vida.

O princípio da boa-fé. Nos dizeres de Silvio Rodrigues (2002, p. 60): “um conceito ético, moldado nas ideias de proceder com correção, com dignidade, pautando sua atitude pelos princípios da honestidade, da boa intenção e no propósito de a ninguém prejudicar.”

É através deste princípio nuclear que não apenas os polos atuantes da relação de consumo, devem se localizar no momento do ato de consumo, mas até a própria legislação consumerista sofre reflexos dele, como por exemplo, “o princípio da transparência (art 4º, caput) que não deixa de ser um reflexo da boa-fé exigida aos agentes contratuais.” (MARQUES, 2002, p. 671).

A transparência e a boa-fé estão unidas ao princípio da vulnerabilidade, isto é, o consumidor carece da boa-fé do produtor ao descrever um produto uma vez que os conhecimentos técnicos a respeito de produtos são limitados assim deve prevalecer a transparência e da boa-fé dada uma relação em que as partes são desiguais.

O princípio da boa-fé objetiva mostra que o fornecedor tem por obrigação ceder todas as informações do produto ao serviço. Do mesmo modo, temos a ligação com o princípio da transparência que garante ao consumidor conhecimento do bem ou serviço que deve ser adquirido.

O princípio do acesso à justiça não está nos incisos do art. 4º do CDC, mas ele se reveste de suma importância, a partir do momento em que o legislador do diploma consumerista, teve como uma de suas grandes preocupações a busca pela criação de novos mecanismos, que pudessem facilitar ainda mais o acesso dos cidadãos a justiça, como um meio de defesa de seus direitos, dia se observarão consubstanciados em vários artigos do código alguns desses caminhos.

Dessa forma, é imprescindível a aplicação dos princípios a relações de consumo pelo motivo do qual eles trazem a essas relações transparência, boa-fé, lealdade, tornando o consumidor protegido quanto a sua condição de vulnerabilidade.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esse estudo confirmou a relação que o consumidor tem com a publicidade, que tais atitudes são leigas entre produtos e serviços apresentados. A publicidade tem um papel importante com os fatores de qualidade e preço do produto ou serviço, influencia o consumidor na decisão de compra.

A publicidade tem influência direta sobre o comportamento humano, uma vez disciplinado nos artigos 36 a 38 do Código de Defesa do Consumidor (CDC), deve reger-se pelos princípios lá inseridos, dentre eles o da identificação da publicidade, em nome da lealdade e da boa-fé objetiva, tais princípios ao passo que influência no comportamento do consumidor de forma imperceptível, fazendo com que aflore no momento da compra, aquilo que lhe foi armazenado inconscientemente como se espontâneo o fosse.

A pesquisa destina-se a demonstrar que, o presente Código de Defesa do Consumidor (CDC) embora dispõe sobre a proteção do consumidor previsto na Lei 8.078/1990, define os procedimentos de amparo, proteção, segurança, e garantia no cumprimento ao pleno exercício dos direitos inerentes as relações de consumo seja na aquisição de produtos, bens e serviços, a falta de conhecimentos da parte vulnerável da relação é prejudicada, mesmo existindo vedações de ordem principio lógica que podem, contudo, ser aplicadas de forma a defender a ilicitude da referida prática.

O referido dispositivo legal protege o consumidor de qualquer informação ou comunicação de caráter publicitário capaz de induzi-lo a erro quanto ao produto ou serviço ofertado. A publicidade que infringe essa disposição legal contraria os interesses de toda a coletividade e pode causar prejuízos a um número incalculável de consumidores. A publicidade abusiva não se confunde com a publicidade enganosa. Na primeira não há, necessariamente, uma inverdade e nem sempre o consumidor é induzido ao cometimento de erro. Ela pode até ser verdadeira, mas seu conteúdo afronta a moral, a ética e os bons costumes.

Vale ressaltar, a educação é fundamental para toda sociedade, sobretudo, quando se trata de educação do consumidor, devendo reunir métodos para o cidadão sobre o consumo e suas consequências, analisando que o consumidor

adquiriu uma espécie de valor social, assumindo dimensões alarmantes que envolve a sociedade.

Com a alta do consumo, assinala-se a cidadania mais consumista, constituindo um insulto aos direitos fundamentais do cidadão, ficando fragilizado a dignidade e a integridade. O cidadão fica debilitado a consumir mais, diante de tantas publicidade e propagandas que pode induzir a comprar, tornando-se capaz de qualquer coisa para poder consumir, exemplos: contrai empréstimos e dívidas, comprometendo muitas vezes, a subsistência da própria família. A importância do Código de Defesa do Consumidor (CDC) não questionado, mesmo o consumidor sendo assegurado por várias prerrogativas existente no Código de Defesa do Consumidor, podendo ser ressarcido de prejuízos financeiros e até mesmo morais. Entretanto, para se fazer uso das demais normas protetivas que o consumidor é assegurado, o cidadão precisa conhecê-lo, saber quais direitos é assegurado para o consumidor, isto é, conhecer seus deveres e quais consequências que advêm do desrespeito ao consumidor.

O cidadão também precisa conhecer quais seus deveres de consumidor e cidadão. Seria necessário o desenvolvimento de projetos e de práticas voltadas a orientação e informação aos cidadãos quanto ao tipo de produtos que consomem, até a forma de produção. Conhecendo determinada produção, por exemplo, polui, deteriora ou causa qualquer outra agressão ao meio ambiente, o cidadão pode deixar de consumi-lo, forçando o fabricante a modificar o modo de produção.

Do mesmo modo, o cidadão precisa estar ciente da produção e do acúmulo de lixo que decorre do consumo exagerado, principalmente das embalagens descartáveis, com uma certa frequência é observado montanhas de lixos acumulados nas calçadas das grandes cidade ou em depósitos a céu aberto. Assim, é um grande desrespeito ao Código de Defesa do Consumidor (CDC), que tutela vários direitos, sempre visando a proteção da dignidade, saúde e segurança do consumidor, o cidadão precisa ter mais conhecimento e ter a noção de compreender o alcance dessa norma protetiva.

O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (CDC) é um conjunto de leis e normas que protegem e garantem os direitos do consumidor, trazendo equilíbrio entre as partes numa relação contratual ou em qualquer outra específica em lei,

elaborada através de análises dos artigos jurídico para melhor debate e compreensão, buscando a luz do código esclarecer a parte hipossuficiente numa relação uma forma de melhor ser ajudado no momento de uma avença, diante disso vamos se utilizar de métodos para elaboração e recolhimento dos materiais necessários, que foram através de livros, artigos jurídicos, leitura na internet especializada em relação de consumo, jornais e reportagens .

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1993.

BARBOSA, Giovanna Maceno. Publicidade enganosa e abusiva. Disponível em: <<http://tcconline.utp.br/wp-content/uploads/2012/05/PUBLICIDADE-ENGANOSA-E-ABUSIVA.pdf>> Acesso em: 27 nov. 2019.

BENJAMIN, Antônio Herman V. **O Controle Jurídico da Publicidade**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, no. 9, janeiro/março 1994.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Tribunal de Justiça do RS. Ação Civil Pública. Nº 598498970. Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do RS, Porto Alegre, Relator: Wellington Pacheco Barros, Julgado em 17/02/1999. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em: 15/10/2019.

CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. **A disciplina civil da publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/doutrina/propacdc.html>> Acesso em: 06 set. 2019.

CASADO, Márcio Mello. **Princípios gerais da publicidade na Constituição Federal e no Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: (http://www.cartamaior.com.br/exibe_artigo.asp?cd_artigo=6) Acesso em: 06 set. 2019.

CENEVIVA, Walter. **Publicidade e direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

CHAISE, Valéria Falcão. **A publicidade em face do código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2001.

Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária. Disponível em:

<<http://www.janela.com.br/textos/Auto-Regulamentacao.html>>. Acesso em: 03 Nov. 2019.

Código de Defesa do Consumidor. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em 26 Nov. 2019.

COELHO, Claudia Schroeder. **Publicidade enganosa e abusiva frente ao código de defesa do consumidor**. Disponível em:
<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2581>>. Acesso em 25 set. 2019.

COELHO, Fabio Ulhoa. **O empresário e os direitos do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1991.

Curso de direito do consumidor: com exercícios / Rizzatto Nunes. -- Imprensa: São Paulo, Saraiva, pg.422, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **A publicidade no direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARQUES, Claudia Lima, BENJAMIN, Antônio Herman, MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais**. 4a. ed. São Paulo: RT, 2002.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; SERRANO, Yolanda Alves Pinto. **Código de Defesa do Consumidor Interpretado**, São Paulo, Saraiva, 2003.

SAAD, Eduardo Gabriel. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4ª Ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 1999.

CONAR: **Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária**. Disponível em: 16<<http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 16 out. 2019.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2005.

OLIVEIRA, James Eduardo. **Código de defesa do consumidor anotado e comentado**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

PASQUALOTTO, Adalberto. Os **efeitos obrigacionais da publicidade no código de defesa do consumidor**. São Paulo: RT, 1997. Volume 10.

SANT'ANNA, Armando. **Propaganda: teoria, técnica e prática**. 7. Ed. São Paulo: Pioneira, 1998.

SANTOS, Davi Severino dos. **A regulação jurídica da publicidade na sociedade de consumo**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4004>> . Acesso em 20 set. 2019.

SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. **Código de defesa do consumidor anotado**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

PODER DE POLÍCIA NA ABORDAGEM POLICIAL: aspectos jurídicos e limitações à discricionariedade

Dioclécio da Costa Souza
Arnaldo Sobrinho de Morais Neto

RESUMO: Este artigo teve por objetivo analisar as limitações à discricionariedade do poder de polícia na abordagem policial. Por meio da revisão bibliográfica nas áreas de Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Penal e Direito Processual Penal, verificou-se que a abordagem policial deve estar adstrita às normas específicas que tratam do assunto, presentes na Carta Maior de 1988 e nas leis infraconstitucionais, bem como observar os princípios consagrados na lei e na doutrina, quais sejam; legalidade, supremacia do interesse público, moralidade, proporcionalidade, impessoalidade, dentre outros. Sendo assim, cabe aos agentes públicos pautarem suas ações dentro dos ditames legais, mesmo que parte de seus atos sejam de cunho discricionário. Portanto, o ato de abordar deve estar embasado numa motivação legal, ou seja, em uma fundada suspeita. Essa motivação deve ser explicitada para o abordado assim que for possível, a fim de fazê-lo compreender a ação da polícia. Verificou-se que tal procedimento encontra amparo no ordenamento jurídico nacional em vigor, sendo este de fundamental importância para a execução da prestação de serviço na área de segurança pública. Em conclusão, quando se realiza uma abordagem policial, almeja-se o bem da coletividade em detrimento da intimidade daquele indivíduo que está sendo abordado, no entanto, ressalta-se a excepcionalidade com que a abordagem deve ser efetuada.

Palavras-Chave: Poder De Polícia. Discricionariedade. Abordagem Policial. Limitações.

ABSTRACT: The purpose of this article was to analyze the discretion of police power in the police approach. Through the bibliographic review in the areas of Constitutional Law, Administrative Law, Criminal Law and Criminal Procedural Law, it can be affirmed that the police approach must be based on the specific norms that deal with the subject, present in the Major Charter and the infraconstitutional laws, as well as to the principles enshrined in law and doctrine, whatsoever; legality, supremacy of the public interest, morality, impersonality, among others. Therefore, it is up to the public agents to guide their actions within the dictates of the law even if part of their acts is of a discretionary nature. It should not be an arbitrary act. This motivation should be explained to the approach as soon as possible in order to make it understand the police action. It is also clarified that such procedure is supported by the national legal system in force, and that it is of fundamental importance in the police action for the execution of the provision of service in the area of public security.

Keywords: Police Power. Discretionary. Police approach. Limitations.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo teve por objetivo analisar a discricionariedade do poder de polícia no que diz respeito à prática da abordagem policial, de forma a explicitar a legitimidade que possuem essas autoridades para atuarem de tal maneira, bem como compreender a liberdade de atuação e suas limitações no que tange a discricionariedade que estes agentes possuem.

O tema mostra-se interessante e oportuno, tendo em vista tratar-se de uma questão atinente à segurança pública, bem como, em contrapartida, por focar uma questão que necessita de redobrada atenção, por existirem direitos individuais envolvidos, os quais devem ser respeitados e assegurados.

O assunto ora abordado é relevante por tratar de um assunto de interesse social, o qual, inclusive, é alvo de controvérsias, por apresentar pontos positivos e negativos de forma bastante tênue, razão pela qual merece maior atenção no meio jurídico para que se possam apresentar possíveis formas de aperfeiçoamento do trabalho policial nesse sentido. Sustenta-se, pois, que uma maior liberdade de atuação redundaria, nessa tangente, em um maior cuidado e fiscalização para reprimir a prática de atos excessivos e abusivos por parte dessas autoridades.

A questão norteadora que constitui a problemática a ser respondida neste estudo é a seguinte: a ampliação da discricionariedade dos agentes e autoridades policiais em seu campo de atuação, mais especificamente, quando da realização de abordagens, tornaria o trabalho dessas autoridades mais eficaz, acarretando melhorias na segurança pública?

Para que seja possível a discussão do referido tema, se faz necessária a análise detalhada da discricionariedade da qual dispõem as autoridades policiais, bem como, os limites impostos a esta discricionariedade, a averiguação dos casos em que se deve realizar a abordagem, de que maneira se deve proceder com a mesma, de forma a agir somente conforme seja necessário e, para uma melhor discussão, a análise dos princípios e conceitos conexos ao tema.

Tal estudo possui natureza bibliográfica, o qual foi desenvolvido com base em material já elaborado, constituído principalmente de livros, artigos científicos, teses, dissertações e monografias. Adotou-se como método de abordagem o dedutivo,

partindo-se de uma premissa maior, passando para uma menor, chegando-se ao fim a uma conclusão particular.

2 PODER DE POLÍCIA: ASPECTOS CONCEITUAIS

Sob uma ótica moderna, o poder de polícia é a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público (DI PIETRO, 2017). Vale salientar que essa mudança surgiu concomitante ao progresso jurídico do Direito Público, fazendo emergir o conceito do Estado de Direito, caracterizado pela diferenciação e separação as atividades funcionais do Estado e a submissão do poder de polícia aos limites da lei (MOREIRA NETO, 2014).

O referido interesse público envolve diversas áreas, como segurança, propriedade, educação, saúde, dentre outras. Nessa tangente, a razão do poder de polícia encontra-se assentada no interesse social, tendo como fundamento o princípio da predominância do interesse público sobre o particular. Portanto, a intervenção do Estado no conteúdo dos direitos individuais somente justifica ante a finalidade que deve sempre nortear a ação dos administradores públicos, qual seja, o interesse da coletividade (CARVALHO FILHO, 2017).

Observando que não há direitos absolutos, o exercício de direitos pelos cidadãos não é ilimitado e deve ser compatível com o bem-estar e o interesse da própria coletividade. Desse modo, o poder de polícia impõe certas limitações ou deveres aos administrados de forma a garantir que o interesse coletivo seja preservado.

De acordo com Alexandrino e Paulo (2016), o poder de polícia é inerente à atividade administrativa. A administração pública exerce poder de polícia sobre todas as condutas ou situações particulares que possam, direta ou indiretamente, afetar os interesses da coletividade. Sob esse prisma, cabe ao Estado garantir os direitos individuais e coletivos aos cidadãos e ao mesmo tempo dispor do poder de polícia.

O poder de polícia pode ser compreendido como instrumento da autoridade estatal, respaldado no interesse público e nas disposições legais que se enquadrem ao caso em concreto, servindo para mediação de conflitos, para a prevenção e

repressão dos ilícitos, e de modo geral e amplo para assegurar a tranquilidade e a segurança pública, contra quaisquer ameaças à ordem pública (CRETELLA JÚNIOR, 2006).

Consoante Carvalho Filho (2017), o poder de polícia o modo de atuar da autoridade administrativa consistente em interferir no exercício das atividades individuais suscetíveis de afetar interesses gerais, tendo por objeto evitar que se produzam danos sociais. Este autor assinala ainda que o Poder de Polícia reparte-se entre o Legislativo e Executivo, com base no princípio da legalidade, que impede que a Administração imponha obrigações ou proibições sem lei que as preveja, trata-se, portanto, de limites de atuação. Portanto, o poder de polícia é desempenhado por variados órgãos e entidades da Administração – e não por alguma unidade administrativa específica –, em todos os níveis da Federação.

Em consonância, Moreira Neto (2014) trata o poder de polícia como um conjunto de atividades do Estado limitativas e condicionantes das liberdades individuais, estabelecendo, porém, uma distinção entre o poder de polícia como atividade do Estado enquanto legislador, uma vez que apenas por força de lei é admitido limitar e condicionar liberdades e direitos, sendo, por sua vez, a função de polícia, a atividade estatal de aplicação da lei, na qualidade de administrador.

De modo sucinto, aduz-se que “poder de polícia é a faculdade discricionária do Estado de limitar a liberdade individual ou coletiva, em prol do interesse público” (CRETELLA JÚNIOR, 2006, p. 49). Vale frisar que o Poder de Polícia constitui, de fato, uma limitação à liberdade individual, entretanto, o mesmo tem por fim assegurar a própria liberdade e o pleno exercício dos direitos fundamentais.

Constitucionalmente, poder de polícia é citado no art. 145, II da Constituição Federal de 1988. Por sua vez, encontra-se o conceito legal de poder de polícia no artigo 78 do Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172/1966), seguem os respectivos dispositivos:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição (BRASIL, 1988);

Art. 78. Considera-se poder de polícia a atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos (BRASIL, 1966).

Parágrafo único: Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder (BRASIL, 1966).

A administração pública detém prerrogativas para o desempenho de suas atividades, ao passo que sujeita o ato administrativo aos limites impostos pelo ordenamento jurídico, para a garantia dos direitos dos cidadãos, colocando em lados opostos a autoridade da Administração e a liberdade individual, como leciona Di Pietro (2017). Em complemento, a referida autora pontua que a Administração “tem por incumbência condicionar o exercício daqueles direitos ao bem-estar coletivo, e ela o faz usando de seu poder de polícia” (DI PIETRO, 2017, p. 101).

A respeito da conceituação de poder de polícia, registra-se a lição de Bandeira de Mello (2016), onde, para tal doutrinador, trata-se da atividade da Administração Pública expressa em atos normativos ou concretos, que condicionam, com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo.

Bandeira de Mello (2016) sustenta que o poder de polícia tem por baliza a supremacia geral exercida pela Administração Pública sobre todos os particulares, de forma ampla, não se baseando em relações específicas mantidas com alguns, ocasião em que se verifica a supremacia especial.

Ao final desta seção, é possível sintetizar o conceito de poder de polícia sob os seguintes aspectos: consiste na limitação administrativa à liberdade ou à propriedade de terceiros; ser passível de ser exercida mediante a edição de normas legais ou mediante atos regulamentares ou administrativos, fundados em lei, de caráter preventivo ou repressivo; decorre da sujeição geral exercida pela Administração Pública, na esfera de suas competências, sobre os demais entes

públicos ou privados; e ter por fundamento primordial a supremacia do interesse público (BRANDÃO, 2012).

2.1 CARACTERÍSTICAS DO PODER DE POLÍCIA

O Poder de Polícia tem atributos específicos ao seu exercício, quais sejam: discricionariedade, autoexecutoriedade e coercibilidade, além do fato de corresponder a uma atividade negativa. Existem controvérsias quanto à caracterização do poder de polícia, se este seria vinculado ou discricionário.

Sob a ótica de Di Pietro (2017), quanto à discricionariedade, embora esteja presente na maior parte das medidas de polícia, nem sempre isso ocorre. Visto que por vezes, a lei deixa certa margem de liberdade de apreciação quanto a determinados elementos, como o motivo ou o objeto, mesmo porque ao legislador não é dado prever todas as hipóteses possíveis a exigir a atuação de polícia.

Por outro lado, em certos casos, a Lei já estabelece que, diante de determinados requisitos, a Administração terá que adotar solução previamente estabelecida, sem qualquer possibilidade de opção, onde o poder será vinculado. O exemplo do ato de polícia vinculado é o da concessão de licença.

Para o exercício de atividades ou para a prática de atos sujeitos ao poder de polícia do Estado, a lei exige alvará de licença ou de autorização. No primeiro caso, o ato é vinculado, porque a lei prevê os requisitos diante dos quais a Administração é obrigada a conceder o alvará. No segundo caso, o ato é discricionário, porque a lei consente que a Administração aprecie a situação concreta e decida se deve ou não conceder a autorização. Diante do exposto, pode-se dizer que o poder de polícia tanto pode ser discricionário (e assim é na maior parte dos casos), como vinculado, conforme ensina Mazza (2014).

Resta claro que embora a discricionariedade esteja presente na maior parte das medidas de polícia, nada impede que a lei, relativa a determinados atos ou fatos, estabeleça total vinculação da atuação administrativa a seus preceitos, como nos casos de concessão de licença para construir em terreno próprio.

De forma genérica, a discricionariedade é o poder que a polícia administrativa tem de escolher, dentro dos limites legais, por critérios de

conveniência e oportunidade, o ato a ser praticado (MEIRELLES, 2016). Ou seja, a administração pode estabelecer o motivo e escolher o conteúdo, dentro dos limites fixados pela lei. Em seu turno, a autoexecutoriedade significa que a Administração pode, por si, sem remeter-se ao judiciário, colocar em execução as suas decisões (CARVALHO FILHO, 2017). Trata-se, pois, da possibilidade de determinados atos administrativos ensejarem imediata e direta execução pela própria administração, independentemente de ordem judicial.

A coercibilidade é indissociável da auto-executoriedade. O ato de polícia só é auto-executável porque é dotado de força coercitiva. A auto-executoriedade não se distingue da coercibilidade, definida por Meirelles (2016, p. 134) como “a imposição coativa das medidas adotadas pela administração”.

A coercibilidade é atributo pelo qual a Administração impõe ao administrado as medidas adotadas, sem necessidade de autorização judicial, podendo até mesmo utilizar-se de força. Porém, esta coercibilidade poderá ser discutida em via judicial, caso o administrado alegue ilegalidade, desvio ou excesso de poder, casos nos quais poderá ensejar a nulidade do ato ou o dever de a Administração reparar ou indenizar pelos atos sofridos pelo particular.

Cumprе mencionar que a *imperatividade é atributo que confere ao ato coercibilidade, ou seja*, a imposição coativa das medidas adotadas pela Administração constitui também atributo do poder de polícia. Todo ato de polícia é imperativo (obrigatório para o seu destinatário), admitindo até o emprego da força pública para o seu cumprimento, quando resistido pelo administrado (MEIRELLES, 2016).

Um último atributo apontado para caracterizar o poder polícia é o fato de ser uma atividade negativa. Como ensina Bandeira Mello (2016), o poder de polícia é atividade negativa no sentido de que sempre impõe uma abstenção ao particular. Na atividade de polícia, a administração impede a prática, pelos particulares, de determinados atos contrários ao interesse público, impondo limites à conduta individual.

2.2 LIMITAÇÕES AO PODER DE POLÍCIA

O exercício do poder de polícia não é pleno, considerando que antes mesmo de aplicar qualquer penalidade, a Administração deve observar o princípio da legalidade, agindo apenas quando respaldada em Lei, conforme estabelece o art. 37, da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) também assentou entendimento de que a discricionariedade que caracteriza o poder de polícia da Administração deve estar contida nos limites estabelecidos em lei, devendo a autoridade observar atentamente essas limitações, sob pena de incidir em arbitrariedade, por abuso ou desvio de poder. Segue a referida decisão:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. COQUETEL E BEBIDA MISTAALCOÓLICA DE VINHO. FABRICAÇÃO. FIXAÇÃO DE NOVOS PADRÕES DE IDENTIDADE E QUALIDADE. PODER DE POLÍCIA. REGISTRO. VALIDADE. PEDIDO DE ASSISTÊNCIA. INTERESSE JURÍDICO NÃO-DEMONSTRADO. 1. [...]. 2. **A discricionariedade que caracteriza o poder de polícia da Administração deve estar contida nos limites estabelecidos na lei, devendo a autoridade observar atentamente essas limitações, sob pena de incidir em arbitrariedade, por abuso ou desvio de poder.** [...] (STJ - MS: 10597 DF 2005/0067142-5, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Julgamento: 27/06/2007, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJ 22/10/2007 p. 184, grifo nosso).

Conforme afirma Cretella Júnior (2006), que a faculdade repressiva não é ilimitada, estando sujeita a limites jurídicos: direitos do cidadão, prerrogativas individuais e liberdades públicas asseguradas na Constituição Federal de 1988 e nas leis infraconstitucionais. É por essa razão que não se deve confundir discricionariedade com arbitrariedade.

Bandeira de Mello (2016) afirma que ao agir discricionariamente o agente estará, quando a Lei lhe outorgar tal faculdade (que é simultaneamente um dever), cumprindo a determinação normativa de ajuizar sobre o melhor meio de dar satisfação ao interesse público por força da indeterminação quanto ao comportamento adequado à satisfação do interesse público no caso concreto. Diferente, pois, de agir com arbitrariedade que significaria o mesmo que agir sem respaldo da lei. Dessa forma, todos os atos administrativos precisam e devem estar cobertos pela legalidade.

O mesmo autor segue afirmando que não basta que a lei possibilite a ação coercitiva da autoridade para justificação do ato de polícia. É necessário, ainda, que

se objetivem condições materiais que solicitem ou recomendem a sua inovação. Nesse diapasão, a coexistência da liberdade individual e do poder de polícia repousa na conciliação entre a necessidade de respeitar essa liberdade e a de assegurar a ordem social (CRETELLA JÚNIOR, 2006).

A doutrina pátria há tempos reconhece a existência de limites ao exercício do poder de polícia. Nesse sentido, Di Pietro (2017) já tratava da importância de observar à proporcionalidade dos meios aos fins, estabelecendo como regras a serem observadas pela polícia administrativa, com o fim de não eliminar direitos individuais, a necessidade, a proporcionalidade e a eficácia.

Carvalho (2016) assevera a necessidade de observância à proporcionalidade e à necessidade no exercício do poder de polícia, com a finalidade de preservar os direitos individuais dos administrados. Desse modo, a autora assenta que a principal limitação ao poder de polícia é a necessidade de o mesmo ser utilizado na exata proporção em que a proteção do interesse social assim o justifica.

Nesses moldes, Bandeira de Mello (2016) reconhece a necessidade de proporcionalidade no exercício do poder de polícia pela Administração Pública, afirmando que no caso da utilização de meios coativos, os quais interferem na liberdade individual, é preciso que a Administração se comporte com extrema cautela, nunca se servindo de meios mais enérgicos que os necessários à obtenção do resultado pretendido pela lei, sob pena de vício jurídico que acarretará responsabilidade da Administração. O mesmo doutrinador considera que:

A via da coação só é aberta para o Poder Público quando não há outro meio eficaz para obter o cumprimento da pretensão jurídica e só se legitima na medida em que é não só compatível como proporcional ao resultado pretendido e tutelado pela ordem normativa. Toda coação que exceda ao estritamente necessário à obtenção do efeito jurídico lícitamente desejado pelo Poder Público é injurídica (MELLO, 2016, p. 123).

Brandão (2012) frisa que a preocupação em relação aos limites estabelecidos para o exercício do poder de polícia se justifica em função de que tal poder implica, necessariamente, em limitações à iniciativa privada, influenciando o exercício dos direitos individuais dos cidadãos. Nesta senda,

Como todo ato administrativo, a medida de polícia, ainda que seja discricionária, sempre esbarra em algumas limitações impostas pela eii, quanto à competência e à forma, aos fins e mesmo com relação aos motivos ou ao objeto; quanto aos dois últimos, ainda eu a Administração disponha de certa dose de discricionariedade, esta deve ser exercida nos limites traçados pela Lei (DI PIETRO, 2017, p. 152).

Sob essa ótica, faz-se relevante registrar a lição de Justen Filho (2016), que também destaca a necessidade de que o poder de polícia seja norteado pelo princípio da proporcionalidade, assentando ainda que devem ser observados os requisitos da adequação, da necessidade e da compatibilidade com os valores consagrados na Constituição Federal de 1988 e nas leis que dão identidade ao direito ou interesse sujeito à limitação perpetrada pelo Poder Público.

Marinela (2017) assevera que os limites que cercam o exercício do poder de polícia estão interligados a vertente mais legalista na qual a Administração Pública deve seguir a lei, mesmo em presença de atos discricionários. Entretanto, existe, por outro lado, uma vertente mais humanista que tem por conteúdo a matéria a qual motivou tal restrição dos direitos, essa, por sua vez, possui um olhar muito mais voltado para os direitos fundamentais do cidadão, garantidos pela Constituição Federal de 1988, conforme complementa Marinela (2017).

3 PODER DE POLÍCIA NA ABORDAGEM POLICIAL

As abordagens policiais são instrumentos respaldados no poder de polícia, e utilizados preventiva e repressivamente pelos integrantes das polícias militares para o cumprimento da missão constitucional de polícia ostensiva e preservação da ordem pública. As instituições policiais encontram a legitimação para proceder no ato de abordar no Código de Processo Penal:

Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.

§ 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para:

- a) prender criminosos;
- b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;
- c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos;
- d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso;
- e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu;
- f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato;
- g) apreender pessoas vítimas de crimes; h) colher qualquer elemento de convicção.

§ 2º Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras b a f e letra h do parágrafo anterior (BRASIL, 1941).
[...]

Art. 244. A busca pessoal independe de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar (BRASIL, 1941).

Cumprido destacar que os atributos da abordagem policial são os mesmos do ato administrativo: a presunção de legitimidade do ato, a auto-executoriedade, ou seja, sem a necessidade de ordem judicial, a imperatividade, que é possibilidade de intervenção de modo unilateral e tipicidade, haja vista que a lei deve determinar o campo de discricionariedade da atuação dos agentes públicos (ALEXANDRINO; PAULO, 2016).

Os atos de polícia administrativa ou judiciária são considerados atos administrativos. A atuação preventiva decorre da atividade de polícia administrativa, sendo desenvolvida pela Polícia Militar, principalmente, por intermédio da Polícia Ostensiva, respaldando-se no regime jurídico constitucional administrativo. Sob esta vertente, o objetivo do poder de polícia administrativa, o qual é exercido pela Polícia Militar no ato da abordagem policial é a manutenção da ordem pública em geral e o bom andamento da atividade administrativa, impedindo preventivamente possíveis infrações das leis (ASSIS, 2012).

Lazzarini (2003), ao mencionar que a manutenção e a restauração da ordem pública indicam os modos de atuação preventiva (manutenção) e repressiva (restauração) que deve disciplinar. O autor observa ainda que a ação da polícia administrativa da segurança pública está contida no direito administrativo, enquanto que a ação da polícia judiciária tem dupla disciplina, do direito administrativo e do direito processual penal.

3.1 ABORDAGEM POLICIAL: CONCEITOS E FINALIDADES

O direito de ir e vir se insere na chamada liberdade geográfica, dentre as denominadas obrigações negativas do Estado, ou seja, a necessidade de o poder público abster-se de agir, em respeito aos direitos dos indivíduos. A restrição dessa liberdade, contudo, às vezes se dá, em nome da paz social, mediante mecanismos de constrangimento legal, dentre os quais a abordagem policial (ASSIS, 2012).

A abordagem policial é o conjunto ordenado de ações policiais para aproximar-se de uma ou mais pessoas, veículos ou edificações. Tem por objetivo resolver demandas do policiamento ostensivo, como orientações, assistências, identificações, advertências de pessoas, verificações, realização de buscas e detenções (MINAS GERAIS, 2013). O Projeto de Lei n. 4.608 de 2012, em seu artigo 3º esclarece a finalidade da abordagem policial:

Art. 3º: A abordagem policial, atividade essencial à segurança pública, fundada na promoção da cidadania, da dignidade humana e dos direitos e garantias fundamentais, tem por finalidade a defesa da vida, preservação da incolumidade física das pessoas, do patrimônio, da administração pública e da regularidade das atividades lícitas.

§ 1º: A abordagem policial consiste em uma ação técnica de aproximação e interação entre o policial e a pessoa ou grupo de pessoas, podendo incluir a busca pessoal, veicular e domiciliar, desde que presentes os requisitos do inciso XI do artigo 5º da Constituição Federal.

§ 2º: O intuito da abordagem policial consistirá em fiscalizar, investigar, orientar, advertir, assistir, e se, estiverem presentes os requisitos da prisão em flagrante, efetuar a prisão (BRASIL, 2012).

A abordagem policial se constitui em um procedimento individual, de caráter compulsório e momentâneo, diante de um crime ou da indicação de suspeição (ASSIS, 2012). Sendo assim, a atitude da pessoa em relação ao ambiente e às circunstâncias que a envolvem, podem despertar no policial a suspeição necessária para que seja efetuada uma abordagem, dando azo ao que se denomina por fundada suspeita.

Conforme Lazzarini (2003), abordagem policial é o ato de aproximar-se. Na técnica policial, o autor afirma que a abordagem é o ato de aproximar-se de pessoas, veículos, embarcações, aeronaves ou edificações visando confirmar ou não a suspeição que motivou a ação policial: fundada suspeita ou fundada motivação.

Pertinente a conceituação referente a abordagem de pessoas, como leciona Assis (2012), trata-se de um procedimento realizado pelas instituições policiais como objetivo de verificar se alguém traz consigo armas, drogas ou outros materiais ilícitos que possam ser utilizados para a prática de crimes ou atos ofensivos à segurança e à ordem pública. O substitutivo ao Projeto de Lei n. 4.608 de 2012 que está em trâmite no Congresso Nacional, transcreve em seu artigo 2º que,

Art. 2º: A abordagem policial é a atividade material desempenhada pelas autoridades policiais, legalmente investidas nas funções públicas e dotadas de competência para a ação preventiva e repressiva, com fundamento no poder de polícia do Estado, visando à preservação da ordem pública (BRASIL, 2012).

Nassaro (2011) denota que a abordagem policial poderá ocorrer para repassar uma orientação a alguém, identificar uma pessoa, transmitir um alerta, fiscalizar o trânsito, entre outras atividades, sem a necessidade de efetuar busca pessoal nos abordados, ou seja, é um movimento de aproximação entre o agente público e o cidadão.

O ato de abordar deve estar embasado numa motivação legal. Não deve ser um ato isolado do Estado, ali representado pelo policial, arbitrário ou ilegal. Essa motivação deve ser explicitada para o abordado assim que for possível a fim de fazê-lo compreender a ação da polícia, o uso do poder do Estado para limitar ou impedir direitos individuais em prol de um bem maior, de um bem social ou coletivo (PMBA, 2000).

Sob esse aspecto, a fundada suspeita é requisito essencial e indispensável para a realização da busca pessoal, consistente na revista do indivíduo. Suspeita é uma desconfiança ou suposição, algo intuitivo e frágil, por natureza, razão pela qual a norma exige fundada suspeita, que é mais concreto e seguro (NUCCI, 2016).

Conforme ensina o autor supracitado, quando um policial desconfiar de alguém, não poderá valer-se, unicamente, de sua experiência ou pressentimento, necessitando, ainda, de algo mais palpável, como a denúncia feita por terceiro de que a pessoa porta o instrumento usado para o cometimento do delito, bem como pode ele mesmo visualizar uma saliência sob a blusa do sujeito, dando nítida impressão de se tratar de um revólver. Nessa tangente, é condição essencial para a realização da abordagem policial a fundada razão, característica presente no indivíduo, que leva o agente policial a acreditar que existe uma situação ilegal e delitiva, conforme julgado transcrito abaixo:

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. Modalidade trazer consigo. Preliminar de cerceamento de defesa em razão do indeferimento do pedido de exame de dependência toxicológica e ilegalidade da busca pessoal. IMPOSSIBILIDADE. Análise do magistrado quanto a necessidade de tal exame, não podendo ser indeferido por mera alegação de uso. A mera aferição de que o apelante usava o entorpecente não tem o condão de desvincular o tipo penal em que se encontra incurso se, ante todo o conjunto probatório, não encaminhar para a desclassificação. BUSCA PESSOAL fundada na

suspeita de estar cometendo ilícito. Local dos fatos conhecido como venda de drogas. Agente que ao ver a viatura policial apresenta atitude suspeita sendo abordado e com em seu poder é encontrado o entorpecente. Quantidade de droga apreendida incompatível com o uso, depoimento dos policiais no sentido de que confessou que a droga era destinada para a venda e não comprovação de seu álibi configura a tipicidade da conduta. RECURSO IMPROVIDO (BRASIL, TJSP, Apelação nº 0004035-76.2005.8.26.0309 - 6ª Câmara de Direito Criminal, Relator: Ruy Alberto Leme Cavaleiro, 2006, grifo nosso).

Enfim, torna-se impossível e impróprio enumerar todas as possibilidades autorizadoras de uma busca, mas continua sendo curial destacar que a autoridade encarregada da investigação ou de seus agentes podem – e devem – revistar pessoas em busca de armas, instrumentos do crime, objetos necessários à prova do fato delituoso, elementos de convicção, entre outros, agindo escrupulosa e fundamentadamente (NUCCI, 2016).

A fundada suspeita que legitima a abordagem policial e conseqüentemente a busca pessoal, deve ser originada a partir de uma atitude suspeita e não de uma pessoa suspeita (BRASIL, 2009). A atitude suspeita é a forma como o cidadão age ou carrega consigo algo que gera a verificação por parte do policial, pois é a forma que se adéqua aos princípios da legalidade, igualdade e imparcialidade, e a um Estado respeitador de direitos (BRASIL, 2009). Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal (STF) já se manifestou sobre a situação estabelecendo o seguinte entendimento:

EMENTA: HABEAS CORPUS. TERMO CIRCUNSTANCIADO DE OCORRÊNCIA LAVRADO CONTRA O PACIENTE. RECUSA A SER SUBMETIDO A BUSCA PESSOAL. JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL RECONHECIDA POR TURMA RECURSAL DE JUIZADO ESPECIAL. Competência do STF para o feito já reconhecida por esta Turma no HC n.º 78.317. Termo que, sob pena de excesso de formalismo, não se pode ter por nulo por não registrar as declarações do paciente, nem conter sua assinatura, requisitos não exigidos em lei. A "fundada suspeita", prevista no art. 244 do CPP, não pode fundar-se em parâmetros unicamente subjetivos, exigindo elementos concretos que indiquem a necessidade da revista, em face do constrangimento que causa. Ausência, no caso, de elementos dessa natureza, que não se pode ter por configurados na alegação de que trajava, o paciente, um "blusão" suscetível de esconder uma arma, sob risco de referendo a condutas arbitrárias ofensivas a direitos e garantias individuais e caracterizadoras de abuso de poder. Habeas corpus deferido para determinar-se o arquivamento do Termo (HC 81305, Relator (a): Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 13/11/2001, DJ 22-02-2002 PP-00035 EMENT VOL-02058-02 PP-00306 RTJ VOL-00182-01 PP-00284).

O ato de estabelecer biótipos de criminosos ou suspeitos é contrário ao Estado Democrático de Direito, pois não é a condição social, cor da pele, sexo, ou uso de tatuagens que identifica uma pessoa como suspeita. Uma abordagem policial com base nessas situações estará permeada de preconceitos e desrespeitos aos

direitos inerentes aos seres humanos, não esquecendo também do desamparo legal (ARAÚJO, 2008).

É de suma importância registrar que é considerada como em atitude suspeita a pessoa ou grupo que esteja em situação que fuja à normalidade, seja de caráter objetivo, como em relação ao horário, ao ambiente, às condições climáticas, à indumentária e às pessoas com as quais interage, seja de caráter subjetivo, como o comportamento simulado, dissimulado, exaltado, excitado ou por outra forma, emocionalmente instável, que demonstre ameaça ou risco envolvendo à própria pessoa, terceiro, o patrimônio, a incolumidade pública ou o regular desenvolvimento de atividade lícita (BRASIL, 2012).

Na contextualização de Minas Gerais (2013, p. 65), “a abordagem a pessoas se refere apenas às ações policiais para se aproximar de um ou mais indivíduos”. Este conceito possui um sentido amplo, ou seja, abrange a todos os cidadãos, não se restringindo às pessoas em situação de suspeição. Os procedimentos adotados pela guarnição variam de acordo com os fatos motivadores da abordagem e com o ambiente. Além disso, o policial militar deve compreender as peculiaridades daquele com quem interage e não vincular essa interação, necessariamente, a ações delituosas. “Em cada abordagem realizada, o policial militar deverá utilizar técnicas, táticas e recursos apropriados ao público-alvo desta intervenção policial, esteja a pessoa em atitude suspeita ou não” (MINAS GERAIS, 2013, p. 65).

O Projeto de Lei n. 4.608 de 2012 estabelece, em seu art. 4º, que a abordagem policial deve ser realizada em situações de pontos de bloqueio ou de controle de trânsito, por amostragem ou de forma seletiva, conforme a finalidade da operação; em situações de patrulhamento, tendo por objeto pessoa ou grupo das quais emanam indícios de estarem em atitude suspeita; em qualquer situação em que se vislumbrem indícios de a pessoa ou grupo ter acabado de cometer, estar cometendo ou na iminência de cometer infração penal ou ato infracional; quando as características da pessoa a ser abordada tiver verossimilhança com as de quem estiver sendo procurada (BRASIL, 2012).

3.2 BUSCA PESSOAL PROCESSUAL E PREVENTIVA

A busca pessoal difere da abordagem policial por se tratar de meio de prova. Encontra-se disciplinada no Código de Processo Penal de 1941, em seu artigo 240, parágrafo segundo, onde “a busca pessoal será realizada quando existir fundada suspeita de que alguém oculte armas ou objetos relacionados a atos criminosos” (BRASIL, 1941).

A busca pessoal também é autorizada no ato das prisões em flagrante ou por ordem judicial, quando existe fundada suspeita de cometimento de crime, ou, quando ordenada no curso de busca domiciliar, sendo que, para sua realização em todos os casos expostos, surge à independência de mandado, como informa o artigo 244, do CPP:

Art. 244. A busca pessoal independe de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar (BRASIL, 1941).

Esse meio de prova empregado pelos órgãos de segurança não pode ser confundido com o termo abordagem policial, pois este é mais amplo, abrange ações diversas por parte da polícia como os inter-relacionamentos assistenciais, preventivos e repressivos (ASSIS, 2012).

As buscas pessoais se dividem ainda em busca processual, quando a abordagem estiver fundada em prática de um crime, bem como busca preventiva quando a busca tem fundamento na fiscalização, decorrente do poder de polícia (SILVA, 2015). A busca pessoal processual é aquela realizada por agentes do Estado designados para o **cumprimento de ordem judicial**, ou investidos de necessária autoridade de polícia judiciária (ASSIS, 2012). Nesse caso, há natureza da busca é **processual**, enquanto meio de obtenção da prova, para atender ao interesse do processo. Orienta-se, pois, por normas do Direito Processual Penal, principalmente, quanto ao contido no art. 244, mencionado anteriormente.

Em seu turno, a busca pessoal terá natureza **preventiva** quando for realizada por iniciativa policial na atividade de **preservação da ordem pública**, como ato de polícia que, não obstante, pode ensejar consequências no âmbito do processo penal (ARAÚJO, 2008). Nesse sentido, conforme explica Nassarro (2011), antes da efetiva constatação da prática delituosa, ela é procedida **por iniciativa de autoridade**

policial e constitui ato legitimado pelo exercício do poder de polícia, na esfera de atuação da Administração Pública, com **finalidade preventiva**. O mesmo autor assinala que realizada após a prática, ou em seguida à constatação da prática criminosa, ainda que em sequência de busca preventiva, tem por finalidade atender aos interesses processuais.

O Manual Básico de Abordagem Policial da Polícia Militar da Bahia (2000) descreve que, para a realização da busca pessoal, é necessária a utilização de três técnicas, a saber: a abordagem policial, a busca e a identificação. Nesses termos, esclarece-se que:

A abordagem reveste-se quando, materializada a fundada suspeita e tendo por meta a finalidade pública de segurança e proteção da sociedade, os policiais partem para uma aproximação do suspeito, realizando a tomada de posição de segurança, que serve ao policial e ao cidadão abordado, a fim de minimizar eventuais reações, assegurando o próprio abordado quanto a uma interpretação errônea de seus movimentos, que, no nervosismo ou surpresa da abordagem, pode ocorrer. Deste modo, realiza-se a busca, posteriormente identifica-se o abordado, informando-o sobre a motivação que despertou a abordagem (PMBA, 2000, p. 11, grifo nosso).

Tourinho Filho (2017) ratifica que a busca pessoal é feita não somente nas vestes ou nos objetos que a pessoa traga consigo, mas também diretamente no corpo, quer por meio de investigações oculares ou manuais, quer por meios mecânicos, radioscópicos, sabido como é que os ladrões e, particularmente, as ladras preferem esconder pequenos objetos, pedras preciosas dentre outros. A legislação, ao regulamentar o instituto da busca pessoal, permite à administração que, em benefício da coletividade, cause restrições a certos direitos do particular. Nesse sentido, segue o julgado:

CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL. DIREITO DE LIVRE LOCOMOÇÃO. BUSCA FORÇADA. REVISTA. Possibilidade, quando no interesse da segurança coletiva. O direito individual à liberdade deve ser combinado com medidas preventivas de defesa da incolumidade pública e da paz social. A revista, ante suspeita séria de irregularidade que possa causar distúrbio à vida, à saúde ou à segurança das pessoas, é defensável quando efetivada em estado de necessidade coletiva (BRASIL, TJMG, Mandado de Segurança 1.0000.00.283122-0/000, Relator: Des. Almeida Melo, 2002).

É certo que seja nas abordagens policiais, ou nas buscas pessoais, estas devem ser procedidas com prudência e motivação, pois a fundada suspeita exigida na lei processual nada mais é que a aplicação do princípio da razoabilidade e proporcionalidade, do Direito Administrativo.

3.3 LIMITAÇÕES AO PODER DE POLÍCIA NA ABORDAGEM POLICIAL

Ao desempenhar suas atividades, os órgãos de segurança pública, fazendo uso do poder discricionário e do poder de polícia, acabam por restringir determinados direitos individuais, isto, em prol do interesse da coletividade, com vistas a supremacia do interesse público. Como exemplo dessas limitações, menciona-se a abordagem policial, a qual se configura em uma prática comum inerente a atividade policial e que, embora imponha limites a direitos básicos do cidadão, é de essencial relevância na identificação de pessoas e objetos, bem como para efetiva prevenção de possíveis delitos, apreensão de armas, drogas, dentre outros.

De acordo com Lazzarini (2003) na situação de abordagem policial, deve-se ter como base normativa a regra geral de liberdade individual do cidadão, que se sustenta nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, intimidade, presunção de inocência e liberdade de locomoção, consagrados no artigo 1º e artigo 5º, incisos X, LVII e XV da Carta Magna. Sob esse prisma, o poder de polícia não deve ir além do necessário para a satisfação do interesse público que visa proteger; a sua finalidade é assegurar o exercício dos direitos individuais, condicionando-os ao bem-estar social; só poderá reduzi-los quando em conflito com interesses maiores da coletividade e na medida estritamente necessária á consecução dos fins estatais (LAZZARINI, 2003).

As abordagens policiais, por se tratarem de atuação da Administração, devem preencher os requisitos de validade do ato administrativo e sujeitar-se ao controle judicial da legalidade e da moralidade, não obstante existam as possibilidades do controle interno - de ofício ou por provocação, do controle realizado pelo Ministério Público e do controle popular exercido pela via da participação (ASSIS, 2012).

Diversos autores (MELLO, 2016; MAZZA, 2014; MARINELA, 2017; LAZZARINI, 2003) indicam regras a serem observadas pela polícia administrativa, com o fim de não liminar os direitos individuais, tais quais: a da necessidade, em consonância com a qual a medida de polícia só deve ser adotada para evitar ameaças reais ou prováveis de perturbações ao interesse público; a da proporcionalidade, já referida, que significa a exigência de uma relação necessária entre a limitação ao direito individual e o prejuízo a ser evitado; a da eficácia, no

sentido de que a medida deve ser adequada para impedir o dano ao interesse público.

Por isso mesmo, os meios diretos de coação só devem ser utilizados quando não haja outro meio eficaz para alcançar-se o mesmo objetivo, não sendo válidos quando desproporcionais ou excessivos em relação ao interesse tutelado pela lei. Portanto, as abordagens policiais, tidas como atos administrativos, devem em sua execução, respeitar e possuir todos os requisitos de validade do ato administrativo e desta forma esta sujeita ao controle administrativo e judicial, onde deve ser observada a legalidade e a moralidade.

O principal limitador do poder de polícia é a lei, pois embora, como visto, seja um poder eminentemente discricionário, isto não autoriza a Administração a extrapolar aquilo que a lei autoriza e em alguns casos incorrer em excesso ou desvio de poder. Neste contexto, afirma Carvalho Filho (2017, p. 79) que “a faculdade repressiva não é, entretanto, ilimitada, estando sujeita a limites jurídicos: direitos do cidadão, prerrogativas individuais e liberdades públicas asseguradas na Constituição e nas leis”. Na prática policial, é relevante seguir a lição de Diogo de Figueiredo (1990 apud LAZZARINI, 2003, p. 163), a qual deve distinguir três sistemas de limites ao exercício da discricionariedade no poder de polícia, que decorrem dos princípios da legalidade, da realidade e da razoabilidade.

Conforme o referido autor, a legalidade comporta o mais importante dos sistemas, que é a moldura normativa do exercício do poder de polícia. Pelo sistema da realidade, exige-se mais que a observância aos princípios legais, é preciso que os pressupostos de fato sejam reais e suas consequências realizáveis. A razoabilidade, de modo amplo é uma relação de coerência que se deve exigir entre a manifestação da vontade do Poder Público e a finalidade específica que a lei lhe adscribe (LAZZARINI, 2003).

Visando resguardar os princípios que regem o ordenamento jurídico nas abordagens policiais, são impostos limites à discricionariedade da administração, para que o ato de polícia não se converta em arbítrio. Uma noção pertinente para evitar a arbitrariedade é usar do bom senso nos atos de polícia. Deve-se manter a proporcionalidade entre a infração e o ato coercitivo, para não se extrapolar os limites estabelecidos (LAZZARINI, 2003).

Em tal perspectiva, cumpre registrar que a discricionariedade da abordagem policial se baseia na fluidez da lei, tendo em vista a impossibilidade material de a legislação comportar todas as situações ensejadoras de tal ato da polícia administrativa. A partir da vinculação mínima, o policial fundamenta seu ato objetivando completar a lacuna deixada pela lei em determinar o que deveria ser feito; sendo assim, a legalidade do seu ato depende de fundada motivação (LAZZARINI, 2003). Quanto à proporcionalidade, o poder de polícia deve ser manifestado de maneira a respeitar os liames da necessidade e da adequação. Em relação a isto, há a lição de Carvalho Filho (2017, p. 80):

O princípio da proporcionalidade deriva, de certo modo, do poder de coerção de que dispõe a Administração ao praticar atos de polícia. Realmente, não se pode conceber que a coerção seja utilizada indevidamente pelos agentes administrativos, o que ocorreria, por exemplo, se usada onde não houvesse necessidade. Em virtude disso, tem a doutrina moderna mais autorizada erigido à categoria de princípio necessário à legitimidade do ato de polícia a existência de uma linha proporcional entre os meios e os fins da atividade administrativa.

Por isso, se faz imprescindível que o agente do ato policial tenha domínio da Lei. Entretanto, a maior dificuldade reside na identificação desta linha tênue, que separa o legal, o real e o razoável, cuja mensuração apenas se torna possível diante da análise do caso concreto. Conforme Boni (2006), a efetiva cidadania exige o respeito a esses limites do poder de polícia na abordagem policial, e para tanto, dispõe-se dos mecanismos de controle interno dos atos de polícia, que se exerce de ofício ou por provocação, como também, dos mecanismos de controle externo do Estado, por intermédio do Judiciário e do Legislativo, almejando assim, o equilíbrio, a paz e a harmonia do Estado Democrático de Direito, em prol da atuação regular das funções estatais.

Os sistemas de limites do poder de polícia – segundo os princípios da legalidade, realidade e razoabilidade –, são referenciais adequados para nortear os atos de polícia das autoridades, bem como daqueles que, em melhores condições, analisam e julgam o ato de polícia, muitas vezes decididos acerca de conceitos amplos e vagos, em frações de segundo, sob o risco da própria vida (BONI, 2006). Nesse sentido, Lazzarini (2003, p. 186) traz a seguinte lição:

Do mesmo modo que os direitos individuais são relativos, assim também acontece com o poder de polícia que, longe de ser onipotente, incontrolável, é circunscrito, jamais podendo pôr em perigo a liberdade e a propriedade. Importando, regra geral, o poder de polícia, restrições a direitos

individuais, a sua utilização não deve ser excessiva ou desnecessária, para que não se configure o abuso do poder. Não basta que a lei possibilite a ação coercitiva da autoridade para justificação do ato de polícia. É necessário, ainda, que se objetivem condições materiais que solicitem ou recomendem a sua inovação.

Nesse diapasão, Caio Tácito (apud CRETELLA JÚNIOR, 2006) sustenta que a coexistência da liberdade individual e do poder de polícia repousa na conciliação entre a necessidade de respeitar essa liberdade e a de assegurar a ordem social. “O requisito de conveniência ou de interesse público é, assim, pressuposto necessário à limitação dos direitos do indivíduo” (CRETELLA JÚNIOR, 2006, p. 199).

Os desvios de finalidade, excessos ou abusos do poder de polícia na atuação policial militar, além de possibilitarem a invalidação de seus atos, podem ensejar a responsabilização nas esferas penal, civil e administrativa (ASSIS, 2012). Entretanto, apesar dos limites delineados pela Lei, somente uma análise do caso em concreto permite mensurar, se houve, ou não, transposição destes balizadores. Nesse panorama, com os limites impostos à discricionariedade, o que se pretende é vedar qualquer manifestação de arbitrariedade por parte do agente do poder de polícia.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A abordagem policial é uma prática comum no cotidiano da atividade policial e que, embora interfira nos direitos básicos do cidadão, é de fundamental importância na identificação de pessoas e objetos, prevenção de possíveis delitos, apreensão de armas, drogas, produtos de crimes, dentre outros.

Sob esse prisma, a abordagem policial representa a exteriorização do poder de polícia e uma decorrência lógica da missão policial encartada na própria Carta de 1988, sendo uma técnica policial usada nos casos em que uma pessoa emana indícios de suspeição, de iminência ou consumação de prática de delito. Neste ponto, enfatiza-se que a suspeita deve fundada, prévia à abordagem, sujeitando à ilegalidade do procedimento quando se provar que não havia a motivada suspeita para ensejar a abordagem policial.

Por serem atos administrativos, as abordagens policiais devem em sua execução respeitar e possuir todos os requisitos de validade do ato administrativo.

Desta forma, estão sujeitas ao controle administrativo e judicial, onde deve ser observada a legalidade do ato. Quando não respeitados os princípios do ato administrativo, a atuação policial considerada inválida gerará aos agentes públicos responsabilização nas esferas penal, penal militar, civil e administrativa.

Embora o Estado disponha de discricionariedade, seus atos encontram certas limitações. O poder de polícia existe para a proteção do interesse público e não pode ser utilizado para beneficiar ou prejudicar particulares, o que será considerado desvio de poder e pode acarretar a nulidade do ato. Este poder não deve exceder o necessário para a satisfação do interesse público. O agente não deve lesar o direito individual, mas sim assegurar que esse direito possa ser exercido, condicionado ao bem-estar geral.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 24 ed. São Paulo, 2016.

ARAÚJO, Júlio César Rodrigues De. **Abordagem policial: conduta ética e legal**. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro de Estudos de Criminalidade e Segurança Pública/CRISP da Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Minas Gerais e à Secretaria Nacional de Segurança Pública/SENASP. Belo Horizonte, 2008.

ASSIS, Jorge Cesar de. **Código de processo penal militar anotado**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

BONI, Márcio Luiz. **Cidadania e Poder de Polícia na Abordagem Policial**. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*. Ano VII, n. 9, Campos, 2006.

BRANDÃO. Gabriela da Silva. A evolução do conceito de poder de polícia no Direito Administrativo e sua compatibilidade com o modelo de Estado Democrático de Direito na atualidade. **RIDB**, Ano 1, n. 7, 2012.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

_____. **Projeto de Lei n. 4.608**, de 2012.

_____. **Lei n. 12.830**, de 20 de junho de 2013. Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. Brasília, 20 de junho de 2013.

_____. **Lei n. 5.172**, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. Brasília, 1966.

_____. **Decreto-Lei n. 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de Direito Administrativo – Parte Geral, Intervenção do Estado e Estrutura da Administração**. 2. ed. Salvador: Jus Podium, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Forense, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LAZZARINI, Álvaro. **Temas de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 11. ed. Nitéroi: Impetus, 2017.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NASSARO, Adilson Luís Franco. **A busca pessoal preventiva e a busca pessoal processual**. Força Policial, São Paulo: PMESP, ano 12, n. 45, p.23-33, jan-mar. 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

POLÍCIA MILITAR DA BAHIA – PMBA. Polícia Militar. **Manual Básico de Abordagem Policial**. 2000. Disponível em:

<https://pt.scribd.com/doc/18589797/Manual-Basico-Abordagem-Policial>. Acesso em: 25 out. de 2018.

POLÍCIA MILITAR DE MINAS GERAIS. PMMG. Polícia Militar. **Tática Policial, Abordagem a Pessoas e tratamento às Vítimas**. Manual Técnico-Profissional. Belo Horizonte: Academia de Polícia Militar, 2013.

SILVA, Douglas Pereira da. Poder de polícia e os fundamentos da busca pessoal. In: **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 27 jan. 2015.

TOURINHO FILHO, Fernando Costa. **Manual de Processo Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

REPRESSÃO DOS CRIMES VIRTUAIS CONTRA A HONRA CALÚNIA, DIFAMAÇÃO E INJÚRIA

Edilma Feitoza de Pontes
Arnaldo Sobrinho

RESUMO: O presente trabalho pretende explorar o mundo da internet e os crimes contra a honra, frisando a importância da Lei Carolina Dieckmann e do Marco Civil da internet nos crimes virtuais e analisando a dificuldade do Sistema Jurídico na Repressão destes crimes apontando a importância da criação de novas Leis Específicas, tendo em vista que cada vez mais esse tipo de crime vem aumentando devido à facilidade do anonimato neste meio.

Palavras-chave: Crimes contra a honra, Internet, Aplicabilidade.

ABSTRACT: The present work intends to explore the world of the internet and crimes against honor, stressing the importance of the Carolina Dieckmann Law and the Civil Margin of the Internet in the virtual crimes and analyzing the difficulty of the Legal System in the Repression of these crimes pointing out the importance of the creation of new Specific Laws, given that more and more this type of crime is increasing due to the facility of anonymity in this environment.

Key words: Crimes against honor, Internet, Applicability.

1 INTRODUÇÃO

É evidente que as novidades tecnológicas nos últimos anos progrediram de forma constante, visto que, hoje não há mais fronteiras entre o mundo real e o virtual. Ou seja, para praticamente tudo no nosso dia a dia há a intervenção da tecnologia. A internet tornou-se uma ferramenta importante e muitas vezes indispensável para as pessoas.

A necessidade da internet acabou influenciando a sociedade e o sistema jurídico no mundo inteiro, devendo assim, o Direito se adequar à nova realidade e caminhar junto com estes avanços tecnológicos, já que os crimes previamente tipificados pelo Código Penal passaram a ser praticados também por meio virtual, sendo alguns desses tipos de delitos virtuais difíceis de serem punidos.

A calúnia, a difamação e a injúria estão previamente capituladas nos artigos 138, 139 e 140 do Código Penal Brasileiro e são denominados de crimes contra a

honra. Estes, são os crimes de mais incidência no âmbito da internet visto que devido ao anonimato quem pratica o ato pensa que vai ficar impune.

O meio virtual tem se apresentado como local de grande incidência da criminalidade, de modo que o desconhecimento de alguns se tornam poder e lucro para outros.

As denúncias sobre crimes virtuais são cada dia mais abundantes e o Sistema Jurídico encontra alguns obstáculos neste Âmbito. A legislação atual prevê punição para grande parte dos delitos praticados neste meio, mas ainda assim, uma grande parte não possui uma legislação específica que proíba essa prática criminosa.

Recentemente entrou em vigor a Lei 12.737 de 2012, apelidada de lei Carolina Dieckmann, que dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos. Esta lei veio para punir diversos dos crimes virtuais, porém, ainda existem muitas falhas na nossa legislação, bem como, na deficiência na coleta e na admissão da prova no crime cibernético.

A experiência tem mostrado como minuciosa é uma investigação de crimes virtuais, tanto pela falta de experiência policial, como pela adoção de procedimentos desatualizados para a alta tecnologia empregada. Hoje temos mais de 700 milhões de usuários de computadores em todo o planeta que, em mais de 190 países, acessam a Internet, através de troca de dados.

Este artigo tem por objetivo analisar se o ordenamento jurídico atual, incluindo a Lei 12.737/12 e o Marco Civil da Internet são suficientes para reprimir todas as hipóteses de crimes contra a honra praticados na rede mundial de computadores.

Para atingir tal objetivo este trabalho está dividido em sete capítulos, inicialmente será apresentados os crimes praticados na internet, na sequência os tipos de crimes virtuais. Dando segmento serão abordados os crimes contra a honra no ordenamento jurídico tradicional e no meio virtual.

Por fim, serão discutidos a Lei Carolina Dieckmann e o Marco Civil da internet, e a possibilidade de aplicação da Lei Penal nos crimes virtuais.

Nas Considerações Finais serão discutidas a eficácia de a efetividade da Lei 12.737/12 e o Marco Civil da internet na repressão aos crimes virtuais.

2. CRIMES VIRTUAIS

A Revolução Tecnológica impulsionou a potencialização dos crimes virtuais. Grande parte desses crimes são praticados com a utilização da internet.

Observa-se que a internet nos dias atuais é identificada como um mundo sem leis, onde qualquer um pode fazer aquilo que quiser, já que encontra-se escondido atrás de uma tela dificultando a descoberta de sua verdadeira identidade.

Os crimes virtuais são as infrações praticadas por meios da internet que podem ser enquadradas no Código Penal Brasileiro que resultam em punições como pagamento de indenização ou prisão.

Rossini (2004, p. 110) conceitua:

O conceito de 'delito informático' poderia ser talhado como aquela conduta típica e ilícita, constitutiva de crime ou contravenção, dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva, praticada por pessoa física ou jurídica, com o uso da informática, em ambiente de rede ou fora dele, e que ofenda, direta ou indiretamente, a segurança informática, que tem por elementos a integridade, a disponibilidade e a confidencialidade.

Em 1986, a OEDC (Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico), conceituou os crimes de informática como sendo qualquer conduta ilegal não ética, ou não- autorizada que envolva processamento automático de dados e ou transmissão de dados. (ROSA, 2005, p. 55).

A Internet proporciona um mundo sem fronteiras, o anonimato. Ela traz uma quantidade vasta de informações sobre tudo e todos. Junto com a facilidade e praticidade veio o surgimento de condutas ilícitas praticadas na internet.

Neste sentido, posiciona-se Fabrício Rosa:

Com a expansão do uso de computadores e com a difusão da internet, tem-se notado, ultimamente, que o homem está se utilizando dessas facilidades para cometer atos ilícitos, potencializando, cada vez mais, esses abusos cometidos na rede. Como todos os recursos de disponibilidade do ser humano, a informática e a telecomunicação não são utilizadas apenas para agregar valor. O abuso (desvalor), cometido por via, ou com assistência dos meios eletrônicos não tem fronteiras. De um terminal eletrônico instalado num país se poderá manipular dados, cujos resultados fraudulentos poderão ser produzidos noutro terminal, situado em país diverso.

Constatar um crime virtual não é uma tarefa simples, já que estima-se que haja no Brasil cerca de 10 milhões de internautas e o anonimato presente neste meio torna-se mais obscura a procura pelos infratores.

Sergio Marques Roque (2003, p.15.) cita que: um dos maiores problemas do direito penal de informática é a falta de consenso entre os especialistas quanto ao conceito de crime de computador, por não constituir esse uma categoria legal precisa; conseqüentemente, proliferam diferentes definições.

Diz ainda que:

Crime de informática é a conduta definida em lei como crime em que o computador tiver sido utilizado com instrumento para a sua perpetração ou consistir em seu objeto material. Ao primeiro chamaremos de crime de informática impróprio ou comum, ao segundo de próprio ou autêntico.

As leis brasileiras ainda estão engatinhando dentro de um setor jurídico de proteção aos dados, e apesar da promulgação da lei Software, muito ainda precisa ser feito para que os crimes digitais sejam punidos como a sociedade deseja.

3. TIPOS DE CRIMES VIRTUAIS

3.1 CRIMES VIRTUAIS PRÓPRIOS

Nos crimes virtuais próprios o objetivo do crime é o sistema computacional, eles só podem ser praticados na informática, ou seja, a execução e a consumação acontecem no próprio meio digital. Como por exemplo: invasão indevida de e-mails, ataques de negação de serviços.

Segundo Damásio Evangelista de Jesus (apud CARNEIRO, 2012, [n.p.]):

Crimes eletrônicos puros ou próprios são aqueles que sejam praticados por computador e se realizem ou se consumem também em meio eletrônico. Neles, a informática (segurança dos sistemas, titularidade das informações e integridade dos dados, da máquina e periféricos) é o objeto jurídico tutelado.

3.2 CRIMES VIRTUAIS IMPRÓPRIOS

Os impróprios, são aqueles que utilizam a internet como um meio para pratica de um ato ilícito final usando a tecnologia como uma ferramenta para o delito e os seus efeitos repercutem na vida real, ou seja, o computador é apenas um mero instrumento para execução do ato ilícito. Exemplo: falsificação de documentos, os furtos virtuais.

Do mesmo modo afirma Damásio E. de Jesus (2012 apud CARNEIRO, 2012, [n.p.]). In verbis:

Já os crimes eletrônicos impuros ou impróprios são aqueles em que o agente se vale do computador como meio para produzir resultado naturalístico, que ofenda o mundo físico ou o espaço “real”, ameaçando ou lesando outros bens, não computacionais ou diversos da informática. Marcelo Xavier de Freitas Crespo (2011, p.94) ressalta:

Temos que para se cometer delitos classificados como impróprios não se verificam grandes diferenças quanto ao *modus operandi*. Em outras palavras, embora mude o modo pelo qual de pratica a ação delitativa, não se vislumbra a necessidade de conhecimentos técnicos. Já quanto aos ilícitos classificados como próprios, este sim, dependem de conhecimento específico de computação.

4. CRIMES CONTRA A HONRA

4.1 DISPOSIÇÕES GERAIS

Os crimes contra a Honra e a Moral estão tipificados em nossa Constituição Federal Brasileira precisamente em seu Art. 5, inciso X, como também no nosso Código Civil nos artigos 927, 186 e outros.

Art. 5º X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Diniz define (1998, p. 738):

Honra. Bem jurídico que apresenta dois aspectos: a) um subjetivo, o qual designa o sentimento da própria dignidade moral, nascido da consciência de nossas virtudes ou 5 de nosso valor moral, isto é, a honra em sentido estrito;

b) um objetivo, representado pela estimacão que outrem faz de nossas qualidades morais e de nosso valor social, indicando a boa reputacão moral e profissional que pode ser afetada pela injúria, calúnia ou difamacão.

A doutrina conceitua a honra primordialmente por dois aspectos: objetivo e subjetivo. Onde a honra objetiva diz respeito à opiniao de terceiros aos atributos físicos,

intelectuais, morais de alguém. O sujeito acredita que goza nos eu meio social, ou seja, é aquela que se refere a conceituacão do indivíduo perante a sociedade. (CAPEZ, 2014)

Do outro lado temos a honra subjetiva, que se refere a respeito de si mesmo, ou seja, de seus atributos físicos, intelectuais e morais, em suma, diz com sua autoestima. Não importa a opinião de terceiros. (CAPEZ, 2014)

Fernando Capez (2005,) sobre as categorias dos crimes contra a honra:

Relativa à imputação: Na calúnia, ocorre a imputação de um fato, sendo este necessariamente um crime; A injúria fica caracterizada pela ofensa, ou qualidade negativa que aflija a honra subjetiva do agente passivo; já a difamação vem a ocorrer com a imputação de um fato, sendo este não tipificado como crime, mas danoso à imagem.

Relativa à Honra atingida: Na calúnia e na difamação, a honra afligida é a objetiva; já na injúria afeta-se a subjetiva.

Relativa ao momento de consumação do delito: Na calúnia e na difamação, o delito se configura como consumado, com o conhecimento de terceiro do fato atribuído; já a injúria se concretiza com o conhecimento da própria vítima da ofensa proferida.

Relativa à veracidade do fato: Na calúnia, exige-se que o fato imputado deva ser necessariamente falso; já em relação à injúria e a difamação, não há essa necessidade.

Relativa à determinação do fato: Para consumir-se a difamação há necessidade de que o fato seja determinado, ou seja, contenha detalhes que o especifiquem, já nos crimes de calúnia e injúria não se observa essa necessidade.

Relativa à necessidade do fato ser crime: Na calúnia, exige-se que o fato imputado seja tipificado como crime; já na difamação e na injúria, o fato pode ser enquadrado como crime ou contravenção.

Por sua vez Bitencourt (2003, p.382) descreve:

Assim como, a dignidade da pessoa humana, a honra é um valor pessoal que corresponde à posição que o ser humano ocupa entre os seus iguais e, além disso, a honra é, também, o interesse que o indivíduo tem de ser considerado de acordo com suas condutas, de modo que tal interesse é negativamente regulado pela ordem jurídica: proíbe-se todo o tratamento que expresse desconsideração com a dignidade da pessoa humana.

Em síntese, são crimes que atingem à honra do indivíduo (a) a calúnia, que é o ato de imputar falsamente a terceiro um fato tido como crime; (b) a difamação que trata-se da imputação de determinado fato ofensivo à reputação de alguém; e (c) a injúria, que restringe-se à ofensa da dignidade do sujeito passivo, seu decoro.

Com a exposição de informações pessoais e o acesso livre a toda a sociedade, a Internet vem dando espaço não só ao cidadão de bem como também aos maus intencionados, que desviam a finalidade dessa ferramenta, que veio para facilitar a comunicação e o trabalho da sociedade nas tarefas do dia a dia.

4.2 CALÚNIA

A calúnia significa dizer que uma pessoa cometeu determinado crime que na verdade não tenha cometido. É atribuir a alguém a responsabilidade pela prática de um fato determinado, definido como crime. A calúnia é tipificada em seu artigo 138 do Código Penal Brasileiro.

Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

§ 1º - Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga.

§ 2º - É punível a calúnia contra os mortos. Exceção da verdade

§ 3º - Admite-se a prova da verdade, salvo:

- se, constituindo o fato imputado crime de ação privada, o ofendido não foi condenado por sentença irrecorrível;

- se o fato é imputado a qualquer das pessoas indicadas no nº I do art. 141; III - se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível.

Esse delito é considerado o mais grave dos crimes contra a honra, uma vez que o sujeito sabe que a acusação é falsa e mesmo assim imputa a alguém específico a prática de um crime. Tal transgressão atinge a honra objetiva, ou seja, a honra que o indivíduo tem perante a sociedade.

Guilherme de Souza Nucci (2007, p. 609) conceitua o crime de calúnia:

Caluniar é fazer uma acusação falsa, tirando a credibilidade de uma pessoa no seio social. Possui, pois, um significado particularmente ligado à difamação. cremos que o conceito tornou-se eminentemente jurídico, porque o Código Penal exige que a acusação falsa realizada diga respeito a um fato definido como crime. Portanto, a redação feita no art. 138 foi propositadamente repetitiva (fala duas vezes em 'atribuir': caluniar significa atribuir e imputar também significa atribuir). Melhor seria ter nomeado o crime como sendo 'calúnia', descrevendo o modelo legal de conduta da seguinte forma: 'Atribuir a alguém, falsamente, fato definido como crime'. Isto é caluniar. Vislumbra-se, pois, que a calúnia nada mais é do que uma difamação qualificada, ou seja, uma espécie de difamação. Atinge a honra objetiva da pessoa, atribuindo-lhe o agente um fato desairoso, no caso particular, um fato definido como crime.

A exceção da verdade é um meio de defesa para o sujeito que imputou o fato descrito como crime, ou seja, se ele provar que aquele fato é verdadeiro então, em regra, ele não responderá pelo crime. Em algumas hipóteses essa exceção é afastada, e mesmo que seja provado a veracidade do fato o sujeito ainda responderá pelo crime de calúnia como consta os incisos I, II e III do artigo em ênfase.

Portanto, verifica-se que para a tipificação da calúnia é necessário a existência de três premissas: A imputação de fato determinado; A qualificação deste

fato como crime; E a falsidade da imputação. A consumação deste delito se dá quando um terceiro, que não é o sujeito passivo, tem conhecimento sobre a imputação feita ao ofendido.

Capez (2012, p. 173-174) nos ensina:

Ação nuclear do tipo é o verbo “caluniar”, que significa imputar falsamente fato definido como crime. O agente atribui a alguém a responsabilidade pela prática de um crime que não ocorreu ou que não foi por ele cometido. Trata-se de crime de ação livre, que pode ser praticado mediante o emprego de mímica, palavras (escrita ou oral), ressalvando-se que, se realizada por intermédio dos meios de informação (serviço de radiodifusão, jornais etc.), constituía crime previsto na Lei de Imprensa (vide, no entanto, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ADPF 130, tendo por objeto a Lei n. 5.250/67). Ressalte-se, finalmente, que o fato será enquadrado no Código Eleitoral se a calúnia for lançada em propaganda eleitoral. As espécies de calúnia (JESUS, 2000a, p. 466) são: a) inequívoca ou explícita: o agente afirma explicitamente a falsa imputação, por exemplo: “fulano de tal é o sujeito que a polícia está procurando pela prática de vários estupros”; b) equívoca ou implícita: a ofensa não é direta, depreendendo-se do conteúdo da assertiva, por exemplo: “não fui eu quem, por muitos anos, se agasalhou nos cofres públicos”; c) reflexa: imputar o crime a uma pessoa, acusando outra, por exemplo, dizer que “um Promotor deixou de denunciar um indiciado porque foi por ele subornado”. O indiciado também foi ofendido.

Um exemplo comum é o caso de mensagens deixadas no perfil de um usuário do Facebook ou outro site de relacionamento que imputa a ele a prática de determinado crime, como, por exemplo, que certa pessoa praticou um roubo ou um furto. (WENT, 2013; JORGE, 2013)

4.3 DIFAMAÇÃO

A difamação consiste em atribuir a alguém um fato vexatório ou desonroso. Não um crime, mas um fato humilhante. O artigo 139 do Código Penal Brasileiro define como:

Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa. Exceção da verdade

Parágrafo único – A exceção da verdade somente se admite se o ofendido é funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções.

Como a calúnia, este crime também protege a honra objetiva, portanto, também protege a reputação da vítima perante a sociedade. É estruturalmente muito parecida com a calúnia, a diferença é que este fato não é descrito como crime. E

como consta no parágrafo único de seu artigo, neste crime cabe apenas uma única hipótese da exceção da verdade.

Nas palavras de Hungria (1980, p. 84-85):

Consiste na imputação de fato que, embora sem revestir caráter criminoso, incide na reprovação ético-social e é, portanto, ofensivo à reputação da pessoa a quem se atribui. Segundo já foi acentuado, é estreita a sua afinidade com a Calúnia. Como está, é lesiva da honra objetiva (reputação, boa fama, valor social da pessoa) e por isto mesmo, supõe necessariamente a comunicação a terceiro. Ainda mais a Difamação, do mesmo modo que a Calúnia está subordinada a condição e que o fato atribuído seja determinado. Há, porém, diferenças essenciais entre uma e outra dessas modalidades de crime conta a honra: na Calúnia, o fato imputado é definido como crime e a imputação deve apresentar-se objetiva e subjetivamente falsa; enquanto na difamação o fato imputado incorre apenas na reprovação moral, e pouco importa que a imputação seja falsa ou verdadeira.

A transgressão de difamar alguém pode ser praticado via internet, como postagens em redes sociais com diversos materiais que ofenda ou denigra a imagem de determinada pessoa perante terceiros.

Neste sentido Capez esclarece:

O núcleo do tipo é o verbo “difamar”, que consiste em imputar a alguém fato ofensivo à reputação. Imputar consiste em atribuir o fato ao ofendido. A reputação diz respeito à opinião de terceiros no tocante aos atributos físicos, intelectuais ou morais de alguém. É o respeito que o indivíduo goza no meio social. A calúnia e a difamação ofendem a honra objetiva, pois atingem o valor social do indivíduo. Trata-se de crime de ação livre, que pode ser praticado mediante o emprego de mímica, palavra (escrita ou oral), ressalvando-se que, se realizada por intermédio de meios de informação (serviços de radiodifusão, jornais etc.), constituía crime previsto no art. 21 da Lei de Imprensa (vide comentários constantes do item 2.1., o qual trata da ADPF 130, tendo por objeto a referida Lei). Não importa que a imputação do fato seja falsa, ao contrário da calúnia, de modo que haverá crime ainda que o fato divulgado seja verdadeiro. O fato imputado não se deve revestir de caráter criminoso, do contrário restará configurado o crime de calúnia. A imputação de fato definido como contravenção penal caracteriza o crime em estudo. O fato deve ser concreto, determinado, não sendo necessário, contudo, descrevê-lo em minúcias. A imputação vaga e imprecisa, em termos genéricos, por outro lado, não configura difamação (nesse sentido: STJ, RT 714/418), podendo ser enquadrada como injúria. O fato ofensivo deve necessariamente chegar ao conhecimento de terceiros, pois o que a lei penal protege é a reputação do ofendido, o valor que o indivíduo goza na sociedade, ao contrário da injúria, em que há a proteção da honra subjetiva, bastando para a configuração do crime tão só o conhecimento da opinião desabonadora pelo ofendido.

Um exemplo de difamação no mundo virtual é propagar fatos ofensivos contra a reputação da vítima. O agente que divulgou nas redes sociais que determinado

empresário foi visto saindo ou entrando em local de prostituição praticou crime de difamação. Mesmo que prove que realmente o empresário foi visto no local, o crime subsistirá, pois independente do fato ser verdadeiro ou falso, o que importa é que prejudique a reputação da vítima. (WENT, 2013; JORGE, 2013).

4.4 INJÚRIA

Diferente dos outros dois crimes tipificados, a injúria atinge a honra subjetiva da vítima, não há a descrição de um fato imputado, basta ofender a dignidade de alguém. A consumação se dá quando a vítima toma conhecimento da ofensa, porquê é o íntimo dela que precisa ser atingido.

No ordenamento jurídico a injúria é disposta no artigo 140 do Código Penal Brasileiro:

Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

§ 1º - O juiz pode deixar de aplicar a pena:

- quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria;

- no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria.

§ 2º - Se a injúria consiste em violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: Pena - reclusão de um a três anos e multa.

O perdão judicial descrito nos incisos I e II do §1º, se aplica quando a própria vítima provoca o ofensor e este, por incitamento a ofende com uma injúria. Aqui, o juiz pode deixar de aplicar a pena por entender que a vítima foi quem deu causa ao crime. Ou quando um sujeito injuria o outro e o ofendido devolve com outra ofensa, isto é chamado de retorsão imediata. Portanto, o sujeito que devolveu a injúria pode ter o seu perdão decretado pelo juiz.

A respeito deste tipo penal, explica Aranha (1995, p. 63):

A injúria, ao lado de um sentido jurídico restrito, tem um sentido leigo, bem amplo, significando afronta, agravo, insulto, ofensa, ultraje, agressão a determinada pessoa por meio de palavras, atos, inventivas ou gestos insultantes. No sentido vulgar prevalece sob as duas restantes (calúnia e difamação), sendo a mais usada genericamente. Enquanto a calúnia e a difamação atingem a honra objetiva, a injúria agride a honra subjetiva. Nas duas primeiras visa-se atingir o ofendido perante terceiros, levando-o ao descrédito moral. Na última, como já realçado, atinge-se o brio pessoal.

Capez, por sua vez ensina:

A ação nuclear do tipo penal consubstancia-se no verbo “injuriar”, que é, conforme a definição de Néelson Hungria (1958a, v. 6, p. 90), “a manifestação, por qualquer meio, de um conceito ou pensamento que importe ultraje, menoscabo ou vilipêndio contra alguém”. Trata-se de crime de ação livre. Todos os meios hábeis à manifestação de pensamento podem servir à injúria: a palavra oral ou escrita, a pintura, o gesto etc. A injúria, ao contrário da calúnia e da difamação, não se consubstancia na imputação de fato concreto, determinado, mas, sim, a atribuição de qualidades negativas ou de defeitos. Consiste em opinião pessoal do agente sobre o sujeito passivo, desacompanhada de qualquer dado concreto. Por vezes, a injúria pode configurar desacato (art. 331 do CP) ou ultraje a culto (art. 208 do CP), isso porque tais crimes também consistem em violação à dignidade ou decoro pessoal; o crime de desacato, contudo, constitui um delito contra a Administração. No tocante ao crime de ultraje ao culto (“escarnecer de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa”), há um interesse social em proteger o sentimento religioso, de modo que a ofensa pública contra alguém por motivo de crença ou função religiosa configura o crime do art. 208 do CP, e não o crime de injúria.

Temos como exemplo de injúria, escrever no Facebook da vítima ou publicar em blogs que ela seria vagabunda, e dependente de drogas. Também comete este crime aquela que filma a vítima sendo agredida ou humilhada e divulga nas redes sociais. (WENT, 2013; JORGE, 2013).

4.5 OS CRIMES CONTRA A HONRA NO MEIO VIRTUAL

A internet é indispensável nos dias de hoje, ela é usada como ferramenta de trabalho, estudo, ou como forma de comunicação. Porém, há aqueles que pensam que o mundo virtual é uma terra sem leis, onde o sujeito mal-intencionado utiliza a internet para praticar crimes já que é motivado pela ideia de que o computador esconderá sua autoria.

Cada vez mais este tipo de conduta vem atingindo o bem jurídico dos indivíduos, ou seja, a honra, que vem sendo atacada pelo anonimato da internet.

De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) os celulares foram os grandes responsáveis pela expansão do acesso à internet nos domicílios brasileiros. Pela pesquisa, o celular foi o equipamento utilizado por 94,6% das pessoas que acessaram a rede em 2016. O acesso móvel está acima de 90% em todas as grandes regiões. Apesar de o celular ser predominante, outras formas

de acesso à rede são via microcomputador (63,7%), tablet (16,4%) e televisão (11,3%) (IDGNOW, 2018)

Segundo Rossini (2004, p. 110):

O conceito de “delito informático” poderia ser talhado como aquela conduta típica e ilícita, constitutiva de crime ou contravenção, dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva, praticada por pessoa física ou jurídica, com o uso da informática em ambiente de rede ou fora dele, e que ofenda, direta ou indiretamente, a segurança informática, que tem por elementos a integridade, a disponibilidade a confidencialidade.

Os crimes virtuais contra a honra aumentam cada vez mais com o surgimento de novas redes sociais. Ofender e acusar acaba sendo comum nesse tipo de rede. Como exemplos de ferramentas utilizadas para cometimento destes crimes temos: os e-mails, onde o usuário mal intencionado pratica crime enviando e-mail de forma anônima com difamação de terceiro ou divulgando informações acerca da vítima; os chats, que por sua vez é utilizado como meio de comunicação entre pessoas que muitas vezes não se conhecem, resultando na facilidade de inventar pseudônimos garantindo ainda mais seu anonimato na hora de cometer o crime; blogs, que é o instrumento utilizado na maioria das vezes para publicações de interesse público. Neles, o sujeito pode publicar notícias objetivando denegrir a imagem de terceiros; e as redes sociais, a ferramenta mais utilizada no mundo, uma vez que os agressores ficam disfarçados através de perfis falsos e endereços fictícios.

O grande contratempo nesses crimes praticados na internet é a dificuldade de repressão. Uma vez que, a legislação brasileira é insuficiente para coibir a prática dos crimes cibernéticos. Não temos tipificações penais adequadas para esta gama de crimes virtuais.

Quanto a ocorrência dos crimes contra a honra nas redes sociais, expõe Nucci (2016, p.216):

Novos caminhos, advindos da moderna tecnologia, criam outros veículos para se externar uma ofensa. Torna-se mais fácil identificar uma ofensa à honra por intermédio de um e-mail dirigido de determinada pessoa a outra. No entanto, o problema torna-se mais complexo nas redes sociais, não se podendo descartar qualquer crime contra a honra cometido dessa maneira. Em sites como o Facebook, muitas pessoas soltam a língua para falar de tudo e de todos, por vezes com palavras de baixo calão e transmitindo fatos falsos e degradantes a respeito de alguém determinado. É perfeitamente possível configurar um crime contra a honra num post do Facebook ou qualquer outro ambiente virtual similar, inclusive por meio de mensagens curtas postadas no Twitter.

O provedor ou o administrador do site, sendo pessoa jurídica, não pode ser incriminado. Tratando-se de pessoa física, que controla o conteúdo das postagens, tomando conhecimento e não apagando o post ofensivo, pode tornar-se partícipe. Alguns dirão que o post, ao ingressar no site, consuma o crime, por se tornar público, e ninguém poderia participar depois da consumação. No entanto, a Internet fornece uma nova forma de praticar o crime contra a honra, que é a permanência (em lugar da instantaneidade, por outros instrumentos). Enquanto a postagem ali está, a mensagem ofensiva está sendo repetida e repetida à exaustão, proporcionando o conhecimento a um maior número de pessoas, que inclusive podem compartilhá-la, incidindo no mesmo delito.

Como fica o caso das pessoas que se limitam a curtir a ofensa contra terceiro? Poderia ser um partícipe, em tese, pois concordou e deu seu aval. No entanto, cremos ser pouco para tomar feição de aderência à conduta criminosa. Há quem curta postagens de outros sem nem mesmo ler. Por outro lado, os que comentarem aquele post ofensivo, dando sua concordância ou colocando mais termos ofensivos, são partícipes do crime contra a honra. Ou podem ser até mesmo coautores, visualizando o caráter permanente da infração penal. Se a ofensa verbal é instantânea, a tecnologia permite, agora, o formato permanente, pois ela está presente, atingindo mais e mais pessoas até que seja retirada, finalizando a consumação.

5. LEGISLAÇÃO NO MUNDO VIRTUAL

5.1 LEI CAROLINA DIECKMANN

Até o ano de 2012 a única lei que existia a respeito da internet era a Lei 7.232/84 que veio como forma de prevenção concedendo incentivos fiscais para empresas do setor de tecnologia. Com relação aos crimes na internet em si, não havia nenhuma imposição, eles eram punidos de acordo com o caso concreto e baseando-se no Código Penal.

No dia 07 de novembro de 2012, a Câmara dos Deputados aprovou o projeto de Lei 2793/11 que se trata da tipificação criminal de delitos informáticos e dá outras providências. Ou seja, insere ao Código Penal leis específicas para crimes cometidos a partir de tecnologias novas, inclusive pela internet. Este projeto já estava no Congresso Nacional quando aconteceu o roubo e postagem de fotos íntimas da atriz Carolina Dieckmann na internet, fazendo com que o Congresso percebesse a necessidade de levar o projeto adiante com agilidade.

Penido (2013) diz:

Muito se tem falado sobre a Lei de Crimes praticados na Internet (Lei nº 12.737/2012), projeto do deputado federal Paulo Teixeira (PT-SP), mais conhecida como “Lei Carolina Dieckmann”. Alguns criticaram a rapidez com que o projeto caminhou depois que a atriz Carolina Dieckmann teve suas fotos íntimas arquivadas em seu computador pessoal divulgadas na internet,

afirmando tratar-se de um “casuísmo”; outros louvam a iniciativa. A verdade é que antes da Lei 12.737/2012, os especialistas da área de direito penal eletrônico afirmavam que 95% dos crimes ocorridos no meio informático já estavam previstos, havendo necessidade de se preencher essa lacuna de 5%. Só o tempo dirá se a lei atingiu seu objetivo.

A Lei dos crimes cibernéticos modificou o Código Penal incluindo os artigos 154-A e 154-B. Porém nem todos os crimes virtuais são tipificados nesta Lei. Há duas vertentes de crimes virtuais: os crimes praticados com o computador e os crimes praticados contra o computador. Este por sua vez são os delitos qualificados pelos artigos citados. E os crimes cometidos com o computador não estão disciplinados nesta Lei, como é o caso dos crimes contra a honra.

Estabelece o art. 154-A e 154-B do Estatuto Repressivo que:

Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita é conduta a ser apenada com detenção, de três meses a um ano, e multa.

Art. 154-B. Nos crimes definidos no art. 154-A, somente se procede mediante representação, salvo se o crime é cometido contra a Administração Pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios ou contra empresas concessionárias de serviços públicos.

Verifica-se que esta norma específica não engloba todo o campo de atuação dos criminosos, é perceptível que não há proteção para a maior parte da população, ou seja, ainda há brechas que necessitam ser preenchidas por outras legislações mais específicas e que venham a abranger outros tipos de crimes no mundo.

5.2 MARCO CIVIL DA INTERNET

Outro projeto de suma importância para o Direito Brasileiro foi o Projeto de Lei 21.626/11, conhecido como o Marco Civil da Internet, vindo a ser aprovado em 23 de abril de 2014, três anos após.

A Lei 12.965/2014 regulamenta o uso da Internet no Brasil, estabelecendo direitos e deveres aos usuários e provedores de internet.

Como explica Sydow (2015, p. 274):

Pode-se dizer que o Marco Civil estabelece vieses de princípios. No primeiro viés, estabelece a proteção ao usuário de internet, onde visa que

este tenha garantida a sua liberdade de pensamento para dispor sobre assuntos e opiniões públicas, desde que não ofendam a integridade de terceiros. Vale ressaltar que a garantia da liberdade de expressão determina que os conteúdos publicados só sejam retirados mediante autorização de quem os escreveu, o que cada usuário expressa em rede é personalíssimo, não podendo o provedor de acesso remover, exceto por determinação judicial. Nessa linha de proteção ao usuário, o Marco Civil estabelece ainda proteção aos dados pessoais e a proteção à privacidade, onde determina que os provedores devem ter os dados de seus clientes e não podem usá-los para fins comerciais. Igualmente, os provedores devem guardar os acessos de seus usuários por um período, para fins judiciais, caso ocorram. O ponto principal desse princípio é a guarda dos Logs, sendo ele obrigatório para empresas nacionais ou internacionais que tenham seus datacenters no Brasil. Para Spencer Sydow, a lei busca atribuição a margens seguras para deveres e responsabilidades – no caso concreto, aos usuários e aos prestadores de serviço na internet.

Os Tribunais já vêm moldando suas decisões em torno do Marco Civil. Como exemplo podemos ilustrar o julgado do Superior Tribunal de Justiça e pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

O julgado do REsp1512647 MG 2013/0162883-2 proferido pelo STJ, de relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão, prima pelo princípio da liberdade de expressão, de forma que a retirada de conteúdo da internet prescinde de ordem judicial, nos termos do artigo 19 do Marco Civil, ressalvado-se a exceção trazida por seu artigo 22, o qual não envolve direitos autorais e consolidando a ideia de responsabilidade subjetiva por parte dos provedores, que só ocorrerá em caso de omissão após o devido comando judicial. (BRASIL, 2015).

Seguem alguns trechos da referida decisão: Embora a Lei n. 12.965/2014 tenha reafirmado a regra da responsabilidade civil subjetiva dos provedores de aplicações de internet, exigiu ordem judicial específica para que eles tornem indisponíveis conteúdos gerados por terceiros e violadores de direitos, cuja inércia, aí sim, rende ensejo à responsabilidade civil, verbis: Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário. § 1º A ordem judicial de que trata o caput deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.

O Marco Civil da Internet estabelece princípios, garantias, deveres e direitos dos usuários da internet. Dentre as principais inovações trazidas, estão três que pode-se dizer como principais: a preservação da privacidade dos usuários da internet; a garantia da liberdade de expressão na utilização da rede mundial; e, a chamada neutralidade da rede.

Como uma das modificações desta lei temos os anúncios de publicidade, que antes do Marco Civil os provedores da internet relacionavam a pesquisa à assuntos publicitários e passavam então a colocar nas páginas pessoais do usuário que estava acessando. Com a lei em vigor, para que estes assuntos estejam nas páginas pessoais, é preciso que o usuário tenha uma manifestação livre, consciente e expressa.

Um dos avanços da lei foi a neutralidade da rede, que se refere tanto a privacidade dos usuários da internet quanto aos dados que estão circulando pela rede mundial. Desta maneira, não pode o provedor fazer distinção nem em quem está utilizando a rede e nem os dados que estão circulando.

Outra novidade é que hoje os dados pessoais que estiverem na rede mundial serão protegidos, há então a garantia da privacidade. Se for necessária a quebra de sigilo será em regra por meio de Ação Judicial. Outra hipótese será em casos que ocorra uma violação de intimidade, como por exemplo imagens de nudez de determinada pessoa que foram vazadas. Neste caso a vítima pode procurar diretamente o site ou serviço que hospeda sua imagem e requerer a retirada. Quanto à liberdade de expressão, a lei prevê que é garantido no meio mundial da internet a mesma liberdade de expressão que qualquer meio de comunicação tradicional.

Mas, ainda que a Lei referida estabeleça penalidades para o descumprimento de suas normas, não prevê qualquer tipo de infrações cibernéticas propriamente ditas. Diante disso, podemos dizer que o Brasil continua carente de normas específicas já que as normas abrangentes não acompanham a evolução das necessidades sociais.

6. APLICABILIDADE DA LEI PENAL NOS CRIMES VIRTUAIS CONTRA A HONRA

Hoje no Brasil as leis específicas que versam sobre os crimes na internet são limitadas. Percebe-se que as normas existentes não abrangem de forma objetiva e geral a maior parte dos crimes virtuais.

Os crimes contra a honra na internet são enquadrados no Código Penal Brasileiro, já que não existe lei vigente que especifique este tipo de crime virtual.

Estão elencados nos artigos 138, 139 e 140 do Código Penal. Para que seja qualificado os crimes de calúnia e difamação na internet, é fundamental que o insulto seja enviado para grande público, não só para a vítima; no caso da injúria, o envio da mensagem é para a própria vítima.

Sempre existiu a dúvida se os crimes virtuais contra a honra seriam punidos pela Lei Imprensa 5.250/67 que versava sobre práticas de abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação por meio de jornais, radiodifusão e serviços noticiosos ou pelo Código Penal, o que dependeria do caso concreto.

Os Tribunais vêm entendendo que os crimes praticados contra honra na internet devem ser legislados pela Norma Penal Brasileira e que a competência será do local onde encontra-se o responsável pela divulgação da notícia.

“COMPETÊNCIA. INTERNET. CRIMES CONTRA HONRA. A Seção entendeu, lastreada em orientação do STF, que a Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/1967) não foi recepcionada pela CF/1988. Assim, nos crimes contra a honra, aplicam-se, em princípio, as normas da legislação comum, quais sejam, o art. 138 e seguintes do CP e o art. 69 e seguintes do CPP. Logo, nos crimes contra a honra praticados por meio de publicação impressa em periódico de circulação nacional, deve-se fixar a competência do juízo pelo local onde ocorreu a impressão, uma vez que se trata do primeiro lugar onde as matérias produzidas chegaram ao conhecimento de outrem, de acordo com o art. 70 do CPP. Quanto aos crimes contra a honra praticados por meio de reportagens veiculadas na Internet, a competência fixa-se em razão do local onde foi concluída a ação delituosa, ou seja, onde se encontra o responsável pela veiculação e divulgação das notícias, indiferente a localização do provedor de acesso à rede mundial de computadores ou sua efetiva visualização pelos usuários. Precedentes citados do STF: ADPF 130-DF, DJe 6/11/2009; do STJ: CC 29.886-SP, DJ 1º/2/2008. CC 106.625-DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 12/5/2010”.

O julgado do STJ nº 0495, permanece com o parecer de que compete a Justiça Estadual processar e julgar os crimes contra a honra na internet.

“MANDADO DE SEGURANÇA - CRIMES CONTRA A HONRA PRATICADOS PELA INTERNET - REQUISIÇÃO DE ORDEM JUDICIAL PARA QUE O PROVEDOR FORNEÇA A IDENTIFICAÇÃO DO TITULAR DE DETERMINADAS CONTAS DE E-MAILS - CONCESSÃO DA SEGURANÇA - Como corolário

do princípio da dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal atual assegurou o direito à intimidade, proclamando no art. 5º, inciso XII a inviolabilidade do sigilo das comunicações telegráfica de dados e telefônica - Apesar da magnitude do direito em destaque, de cunho Constitucional, é sabido que as liberdades públicas estabelecidas não podem ser consideradas como tendo valor absoluto cedendo espaço em determinadas circunstâncias, sobretudo quando utilizadas para acobertar a prática da atividade ilícita - O fornecimento de dados cadastrais em poder do provedor de acesso à

Internet, que permitam a identificação de autor de crimes digitais, não fere o direito à privacidade e o sigilo das comunicações, uma vez que dizem respeito à qualificação de pessoas, e não ao teor da mensagem enviada”.

O informativo refere-se aos crimes contra a honra mediante ofensas por e-mail, ou seja, o usuário utiliza desta ferramenta para envio de mensagens com conteúdo degradante contra o autor da ação. Entendeu o Tribunal que desde que possibilite a identificação do autor da ofensa, os provedores disponibilizem dos dados cadastrais do ofensor, não ferindo o direito a privacidade e o sigilo das comunicações.

Nota-se que as decisões judiciais acerca dos crimes no âmbito virtual vêm ocorrendo com base nos casos concretos, já que em alguns casos a vítima conhece o autor das ofensas, e em outros o ofensor se esconde por trás do anonimato da internet tornado assim mais difícil o processo de reconhecimento.

Greco (2017, p. 775) entende:

A dificuldade em atribuir a autoria do fato vem em grande medida determinada pela dificuldade probatória que rodeia a ilicitude informática. Isso se deve à própria dinâmica do processamento informático, que impede detectar uma determinada atividade ou processo posteriormente à sua realização, e em outras ocasiões, devido a facilidade para fazer desaparecer, de forma fraudulenta, por meio da manipulação de programa e dados, as atividades, operações, cálculos ou processos que foram realizados anteriormente.

A testemunha de um crime virtual é a máquina e esta não sabe distinguir se o crime foi praticado com dolo ou culpa. Segundo PINHEIRO (2016, p. 326) “a tecnologia ajuda a documentar os atos de má-fé, no entanto não há tecnologia à prova da má-fé”.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O avanço da tecnologia com a amplitude da internet se tornou algo necessário hoje em dia. A popularização da rede virtual mundial acarreta efeitos positivos como as relações pessoais, resolução de problemas do dia a dia com um só com um click, e trouxe também efeitos negativos, pois algumas pessoas utilizam deste mesmo meio para fins delituosos.

Em consequência da difícil regulamentação das ações realizadas dentro do meio virtual, há a ideia de que os crimes cometidos na internet são difíceis de serem

punidos, uma vez que a sensação de anonimato faz com que os usuários se sintam a vontade para agir de má fé.

Na atualidade existem poucas normas que regulamentem os crimes no mundo virtual, o que temos como base são as decisões jurisprudenciais analisadas em cada caso concreto. Percebe-se que o nosso ordenamento jurídico não consegue acompanhar a evolução da tecnologia, necessitando avançar na mesma velocidade que a realidade tecnológica de hoje, criando novos dispositivos que regulamentem a prática de crimes que ainda não estão previstos e que acontecem cada vez mais.

A Criação da Lei Carolina Dieckmann e do Marco Civil da Internet são importantes para a repressão dos crimes virtuais, contudo, não são completas, deixam de tipificar outros inúmeros delitos criminosos que acontecem neste meio. Mostrando assim a necessidade de criação e provação de leis mais eficazes no combate aos crimes cibernéticos.

No Congresso Nacional tramitam Projetos de leis sobre a regulamentação deste tipo de crime, todavia, muitos deles ainda não foram aprovados, ou são insuficientes para punir os vários tipos de crimes ocorridos na rede mundial.

Diante disso, nota-se que o Sistema Jurídico ainda não está totalmente preparado para combater tais condutas, é preciso que o Código Penal seja revisado e modificado especificando e regulamentando outros tipos de crimes virtuais, inclusive crimes contra a honra, que é um dos mais cometidos neste meio, criando mais delegacias especializadas no combate a estes delitos que resolva de forma mais ágil facilitando o reconhecimento do criminoso. E que os projetos de Leis que estão em tramitação sejam aprovados mais rápidos, visto que com a tecnologia de hoje o número de crimes virtuais só aumenta e a dificuldade de punição também.

REFERÊNCIAS

ALBERTIN, L.A.; MOURA, R.M. **Enfoque gerencial dos Benefícios, e Desafios da Tecnologia de Informação para o Desempenho Empresarial**. Projeto de pesquisa desenvolvido com o apoio do Núcleo de Pesquisa e Publicações (NPP) da Escola de Administração de Empresas de São Paulo (EAESP) da Fundação Getulio Vargas (FGV). São Paulo: FGV-EAESP, 2003.

ALECRIM, E. **O que é Tecnologia da Informação (TI)?** 2015. Disponível em: <<http://www.infowester.com/ti.php>>. Acesso em: 10 de Março de 2019.>

ARANHA, Adalberto Jose Q. T. de Camargo. **Crimes contra a honra**. São Paulo:

Saraiva, 1995.

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

- Brasília, DF: Senado, 1988.

BEAL, Adriana. **O sistema de informação como estratégia empresarial.** São Paulo: Atlas, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial.** 3.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, volume 2.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte especial: dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos** (arts. 121 a 212). 5.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005, volume 2.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal.** ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 2.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em rede.** Tradução Roneide Venancio Majer. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999. (A era da informação: economia, sociedade e cultura; v. 1)

CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas. **Crimes digitais.** São Paulo: Saraiva, 2011, p. 94.

DAVENPORT, T. H. PRUSAK, L. **Conhecimento empresarial: como as organizações gerenciam o seu capital intelectual.** Rio de Janeiro: Campus, 1998.

DEITEL. H.M.; DEITEL P.J. **Como programar?** trad. Carlos Arthur Lang Lisboa. - 4.ed.- Porto Alegre: Bookman 2003

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico.** v. 2, São Paulo, Saraiva, 1998, p. 738.

FRANZINI, F. A. X. **Aplicações Web com Java.** Vitória, 9 jul. 2009.

Disponível em: <<http://imasters.uol.com.br/artigo/13463>>. Acesso em: 20 abril 2019.

GOODMAN, Danny. **JavaScript Bible Gold.** Ed Gold. Hungry Minds. 2001.

GRECO, Rogério. **Código Penal comentado.** 11 Ed. Rio de Janeiro, 2017.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. 6.

IDGNOW. **Brasil tem 116 milhões de usuários Internet e comunicação é principal uso.** Disponível em: <<http://idgnow.com.br/internet/brasil-tem-116-milhoes-de-usuarios-internet-e-comunicacao-e-o-principal-uso/>> Acesso em 10 de março de 2019.

JESUS, Damásio de. **Crimes contra a pessoa e Crimes contra o patrimônio.** São

Paulo, 2012, Edição32.

LECHETA, R. R. **Google Android**. São Paulo: Novatec, 2013.

MICHAELIS. **Dicionário escolar língua portuguesa**. – São Paulo. Editora melhoramentos, 2008.

MUKHI, V.; MUKHI, S.; KOTTECHA, N. **Java Servlets JSP**. Tradução: Ariovaldo Griesi. São Paulo: Makron Books, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 609.

NUCCI, Guilherme Souza. **Curso de Direito Penal - v. 2 - Parte Especial**. Forense, 11/2016. p. 216

Paul J Deitel e Harvey Deitel;1 jan 2011. por Paul Deitel e Harvey Deitel edicao 10 pag6

PENIDO, Flávia. **OS crimes previstos na Lei Carolina Dieckmann**. Disponível em: <<http://www.tiespecialistas.com.br/2019/03/os-crimes-previstos-na-lei-carolina-dieckmann/>>. Acesso em: 10 de Março de 2019.

PEREIRA, Lúcio; DA SILVA Michel. **Android Para Desenvolvedores**. Rio de Janeiro: Brasport, 2009

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**, 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502635647/ci/395!/4/4@0:0.00>>.

PORTER, M. E. **Estratégia competitiva: técnica para a análise da indústria e da concorrência**. Rio de Janeiro: Campus, 1986.

ROSA, Fabrízio. **Crimes de Informática**. Campinas: Bookseller, 2005, 2ª Edição. 142p.

ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. **Informática, Telemática e Direito Penal**. São Paulo: Memória Jurídica, 2004.

ROQUE, Sérgio Marques. **A Tecnologia mudando o perfil da Criminalidade**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. A.7,n.34, fev/abr. 2003 p. 15.

SILVA, Joseilton Matias da. **História do Corpo de Bombeiros e da Polícia Militar da Paraíba**. - João Pessoa: Universidade Federal da Paraíba, 2014.

Superior Tribunal de Justiça. CC 29.886-SP , DJ 1º/2/2008.CC 106.625-DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 12/5/2016.

SYDOW, Spencer Toth. **CRIMES INFORMÁTICOS E SUAS VÍTIMAS**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 360 p. De acordo com a lei n 12.965, de 2014-Marco Civil da Internet.

TURBAN. Efrain, MClean; WETHERBE James. **Tecnologia da Informação para gestão**. 3º Ed, 2004.

WENT, Emerson; JORGE, Higor Vinicius Nogueira. **Crimes Cibernéticos: ameaças e procedimentos de investigação**. 2. ed. Rio de Janeiro: Brasport, 2013.

EXCLUDENTE DE ILICITUDE DO AGENTE DE SEGURANÇA PÚBLICA COM OBJETIVO DE CESSAR IMINENTE AGRESSÃO

Higo Wesley Brandão da Silva

Albérico Santos Fonseca

RESUMO: O atual trabalho tem objetivo de analisar a excludente de ilicitude do agente de segurança pública com objetivo de cessar iminente agressão, observando que é permitido em nossa legislação conforme o Art. 25, Portaria Interministerial 4.226/2010 e Lei 13.060/2014, doutrinas brasileiras e os diplomas legais aos quais os policiais estão submetidos. Observa-se que é necessária a complementação de todos os requisitos legais objetivos e subjetivos para a configuração da legítima defesa como excludente de ilicitude, com a função de assegurar a proteção ao agente nas situações expressas pela lei, salientando que o excesso culposo e doloso é proibido. O trabalho aborda também o avanço da criminalidade como motivadora da necessidade de otimização de normas, sobretudo a legítima defesa como excludente de ilicitude dos agentes, com o objetivo de combater criminosos portando fuzil e conseqüentemente a diminuição de mortes de civis e policiais.

Palavras-chave: Legítima Defesa. Excludente de Ilicitude. Atividade Policial

ABSTRACT: The present paper has the objective of analyzing the exclusion of illicitness of the public security agent with the purpose of ceasing imminent aggression, observing that it is permitted in our legislation according to Art. 25, Interministerial Ordinance 4,226 / 2010 and Law 13,060 / 2014, Brazilian doctrines and the legal diplomas to which the police are subjected. It is observed that it is necessary to complete all legal requirements objective and subjective for the configuration of the legitimate defense as excluding of illegality with the function of ensuring the protection of the agent in situations expressed by law, pointing out that the culpable and intentional excess is prohibited. The paper also discusses the advance of crime as a motivator of the need to improve standards, especially legitimate defense as an illegality exclusionary of agents, with the aim of combating criminals carrying a rifle and consequently reducing civilian and police deaths

Key words: Self-defense. Illegality Exclusionary. Police Action

1 INTRODUÇÃO:

O trabalho em questão tem a finalidade de analisar acerca do instituto jurídico da Legítima Defesa, como excludente de ilicitude na atuação policial, com o propósito de cessar iminente agressão, sob a ótica do Código Penal (BRASIL, 1940), bem como a atual discussão abordada pelo Ministro da Justiça e Segurança Pública do Brasil, Sérgio Moro, com o projeto de Lei Anticrime, ainda em tramitação no

Congresso, com foco na Segurança Pública no Brasil. De acordo com a notícia do (G1,2019), o Projeto de Lei pretende incluir um parágrafo único (com dois incisos) ao art. 25 e a inserção de dois parágrafos ao art. 23 com a possibilidade da pena ser reduzida até a metade, ou poderia até mesmo deixar de ser aplicada, se o policial agir em legítima defesa devido ao medo, surpresa ou emoção do agente policial que, em risco iminente de conflito armado, executa ação para cessar iminente agressão a bem jurídico próprio ou alheio.

A atividade policial, em áreas específicas, onde existe a forte presença do crime organizado e do tráfico de drogas, frequentemente resultam em confrontos armados dos quais infelizmente causam inúmeras baixas de policiais e inocentes cotidianamente em nosso país, segundo observamos em noticiários. Portanto, em consequência, e com a finalidade de suprimir o crescente aumento da violência em todas as regiões do país, vários doutrinadores do Direito juntamente com órgãos de Segurança Pública tem debatido em relação a mudanças no ordenamento jurídico atual, especificamente em relação aos Artigos 23 e 25 do Código Penal Brasileiro, os quais referem-se a Legítima Defesa.

Nessa perspectiva, a seleção do assunto partiu do interesse de mostrar o cenário em que a atuação policial possui amparo na legítima defesa, no qual, este trabalho desenvolve acerca da vigente legislação que dá guarida como também endossa a legítima defesa no exercício da atividade policial, obedecendo, aos princípios da legalidade e examinando as interpretações doutrinárias em conformidade com Luiz Gustavo Danzmann, Guilherme de Souza Nucci, Cezar Roberto Bitencourt entre outros. E finalmente verificar a dificuldade atual na atividade policial e a respeito da modificação do ordenamento jurídico vigente com o desígnio de resguardar o policial no combate à violência no Brasil.

Este artigo está distribuído em 03 (três) capítulos. No primeiro, será desenvolvido noções introdutórias acerca das Excludentes de Ilícitude, previstas no Art. 23 do Código Penal.

No segundo capítulo, será apresentado conceito, fundamentos e os requisitos da atual legislação sobre a Legítima Defesa na atividade policial, conforme o Art. 25º do Código Penal (BRASIL, 1940), Portaria Interministerial 4.226/2010 e a Lei 13.060/2014.

No terceiro capítulo, será exposto as entrevistas dos agentes de segurança pública conforme o Documentário Heróis do Rio de Janeiro (2019) no tocante das dificuldades do exercício policial neste momento no Brasil e a respeito do tema da modificação do ordenamento jurídico vigente, com o objetivo de resguardar o policial e os cidadãos no exercício do dever com projeto de Lei Anticrime.

2 EXCLUDENTES DE ILICITUDE

2.1 CONCEITO DE ILICITUDE

Consoante ao entendimento de Capez (2012, p. 301), o Código Penal, através dos legisladores, indicará as condutas mais prejudiciais ao corpo social, especificando-as em arquétipos incriminadores como típicos, por esse motivo, e conseqüentemente, qualquer fato considerado típico em nosso ordenamento jurídico, passa a incidir sobre ele, a presunção da ilicitude.

Constituindo-se a partir do conceito de Greco (2014. P. 315) observa-se que “Ilicitude, ou antijuridicidade, é a relação de antagonismo, contrariedade entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico.”

Em relação ao mesmo tema, complementa Nucci (2014, p. 203), “ É a contrariedade de uma conduta com o direito, causando efetiva lesão a um bem jurídico protegido.”

Conseqüentemente se a conduta de um agente chocar-se contra o que está previsto no ordenamento jurídico, o direito entende que esta ação seja ilícita, pois conforme o art. 1 do código penal, não há crime sem lei anterior que o defina, discorre Greco (2016, p. 417).

2.2 ELEMENTOS SUBJETIVOS E OBJETIVOS NAS CAUSAS DE EXCLUSÃO DA ILICITUDE

Contribuindo com a teoria objetiva em questão, Nucci (2014, p. 205) sustenta que na análise do fato, não é necessária a apreciação do estado subjetivo do agente

considerando-se que o fundamental em questão é a proteção de um direito. O que determina é o fim objetivo da ação, e não o fim subjetivo.

Ainda sobre o princípio objetivo, Magalhães (1998, p. 141) destaca que a necessidade para apreciar a subjetividade de um agente na circunstância da legítima defesa apenas encontrar-se-á imprescindibilidade para compreender se de fato houve por parte do indivíduo o erro de cálculo e excesso no modo da reação.

Sabendo que em nosso ordenamento é adotada a teoria finalista, é importante observar a teoria subjetiva também, visto que, para o ordenamento jurídico é imprescindível que haja motivação de proteger um bem jurídico valioso e da qual a preservação seja examinada no caso determinado, nesse sentido desenvolve Nucci (2014, p. 206).

Ainda de acordo com o nosso ordenamento, se o agente realmente defender um terceiro, mesmo que sua intenção fosse de aproveitar-se da situação para uma vingança para com o agressor do terceiro, seria configurado a legítima defesa, dado que deve prevalecer o objetivo de defesa. Naturalmente, tendo a noção de inimizade entre o defensor e agressor, comporta examinar com mais atenção a forma que os meios foram empregados e à moderação, consoante Nucci (2014, p. 207).

2.3 EXCLUDENTES DE ILICITUDE PREVISTAS NO ART. 23 DO CÓDIGO PENAL

No Código Penal (BRASIL, 1940), as causas de exclusão da ilicitude previstas na Parte Geral e válidas, portanto, para todas as condutas típicas estabelecidas na Parte Especial ou em leis penais especiais são:

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito. Excesso punível

Parágrafo único - O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposos.

2.3.1 ESTADO DE NECESSIDADE

2.3.1.1 CONCEITO

Previsto expressamente no Art. 23, inciso I e exemplificado no Art. 24 do Código Penal, Bitencourt (2014, p 409) considera que o estado de necessidade é o conflito de bens jurídicos, cujo quais, entre eles, exista uma distinção de um mais importante para ser preservado em privação de outro menos importante, como em uma balança que devido à importância maior de um bem, irá inclinar-se para um dos lados, resultando a preservação do mais significativo. Prossegue “O que justifica a ação é a necessidade que impõe o sacrifício de um bem em situação de conflito ou colisão, diante da qual o ordenamento jurídico permite o sacrifício do bem de menor valor” (FRAGOSO, 1985, p. 189).

Devido à complexidade de uma situação, ocorrerá momentos em que será delicado num caso concreto, visto que:

A colisão de bens jurídicos pode acontecer não somente entre bens de distinto valor (sacrificar um bem móvel alheio para preservar a própria vida), mas também entre bens de iguais valores (deixar de salvar a um terceiro desconhecido para salvar um parente próximo). Quando, no exemplo clássico, dois naufragos disputam a mesma tábua, que não suporta mais de um, uma vida terá de ser sacrificada para salvar outra. Em tais hipóteses, o Direito, reconhecendo sua importância para salvar os bens em perigo, admite que um deles seja sacrificado em benefício do outro, aguardando a solução natural, para proclamá-la legítima. (BITENCOURT, 2014, p. 409)

Diferentemente do estado de necessidade, Rogério Greco descreve que: Em suma, deve ser frisado que a regra do estado de necessidade é a colisão de bens juridicamente protegidos, ao contrário da legítima defesa, em que um dos agentes atua de forma contrária ao ordenamento jurídico, sendo autor de uma agressão injusta, enquanto o outro atua amparado por uma causa de exclusão de ilicitude, sendo pois, permitida a sua conduta. (GRECO, 2014, p. 323)

Para que qualifique o estado de necessidade, explica Greco (2014, p. 323), é obrigatório a existência de todos os requisitos do Art. 24 do Código Penal, como também o elemento subjetivo previsto na mesma norma, como encontra-se a seguir:

Art. 24. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se. (BRASIL, 1940)

Para encerrar, Greco (2014, p. 325) prossegue: “Em síntese, o Código Penal optou pelo estado de necessidade justificante, ou seja, aquele que tem por finalidade eliminar a ilicitude, elencando, na redação do Art. 24, os elementos objetivos necessários”.

2.3.2 LEGÍTIMA DEFESA

2.3.2.1 CONCEITO

A legítima defesa é uma excludente de ilicitude prevista no Art. 23, inciso II do Código Penal, que em princípio assegura ao agente que repele uma agressão injusta atual ou iminente a garantia de não ser penalizado, considerando-se a exclusão da ilicitude como observamos a seguir:

Art. 25. Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. (BRASIL, 1940)

Consoante ao que Nucci (2014, p. 213) explica, refere-se aos meios necessários para suprimir de forma sistemática uma hostilidade “agressão injusta”, atual ou iminente em contraposição a direito próprio ou de terceiro.

A legítima defesa, é “um dos institutos jurídicos mais bem elaborados através dos tempos, representa uma forma abreviada de realização da justiça penal e da sua sumária execução” (BITENCOURT, 2014, p. 422).

No entanto, é imprescindível observar que:

Tal permissão não é ilimitada, pois encontra suas regras na própria lei penal. Para que se possa falar em legítima defesa, que não pode jamais ser confundida com vingança privada, é preciso que o agente se veja diante de uma situação de total impossibilidade de recorrer ao Estado, responsável constitucionalmente por nossa segurança pública, e, só assim, uma vez presentes os requisitos legais de ordem objetiva e subjetiva, agir em sua defesa ou na defesa de terceiros. (GRECO, 2014, p. 341)

No próximo capítulo, o conteúdo sobre a legítima defesa será abordado com mais detalhes e será examinado todos os elementos e requisitos para a legalidade dessa excludente de ilicitude e a relação com a atuação policial.

2.3.3 ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL

2.3.3.1 CONCEITO

Essa excludente encontra-se na primeira parte do Art. 23, inciso III do Código Penal, e esclarece que: “quem pratica uma ação em cumprimento de um dever imposto por lei não comete crime” (BITENCOURT, 2014, p. 430).

Portanto, como explica Greco (2014, p. 369), é imprescindível que haja uma obrigação prevista por lei, que na maioria das vezes são postas aos agentes como os policiais e oficiais de justiça para o cumprimento de uma obrigação. No estrito cumprimento de dever legal dos agentes, pode ocorrer situações que a lei impõe determinadas condutas típicas, que não serão consideradas ilícitas, mas sempre observando os limites impostos pela lei para não cometer abusos.

Assim, dispondo como exemplo:

Se um oficial de justiça, cumprindo um mandado de busca e apreensão de um televisor, por sua conta resolver também fazer a apreensão de um aparelho de som, já antevendo um pedido futuro, não terá agido nos limites estritos que lhe foram determinados, razão pela qual, com relação à apreensão do aparelho de som, não atuará amparado pela causa de justificação. (GRECO, 2014, p.369)

Por esse motivo, deve-se observar que: “o limite do lícito termina necessariamente onde começa o abuso, pois aí o dever deixa de ser cumprido estritamente no âmbito da legalidade, para mostrar-se abusivo”, esclarece Bitencourt (2014, p.431).

2.3.4 EXERCÍCIO REGULAR DO DIREITO

2.3.4.1 CONCEITO

Essa excludente encontra-se na segunda parte do Art. 23, inciso III do Código Penal e que segundo o entendimento de Nucci (2014, p. 231) “É o desempenho de

uma atividade ou prática de uma conduta autorizada por lei, que torna lícito um fato típico”. Continua Bitencourt:

O exercício de um direito, desde que regular, não pode ser, ao mesmo tempo, proibido pela ordem jurídica. Regular será o exercício que se contiver nos limites objetivos e subjetivos, formais e materiais impostos pelos próprios fins do Direito. Fora desses limites, haverá o abuso de direito e estará, portanto, excluída essa causa de justificação prevista no art. 23, III, do nosso Código Penal. (BITENCOURT, 2014, p. 432)

3 LEGÍTIMA DEFESA COMO EXCLUDENTE DE ILICITUDE NA ATIVIDADE POLICIAL COM OBJETIVO DE CESSAR IMINENTE AGRESSÃO INJUSTA

3.1 DEVER CONSTITUCIONAL

Inicialmente, é relevante averiguar a atuação da polícia no tocante aos aspectos constitucionais, ou seja, o próprio diploma constitucional atual do Brasil, onde se encontram os princípios que orientam a preservação da ordem pública em todos os seus pontos. A Constituição Federal de 1988 determina em seu Art. 144 que:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

- I - polícia federal;
- II - polícia rodoviária federal;
- III - polícia ferroviária federal;
- IV - polícias civis;
- V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

3.2 MONOPÓLIO ESTATAL E A INDAGAÇÃO DA SUBVENÇÃO DA LEGÍTIMA DEFESA

É notório a complexidade de compreensão da razão de que o Estado exerça o monopólio do uso da força, pois desde “a visão contratualista de Thomas Hobbes (1588-1679), ‘os pactos sem espada não passam de palavras sem força para dar segurança a ninguém’” (DANZMANN, 2018).

Considerando o contexto histórico dos Estados Modernos e com o fortalecimento de estruturas indispensáveis das sociedades modernas. O Estado iniciou a prática do monopólio da força. Porém, só com a disseminação de ideias liberais, que os indivíduos usufruíram de liberdade e paz com a polícia desempenhando posto de destaque na atuação exclusiva do uso da força. As principais transformações tiveram início a partir do final do século XVIII, havendo o ápice por todo o século XIX, o que levou a profundas mudanças sociais. Nesse momento, a polícia começou a desempenhar suas atividades em conformidade às Constituições, normas e a fiscalização jurídica, exercendo apenas as obrigações de preservar a segurança, tranquilidade e garantir a ordem pública. O Estado passando a assumir a obrigação e o conjunto de instituições de garantia da ordem pública, promoveu com base no Direito, a proibição dos cidadãos o uso da força, exceto aqueles apontados pelo Estado. A exceção do uso da força para aqueles indicados pelo Estado decorre na justificação de que o Estado democrático de direito não é onipresente, portanto, na conjuntura da vingança particular, proibida, e a coibição Estatal, o ordenamento jurídico concede ao particular a permissão de defesa contra agressões ilícitas (DANZMANN, 2018).

O amparo aos cidadãos com o auxílio à legítima defesa é devido, pois:

Disso resulta, a contrário de outras posições, o surgimento da legítima defesa como um direito ao particular derivado de um poder Estatal; poder este que, em situações extremas nas quais a polícia não consegue exercer seu dever de proteção do cidadão, é permitido entre os particulares (DANZMANN, 2018, p. 25, grifo nosso)

Perante a necessidade que os particulares pudessem se defender, o direito derivado do Estado que originou a legítima defesa, na visão de Zaffaroni, exemplifica que:

Na realidade, o fundamento da legítima defesa é único, por que se baseia no princípio de que ninguém pode ser obrigado a suportar o injusto. Trata-se de uma situação conflitiva, na qual o sujeito pode agir legitimamente, porque o direito não tem outra forma melhor de garantir o exercício de seus direitos, ou melhor, a proteção de seus bens jurídicos (ZAFFARONI, 2013, p. 518)

3.3 ELEMENTOS DA LEGÍTIMA DEFESA

É conhecido que os principais fundamentos da Legítima Defesa se encontram consolidados no ordenamento jurídico do Brasil (Código Penal de 1940 e

modificações posteriores) em duas vertentes elementares, das quais, a da proteção individual e a do prevalecimento do Direito. A justificação para a Legítima Defesa estará presente sempre que exista uma ação típica, e que seja necessário impedir ou repelir uma agressão antijurídica, atual ou iminente, contra interesse próprio ou de terceiros.

Portanto para caracterizar a Legítima Defesa é necessário de acordo com o Código Penal (1940) a existência coexistente de alguns requisitos: agressão injusta, atual ou iminente; direito (bem jurídico) próprio ou alheio; meios necessários usados moderadamente; elemento subjetivo: vontade de defender.

3.3.1 AGRESSÃO INJUSTA, ATUAL OU IMINENTE

Bitencourt (2014) explica que agressão será toda e qualquer conduta de um indivíduo que venha lesionar ou que ponha em risco um bem ou interesse tutelado pelo ordenamento jurídico, como exemplo: a vida de pessoas.

Prossegue Bitencourt (2014) que, é desimportante a circunstância de que uma “agressão configurar, ou não, um ilícito penal, uma vez que o art. 25 do Código Penal não faz restrições a respeito; logo, é suficiente que no mínimo a agressão constitua um fato ilícito, ao caso contrário não será uma agressão injusta.”

O autor Bitencourt ainda explica que:

A ilicitude na área penal não se limita à ilicitude típica, ou seja, à ilicitude do delito, sempre e necessariamente típica. Com esse entendimento, a agressão autorizadora da reação defensiva, na legítima defesa, não necessita revestir-se da qualidade de crime, isto é, não precisa ser um ilícito penal, mas deverá ser, no mínimo, um ato ilícito, em sentido amplo, por não existir legítima defesa contra atos lícitos. (BITENCOURT, 2014, p. 424)

O Bitencourt (2014) ainda esclarece que, além do mais, a agressão injusta necessita ser atual ou iminente. Agressão atual é a conduta que está acontecendo (presente), conduta esta que ainda não foi finalizada; iminente é o que está prestes a acontecer, portanto não admite nenhuma demora para a repulsa.

A ação do agredido (agente de segurança) para caracterizar a legítima defesa pode ser preventiva em consequência a uma agressão injusta iminente, encontrando-se focada, sobretudo, a suprimir o início da ofensa, mas pode designar-

se a evitar, ante uma agressão injusta atual, a sua continuidade, com o propósito de impedir que se tenha um dano maior ao bem jurídico.

Nucci (2014) esclarece que na circunstância da iminência, é necessário considerar a situação de ameaça gerada no espírito de quem se defende. Por essa razão:

Seria demais exigir que alguém, visualizando agressão pendente, tenha que aguardar algum ato de hostilidade manifesto, pois essa espera lhe poderia ser fatal. Exemplo: o avanço do inimigo na direção do outro, carregando revólver na cintura, proferindo ameaças de morte, autoriza a reação. Aguardar que o agressor saque da arma e dê o primeiro disparo é contar com a sorte, já que o único tiro dado pode ser certo e mortal. (NUCCI, 2014, p. 216)

De acordo com a implantação do princípio de proporcionalidade dos bens e suas consequências no âmbito justificador da legítima defesa, podemos examinar que:

No Brasil há dois diplomas que juntos disciplinam e orientam o uso da força e de arma de fogo na atividade policial, e neles há regulamentação específicas do emprego de armas de fogo contra pessoas em situações de legítima defesa.

O primeiro é a Portaria Interministerial 4.226/2010, 31 de dezembro, que “estabelece diretrizes sobre o uso da força pelos agentes de segurança pública” e, em seu Anexo I, depois de dizer na diretriz n.º 2 que o uso da força por agentes de segurança pública deve obedecer aos princípios de legalidade, necessidade, proporcionalidade, moderação e conveniência, diz no n.º 3 que: “Os agentes de segurança pública não deverão disparar armas de fogo contra pessoas, exceto em casos de legítima defesa própria ou de terceiro contra perigo iminente de morte ou lesão grave”. (DANZMANN, 2018, p.20, grifo nosso)

Consequentemente, observamos que, o agente de segurança pública poderá agir, sim, mas visando a efetividade para suprimir uma agressão iminente, com o objetivo óbvio de preservar a integridade física própria (vida) e da população como verificamos na Portaria Interministerial 4.226/2010, pois, devido a obrigação dos agentes de segurança para com a sociedade, é frequente para os agentes encontrar hostilidade por parte dos criminosos durante cumprimento do dever. Danzmann também cita outro diploma, a Lei 13.060/2014, de 22 de dezembro, que disciplina o uso de instrumentos de menor potencial ofensivo pelos agentes de segurança pública, em todo o território nacional, conforme pode-se observar:

Art. 2º Os órgãos de segurança pública deverão priorizar a utilização dos instrumentos de menor potencial ofensivo, desde que o seu uso não coloque em risco a integridade física ou psíquica dos policiais, e deverão obedecer aos seguintes princípios:

I - legalidade;

II - necessidade;

III - razoabilidade e proporcionalidade.

Parágrafo único. Não é legítimo o uso de arma de fogo:

- I - contra pessoa em fuga que esteja desarmada ou que não represente risco imediato de morte ou de lesão aos agentes de segurança pública ou a terceiros; e
- II - contra veículo que desrespeite bloqueio policial em via pública, exceto quando o ato represente risco de morte ou lesão aos agentes de segurança pública ou a terceiros. (BRASIL, 2014)

Observando a Lei 13.060/2014, Danzmann esclarece que:

Apesar deste último diplomano se referir taxativamente a casos em que o agressor cria ilicitamente tais riscos, se de toda forma só é lícito o recurso a arma de fogo contra pessoas quando da existência de um risco atual (imediato) aos bens vida e integridade física essencial, por maioria de razão, será tanto mais lícito quando esse risco for criado ilicitamente. Por fim, desde logo, em face do acautelamento à vida, é evidente que não será toda ofensa à integridade física capaz de ser equiparada ao bem vida para daí legitimar o recurso a arma de fogo, só as ofensas graves. (DANZMANN, 2018)

Não é incomum que mesmo na presença de uma agressão atual e ilícita, o fundamento para a atuação policial não é a situação de necessidade, mas sim, a obrigatoriedade do cumprimento de um dever em razão do exercício de uma função pública, pois, como argumento, alega-se que o **dever de enfrentar** o perigo que impulsiona os policiais, ou porque ocorre diretamente de lei, conforme o Art. 144 da Constituição Federal ou por ser um dever jurídico supralegal, o dever de agir, e todo dever de agir na esfera do direito penal é dever legal, explica Danzmann (2018, grifo nosso).

3.3.2 AGRESSÃO CONTRA DIREITO PRÓPRIO OU DE TERCEIROS

Existe a possibilidade do agente conforme previsto no Art. 25 (BRASIL, 1940) intervir para proteger não só a si mesmo contra uma agressão injusta, mas também interceder na defesa de terceira pessoa que nem mesmo a conhece. A vontade do agente será destacada, desta forma evidenciando o elemento subjetivo da legítima defesa, como explica Greco (2014).

Nucci (2014) ainda afirma que, permitindo que o agente defenda terceiros desconhecidos, torna-se uma das conjecturas em que o direito admite e incentiva a solidariedade.

A corrente doutrinária majoritária e mais antiga, conhecida por solução de direito penal, interpreta que os **agentes policiais** que se encontram em necessidade, própria ou de **terceiros**, possam atuar motivados em conformidade à legítima defesa do mesmo modo que um cidadão qualquer, como explica Danzmann

(2018, grifo nosso).

3.3.3 UTILIZAÇÃO DOS MEIOS NECESSÁRIOS PARA REAÇÃO

De acordo com Nucci (2014), os meios necessários são aqueles, suficientes e eficazes, para suprimir uma agressão contra um bem juridicamente tutelado pelo ordenamento jurídico, infligindo o menor dano possível ao agressor (atacante). Na legítima defesa não é obrigado a fuga do agredido em contraposição ao estado de necessidade, tendo em vista que se trata de injusta agressão. Sendo assim admitido a possibilidade do agente usar os meios que estiverem ao seu alcance, quaisquer que sejam.

Greco (2014) ainda complementa, dizendo que além da indispensabilidade da reação ser eficaz e suficiente, vale observar que, a ação pode ser admitida ante uma agressão injusta iminente, permanentemente considerando a devida proporcionalidade entre o bem que se visa proteger e a devida reação de defesa contra o agressor. Os principais fundamentos nesse caso, é a devida aferição da utilização dos meios empregados pelo agente, que são: proporcionalidade e o da razoabilidade.

Em relação ao emprego de agentes de segurança pública, deve-se observar:

Uma intervenção policial, não só às necessárias ao cumprimento de um dever imposto por lei, o nível de força (intensidade da força escolhida pelo agente de segurança pública em resposta a uma ameaça real ou potencial) empregue pela polícia deve ser sempre condicionado pelo comportamento do(s) cidadão(s) sob intervenção, e pode variar desde a presença policial até o uso da força letal, sendo que entre esses extremos incluem-se, por exemplo, a verbalização, o controle físico e o nível de força proporcionado pelo emprego de armas, munições e equipamentos de menor potencial ofensivo. (DANZMANN, 2018, p. 66)

As ocorrências com reféns também são obrigatórias a observância dos principais requisitos conforme:

Mesmo nesses casos, em que ocorre o chamado tiro de comprometimento, a atuação policial é subsumível à ação de legítima defesa. Essa alternativa tática, adotada pela polícia para neutralizar a ação do perpetrador do evento crítico - o sequestrador -, só tem lugar de ser quando o risco à vida na situação de crise se encontra num nível de insuportável tolerância: é uma situação fática de necessidade, que diante da falência da negociação e de outras alternativas táticas menos ofensivas impele o comandante da operação a ordenar o "sinal verde" para que o atirador de precisão efetue o disparo para a neutralização do agressor (DANZMANN, 2018, p. 69)

O agente deve se valer de métodos pertinentes na repulsa do agressor, tendo em vista a Lei 13.060/2014, sob pena de incorrer excesso.

3.3.4 ELEMENTO SUBJETIVO: VONTADE DE DEFENDER

A observância subjetiva na reação contra uma agressão injusta, segundo Greco (2014), é necessária, tendo em vista que mesmo sendo dispensável a compreensão de que a conduta do agressor (atacante) seja ilícita, é primordial que tenha-se a vontade de se defender para que seja capaz a consideração da reação como legítima defesa.

Considera também sobre o assunto o que Welzel (2004, p. 125) diz “A ação de defesa é aquela executada com o propósito de defender-se da agressão. O que se defende tem de conhecer a agressão atual e ter vontade de defender-se”

O exemplo usado pelo Marinho (2019) é construtivo para esclarecer sobre a subjetividade da legítima defesa, quando ele discorre:

Um matador de aluguel posiciona-se com seu armamento e visualiza seu alvo que se encontra atrás de um muro apenas com a parte do corpo exposta. O matador de aluguel mira e efetua o disparo que leva o seu alvo a óbito

Ocorre que, quando foi atingido pelo disparo, o alvo do matador de aluguel estava enforcando uma terceira pessoa que sequer foi vista pelo sicário. Percebe-se que não seria prudente legitimar a conduta desse matador de aluguel pela ausência do elemento subjetivo em questão (MARINHO, 2019)

4 DOCUMENTÁRIO: HERÓIS DO RIO DE JANEIRO E PROJETO DE LEI ANTICRIME

O documentário “Heróis do Rio de Janeiro” lançado na plataforma online do Youtube, em Maio de 2019, originou-se com a pesquisa do Coronel da Polícia Militar Fábio da Rocha Bastos Cajueiro com a finalidade de fornecer dados para Comissão de Análise da Vitimização Policial da PMERJ.

A obra mostra a diferença do cenário da atuação policial do estado do Rio de Janeiro dos anos 1980 para a realidade que enfrentam nos dias atuais perante o combate à criminalidade e os impactos psicológicos na tropa e as baixas permanentes e temporárias dos agentes. De acordo com a fonte da PMERJ/DAS, de 1994 a 2017 a PMERJ teve, somando mortos por causas não naturais, feridos e afastamentos psiquiátricos, um total de mais de 20.000 baixas permanentes e

temporárias. De acordo com esses dados, os números de baixas não têm precedentes em nenhuma força policial no mundo.

Segundo o Ex-Comandante Geral da PMERJ, Mário Sergio Duarte, os policiais do Rio de Janeiro enfrentam atualmente um cenário de guerra assimétrica, nas palavras dele, na qual, os criminosos não submetem-se aos protocolos, leis e regulamentos que os agentes de segurança que por lei devem seguir, no qual transformam os agentes de segurança pública em alvos de emboscadas e confrontos armados que levam muitos civis e policiais a óbitos.

O Coronel Cajueiro completa afirmando que no ano de 2016, os números registrados de confrontos armados nas Unidades de Polícia Pacificadoras foram 1.555. Levando em consideração que os confrontos registrados, são apenas aqueles em que os policiais consomem munição, portanto, na realidade segundo o Coronel Cajueiro, somando todos os confrontos registrados com aqueles em que os policiais foram alvos de armas de fogo e que não revidaram, esse número chega a ser o dobro ou triplo.

De acordo com o Procurador de Justiça do Ministério Público do estado do Rio de Janeiro, Marcelo Rocha Monteiro, é evidente a violação do estado democrático de direito em nosso país quando em plena luz do dia, durante um dia normal de semana, existe a suspensão da visitação de turistas e visitantes ao Pão de Açúcar por causa da ação de traficantes armados com fuzil ameaçando a integridade física de inocentes e conclui que é urgentemente necessário uma mudança em nosso ordenamento jurídico com intuito de combater os criminosos armados de fuzil que, segundo o Procurador, é incompreensível a situação em que policiais se deparem com criminosos em flagrante delito portando um fuzil de forma ostensiva, que é certificadamente um perigo iminente e o policial é proibido de atirar, expondo a vida de policiais e inocentes a uma ocasião de um fogo cruzado.

Prosseguindo na mesma linha de pensamento, o Coronel Mario Sergio Duarte, afirma que é extremamente necessário pensar em medidas de proteção para os policiais, como também investimentos na estrutura e treinamento, pois, observar esse alto números de agentes mortos a serviço do estado seja algo normal e aceitável.

Consequentemente, e conforme a matéria da UOL Notícias, o Ministro da Justiça e Segurança Pública do Brasil, Sérgio Moro, buscando combater o crime organizado e aos crimes violentos praticados contra as pessoas no Brasil, apresentou ao Congresso em fevereiro de 2019, o projeto de Lei Anticrime, que no ponto mais polêmico, propôs alterações nas regras que tratam da legítima defesa e da atuação de policiais em confronto armado. Segue mudança proposta:

Art.23

§ 1º O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposos.

§ 2º O juiz poderá reduzir a pena até a metade ou deixar de aplicá-la se o excesso decorrer de escusável medo, surpresa ou violenta emoção.

Art. 25

Parágrafo único. Observados os requisitos do caput, considera-se em legítima defesa:

I – o agente policial ou de segurança pública que, em conflito armado ou em risco iminente de conflito armado, previne injusta e iminente agressão a direito seu ou de outrem; e

II – o agente policial ou de segurança pública que previne agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes.

O projeto do ministro Sérgio Moro propõe três alterações nesse trecho do Código Penal. Apesar de manter a punição ao excesso na legítima defesa, o texto diz que o juiz poderá deixar de aplicar a punição, ou reduzir a pena até a metade, caso o excesso na legítima defesa tenha decorrido de "escusável medo, surpresa ou violenta emoção". As outras duas mudanças previstas no texto servem para explicitar situações em que o policial, ou agentes da área de segurança pública, estaria agindo em legítima defesa. Segundo o projeto, essa hipótese se aplica para "o agente policial ou de segurança pública que, em conflito armado ou em risco iminente de conflito armado, previne injusta e iminente agressão a direito seu ou de outrem", e também para "o agente policial ou de segurança pública que previne agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes". (AMORIM, 2019)

CONCLUSÕES FINAIS

O presente trabalho mostrou que a Legítima defesa na atividade policial tem fundamento legal em nosso ordenamento jurídico atual, sempre examinando os devidos requisitos do Art. 25 do Código Penal, Portaria Interministerial 4.226/2010 e Lei 13.060/2014, que foram as normas norteadoras da pesquisa. Entretanto, é

notório a complexidade de situações em que os agentes de segurança pública são submetidos quando se deparam com ocorrências que são necessárias o uso da força (arma de fogo).

A pesquisa evidenciou os diversos princípios e elementos da legítima defesa do policial nos diversos ensinamentos da doutrina brasileira, e apresentou os deveres constitucionais aos quais os agentes de segurança são submetidos. A pesquisa verificou também o dever constitucional dos policiais de preservar a segurança, integridade física (vida) e a manutenção da ordem pública, atuando no limite que a lei determina observando a justa reação de proporcionalidade, uma vez que ninguém tem o dever de matar, salvo na legítima defesa quando presentes todos os requisitos e mesmo assim, não é um dever e sim um direito. Por outro lado, se não mensurados corretamente durante a repulsa (ação do agredido) pode configurar o excesso de reação, o que é proibido em nosso ordenamento jurídico.

As entrevistas sobre as experiências dos agentes de segurança pública e do Procurador de Justiça do Rio de Janeiro apresentadas com o documentário Heróis do Rio de Janeiro, evidenciaram a necessidade de aprimoramento de nossas normas, sobretudo, no tocante a legítima defesa dos policiais, propostas pela Lei Anticrime. Apresentado como uma solução visando o melhor enfrentamento da criminalidade em nosso país, visto que a regras de engajamento adotadas e permitidas em nossa legislação, não estão em conformidade com a realidade de criminosos portando fuzis de guerra nas ruas de nossas cidades.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Legítima defesa: o que pode mudar na ação de policiais com projeto de Moro?. **Notícias Uol**, Brasília, 08 de fev. 2019. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2019/02/08/o-que-diz-o-projeto-de-moro-sobre-policiais-em-confronto-veja-analises.htm>>. Acesso em: 14 de mai. 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva. 2013.

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, Senado, 1998.

BRASIL. Decreto Lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa** do Brasil, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 20 mar. 2019.

BRASIL. Portaria Interministerial 4226/2010, de 31 de dezembro. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 03 de jan 2011. Disponível em: Acesso em: 13 mai. 2019. Disponível em:<<https://www.conjur.com.br/dl/integra-portaria-ministerial.pdf>>

BRASIL. [LEI Nº 13.060, DE 22 DE DEZEMBRO DE 2014](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Ato2011-2014/2014/Lei/L13060.htm). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 22 dez. 1999. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Ato2011-2014/2014/Lei/L13060.htm> Acesso em: 13 mai. 2019

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2012

DANZMANN, Luiz Gustavo, **Legítima Defesa do Policial**. Curitiba, 2018.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**; Parte geral. Rio de Janeiro, Forense, 1985.

G1, Projeto de Lei Anticrime: veja a íntegra da proposta de Sérgio Moro. **Portal G1**, 04 de fev 2019. Disponível em <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/02/04/projeto-de-lei-anticrime-veja-a-integra-da-proposta-de-sergio-moro.ghtml>>. Acesso em: 14 de mai. 2019.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**; Parte geral. Niterói, Impetus, 2014.

Heróis do Rio de Janeiro. Produção: Mia Carvalho, Cel. Fábio Cajueiro, Cb. Karina, Maj. Cristina. **Youtube**. 13 de mai. 2019. 78min41s. Disponível em:<<https://www.youtube.com/watch?v=3BAqgahyFoY>>. Acesso em 19 de mai. 2019

MAGALHÃES NORONHA, Edgard. **Direito Penal**. São Paulo, Saraiva, 1998.

MARINHO, Allan Antunes. **Armas de Fogo e Legítima Defesa: A Desconstrução de Oito Mitos**, Lumen, Rio de Janeiro, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. Rio de Janeiro, Forense, 2014.

ZAFFARONI, Eugénio Raúl. **A Questão Criminal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro. Revan, 2013.

DANZMANN, Luiz Gustavo, **Legítima Defesa do Policial**. Curitiba, 2018.

WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del Derecho* Penal. Tradução Cerezo Mir. Montevideo/ Buenos Aires, Editorial B de F, 2004.

O DIREITO FUNDAMENTAL DO CONSUMIDOR FRENTE AOS CONTRATOS COM CLÁUSULAS ABUSIVAS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Jhone Dyundi Sumiya
Mariana Tavares de Melo

Resumo

O presente artigo tem como objetivo analisar a aplicabilidade do Código de Defesa do consumidor nas relações de consumo, viabilizadas pelas formas de contratar posterior a criação do Código de Defesa do Consumidor, mas fazendo menção as mais distintas formas de contratar anterior a este, citando, por exemplo, o Código Civil como principal norte nas contratações realizadas anteriores ao CDC. Importe salientar para o fato do destaque dado as contratações abusivas, com cláusulas imoderadas que deixavam o consumidor a mercê de injustiças nas relações de consumo. O surgimento deste código específico trouxe benesses, quais sejam: os direitos básicos do consumidor e princípios fundamentais que são as principais ferramentas utilizadas na atualidade para equilibrar as relações de consumo, dando destaque a vulnerabilidade do consumidor em face do fornecedor.

Palavras- Chave: Direito do Consumidor- Relações de Consumo- Cláusulas Abusivas nas Relações de Consumo- Normas anteriores e posteriores ao surgimento do Código de Defesa do Consumidor- Aplicabilidade dos Direitos Básicos do Consumidor e Princípios Fundamentais

Abstract

The purpose of this article is to analyze the applicability of the Consumer Defense Code in consumer relations, made possible by the contraction forms after the creation of the Consumer Defense Code, but mentioning the most different forms of contracting prior to this, for example, the Civil Code as the main north in contracting before the CDC. Salary tax for the fact of prominence as abusive contracting, with clauses derived that leave the consumer a mercy of injustices in the relations of consumption. The emergence of its specific code are benesses, the asbas are the basic principles of the consumer and the fundamental principles that are the main criteria of update and relevance for the balance.

Key Words: Consumer Law- Consumer Relations- Abusive Clauses in Consumer Relations- Rules before and after the emergence of the Consumer Defense Code- Applicability of Basic Consumer Rights and Fundamental Principles

1. INTRODUÇÃO

Importante destacar inicialmente que, durante um longo lapso temporal houve ausência de previsão legal específica para versar sobre as relações contratuais consumeristas, o que permitia a celebração de contratos, e relações de consumo igualitárias, inobservando o polo mais sensível da relação contratual. Assim, a ideia

de hipossuficiente era inexistente, tornando a relação contratual severamente parcial ao consumidor.

A ideia de vulnerabilidade de um dos polos da relação contratual era inexistente, deixando o consumidor a mercê de uma legislação genérica que não reconhecia sua fragilidade em face do fornecedor, onde na verdade se buscava igualdade contratual e não isonomia, que seria bem mais eficaz.

Quando se faz distinção entre igualdade contratual e isonomia, estamos defendendo e destacando a eficácia e relevância da isonomia, tendo em vista que, as partes seriam tratadas de maneira desigual na medida das suas desigualdades. Acontece que anteriormente à criação do Código de Defesa do Consumidor, as relações jurídicas contratuais eram tratadas à luz de outros códigos, cite-se o código civil da época, que disciplinava essas relações.

O Código Civil brasileiro de 1916 recebeu forte influência da legislação francesa, que por sua vez era inspirada no liberalismo, e sua base contratual era pautada em características específicas firmada entre os indivíduos, fazendo lei entre as partes, o chamado *pacta sunt servanda*. Segundo esse diploma legal, os contratantes eram livres para celebrar o contrato, e este por sua vez, deveria ser absolutamente respeitado. Não era passível de análise se havia um lado mais fraco na relação contratual, e as cláusulas impostas, firmadas entre os mesmos, deveriam ser cumpridas, mesmo que abusivas para um dos lados.

Contextualizando as cláusulas abusivas nos contratos firmando antes do Código de Defesa do Consumidor, ficou claro que como estes contratos eram firmados entre as partes, e entre elas teria que ser absolutamente respeitados, sob pena de sofrer alguma punição pelo descumprimento, o consumidor que pela lógica teria menos conhecimento contratual, se submetia a contratos abusivos, podendo salientar o contrato de adesão.

Os contratos de adesão são aqueles que vem preestabelecido todo conteúdo contratual, sem que aja possibilidade de discutir suas cláusulas, independente do conteúdo substancialmente escrito, como também a impossibilidade de modificar quaisquer dos conteúdos. É evidente que tais contratos trazem conveniência ao fornecedor, polo contratual economicamente mais forte, pois neste caso o

consumidor, parte hipossuficiente não poderá sequer discutir caso perceba que alguma cláusula é prejudicial à relação jurídica.

2. SURGIMENTO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

2.1. ESCORÇO HISTÓRICO

A fragilidade do consumidor se intensifica em contratos como o supramencionado alhures, pela negativa discussão das cláusulas preexistentes, tendo sua proteção colocada a prova, pois se sujeita a firmar contratos que podem conter elementos abusivos, e assim o prejudicar noutro momento.

O consumidor é a parte fraca da relação jurídica de consumo. Essa fraqueza, essa fragilidade, é real, concreta, e decorre de dois aspectos: um de ordem técnica e outro de cunho econômico. O primeiro está ligado aos meios de produção, cujo conhecimento é monopólio do fornecedor. E quando se fala em meios de produção não se está apenas referindo aos aspectos técnicos e administrativos para a fabricação de produtos e prestação de serviços que o fornecedor detém, mas também ao elemento fundamental da decisão: é o fornecedor que escolhe o que, quando e de que maneira produzir, de sorte que o consumidor está à mercê daquilo que é produzido. (NUNES,2000,)

Na busca pelo equilíbrio contratual, e justiça social, fez-se necessário a criação de uma legislação específica visando proteger a parte mais vulnerável da relação contratual, especificamente nos contratos de consumo, ou seja, o consumidor.

Diante dos fatos históricos que precederam as relações de consumo no Brasil, fatos marcantes e essenciais, como a hipossuficiência do consumidor em face do fornecedor acima tratada, fez com que o consumidor tivesse uma atenção maior voltada à sua proteção jurídica como são nos dias atuais.

Com o surgimento do Código de Defesa do Consumidor, instituído pela Lei nº8.078 de 11 de setembro de 1990, o consumidor teve seus direitos básico valorizado, assim como deu atenção aos princípios fundamentais, assegurando assim uma segurança jurídica contratual, com observância da sua fragilidade. Dentre as vantagens percebidas, podemos ressaltar a preocupação dos fornecedores/fabricantes em melhorar a qualidade dos serviços e fabricação dos produtos, assim como a busca por maneiras de melhor atender o consumidor, preocupação essa que não era percebida nas relações contratuais firmadas anteriores ao CDC- Código de Defesa do Consumidor.

Essa preocupação com a qualidade dos serviços ofertados pelo fornecedor se deu pelo fato que o CDC- Código de Defesa do Consumidor impôs prazos e penalidades aos fornecedores que não observassem os direitos básicos dos consumidores.

2.2. DOS DIREITOS BÁSICOS DO CONSUMIDOR

Ao tratar deste tema é indispensável destacar os direitos básicos do consumidor previsto no CDC- Código de Defesa do Consumidor, bem como os princípios fundamentais que assegura tamanha garantia e proteção aos consumidores.

Pode-se dizer serem seis os princípios fundamentais da Política Nacional das Relações de Consumo, quais sejam: Princípio da Vulnerabilidade, Princípio do Dever governamental, Princípio da Garantia de Adequação, Princípio da Boa-fé nas relações de consumo, Princípio da Informação e o Princípio do Acesso à Justiça que serão devidamente analisados a seguir. (ALVIM et al, 1995. pág. 44).

Ante ao exposto sobre as formas de contratar anteriores ao Código de Defesa do Consumidor, magnífico iniciar tratando sobre o direito à proteção contratual do consumidor com o surgimento do CDC. O direito a proteção contratual se destaca nos contratos de consumo que tem cláusulas contratuais prejudiciais ao consumidor, resolvendo que estas poderão ser retiradas, modificadas ou até anuladas, dependendo do seu teor, se tiver também alguma parte que não esteja clara e bem definida, objeto de dúvidas ao consumidor, poderá ser revista, interligando-se assim ao direito a informação tratado adiante.

Um direito primordial ao consumidor é seu acesso à informação, onde é definido que o consumidor tem direito a informações adequadas, claras e precisas sobre os diferentes produtos e serviços, com a devida especificação sobre quantidade, preço, composição, qualidade, e os possíveis riscos. O direito a informação é crucial, pois o consumidor tem que estar bem informado sobre o que esta adquirindo, sem restar dúvidas sobre as características essenciais acima descritas. Contudo, o fornecedor tem obrigação de prestar esclarecimentos caso o consumidor não esteja satisfeito com as informações gerais trazidas no produto ou na apresentação do serviço.

A lei 8.078, de 11/09/1990 dispõe sobre a proteção do consumidor e no seu art. 4º prevê que:

Art. 4º - A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

a) por iniciativa direta;

b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;

c) pela presença do Estado no mercado de consumo;

d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;

V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo;

VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores;

VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos;

VIII - estudo constante das modificações do mercado de consumo (Lei 8.078/90)

O acesso à justiça também se encaixa como um direito básico do consumidor, acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com busca na reparação de danos causados ao consumidor no âmbito das relações contratuais de consumo, a exemplo de órgão administrativo de proteção ao consumidor no que se refere ao acesso à justiça, podemos destacar o brilhante papel dos PROCON's, órgão bastante procurado pelos consumidores que buscam resolver seus litígios administrativamente, assegurando ao consumidor que quando tiver seu direito violado, poderá buscar a justiça como forma de solução de conflito.

Vamos tratar ainda sobre a inversão do ônus da prova, uma boa ferramenta ao consumidor, pois proporciona equilíbrio processual, quando se identifica verossimilhança das alegações e a hipossuficiência do consumidor, podendo ser determinado que o fornecedor produza as provas necessárias ao real andamento do processo.

Não menos importante do que os direitos acima elencados, temos ainda o direito à publicidade, versando sobre a transparência nas relações contratuais, embasada ainda na boa-fé. Neste sentido, temos que o consumidor tem o direito de

exigir aquilo que foi dado publicidade pelo fornecedor, ou seja, quando o fornecedor anunciar dado produto ou serviço, ao mencionar características específicas, estas deverão ser cumpridas, e a não observância a isso poderá ser motivo suficiente à devolução do produto ou reembolso da quantia paga pelo serviço prestado. A publicidade reconhecida como enganosa é considerada abusiva, e são terminantemente proibidas por lei.

Diante do exposto, percebemos que a inobservância a quaisquer dos direitos do consumidor poderá ocasionar a prevenção e reparação de danos, e nos deparamos com outro direito básico do consumidor que é o direito à prevenção e reparação de danos, que esta intimamente ligado ao fato do fornecedor ter que indenizar o consumidor pelos danos sofridos, seja ele material ou moral, e assim fazendo como que o fornecedor seja punido e evitar reincidências. Assim, se o consumidor se sentir prejudicado por ato do fornecedor terá o direito de recorrer à indenização, se restar comprovado que o fornecedor realmente infringiu um dos seus direitos básicos. Não obstante, a responsabilidade aqui imposta é a civil objetiva, ou seja, o fornecedor responde independentemente de culpa, pelos danos causados.

2.3. IMPORTÂNCIA DA OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO CONSUMIDOR

Tratamos de alguns principais direitos básicos do consumidor à luz do Código de Defesa do Consumidor, e agora vamos destacar alguns dos princípios fundamentais do consumidor, que surgiram com o objetivo de proteger ainda mais o consumidor em suas relações consumeristas.

Dentre os princípios fundamentais que norteiam o Código de Defesa do Consumidor podemos destacar o princípio da boa-fé, princípio da proteção, reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; e princípio da transparência. Estes princípios estão intimamente ligados aos direitos básicos estudados alures.

Segundo as elucidativas palavras de BONATTO (2003, p.24) “*Os princípios seriam como pilares e um edifício, os quais servem como bases de qualquer*

sistema, atuando, neste mister, como diretrizes orientadoras para a consecução dos objetivos maiores deste mesmo sistema”.

Esses princípios surgiram como forma de abranger os meios protecionistas que os consumidores podem se embasar na hora de contratar, gerando assim uma maior segurança jurídica.

Dentre os princípios fundamentais que norteiam o Código de Defesa do Consumidor podemos destacar o princípio da boa-fé, princípio da proteção, reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; e princípio da transparência. Estes princípios estão intimamente ligados aos direitos básicos estudados alures.

3. CLÁUSULAS ABUSIVAS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

3.1. DESTAQUE AOS CONTRATOS DE ADESÃO

Quando tratamos do presente assunto, se faz necessário esboçar especificamente situações que demonstrem a abusividade e ilegitimidade de algumas cláusulas contratuais nas relações de consumo. Assim, podemos mencionar novamente e mais precisamente sobre uma forma de contrato que por ser impositivo, pode em algum momento demonstrar e trazer cláusulas que são desproporcionais a relação de consumo, e até mesmo desestabilizar a figura do consumidor como polo mais frágil da relação de consumo, estamos, pois, falando sobre os contratos de adesão.

O contrato de adesão é conhecido por não permitir que tenha suas condições questionadas, e é justamente esse fato que deixa o consumidor com uma fragilidade maior, pois ao anuir às condições não ver resguardado seu direito de solucionar possíveis problemas futuros. Essa forma de contratar pode gerar riscos a um dos lados, que nesse caso é àquele que anui às condições sem que possa sequer discutir, caso reconheça a abusividade presente. É certo que ninguém é obrigado a contratar quando perceber que há má-fé ou cláusulas abusivas, mas para identificar isso é necessário um conhecimento técnico maior, que geralmente o consumidor não detém, e como mencionado anteriormente só deixa para perceber que há uma

desproporcionalidade quando surge algum problema na contratação e percebe que anuiu a um contrato que lhe traz prejuízos implícitos.

O contrato de adesão está descrito no artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor, vide:

Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

Essa unilateralidade que permite ao fornecedor descrever suas cláusulas sem que o consumidor possa discutir ou modificar seu conteúdo é o que transforma esses contratos em risco ao consumidor, pois a aprovação das cláusulas pertence tão somente à autoridade competente ou ao próprio fornecedor do produto ou serviço.

Podemos destacar os parágrafos que preceituam que nos contratos adesão devem deixar bem claro ao consumidor todas as condições da contratação, que talvez a observância deste preceito seja pouco aplicada na prática, o que mais uma vez coloca o consumidor numa situação imponderada e delicada.

Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

§ 1º A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato.

§ 2º Nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que a alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressalvando-se o disposto no § 2º do artigo anterior.

§ 3º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor. (Redação dada pela nº 11.785, de 2008)

§ 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

3.2. PROTEÇÃO AOS CONSUMIDORES NOS CONTRATOS DE ADESÃO

Como foi bem destacado ao decorrer do presente estudo, vamos mais uma vez saldar e engrandecer o Código de Defesa do Consumidor que surgiu com o intuito de defender o polo mais vulnerável das relações de consumo, e que visou proteger o consumidor até mesmo dos contratos de adesão que tem suas cláusulas

prescritas e preestabelecidas, com destaque ao louvável artigo que torna nula de pleno direito, toda e qualquer cláusula contratual que abuse da fragilidade do consumidor em relação ao fornecedor, destaque-se:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código;

III - transfiram responsabilidades a terceiros;

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

V - (Vetado);

VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor;

VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem;

VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor;

IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor;

X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;

XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor;

XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor;

XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração;

XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais;

XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;

XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias.

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;

II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;

III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

§ 2º A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.

§ 3º (Vetado).

§ 4º É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.

São esses preceitos que norteiam os consumidores quando estão frente a contratos abusivos, com obrigações impostas, sejam elas explícitas ou não, mas que dificultem a compreensão, por falta de clareza de informações. Fica o consumidor assegurado que o contrato poderá ser nulo de pleno direito quando for excessivo e imoderado, facultando a este ajuizar ação, se necessário, para que seja declarada a

nulidade da cláusula ou do contrato, e assim permitindo o justo equilíbrio entre os direitos e obrigações das partes.

3.3. EXEMPLOS DE CONTRATAÇÕES DE ADESÃO

Não é novidade que a maioria das empresas/fornecedores sob argumento de celeridade na contratação, já deixa seus contratos preparados, preestabelecidos e prontos para serem anuídos pelos consumidores, para evitar procrastinação e risco de perder uma contratação, mas essa prática comum e notória às vezes vem eivadas de vícios, pois, certo que a maioria dos consumidores por falta de conhecimento técnico não se presta a leitura de um imenso contrato com letras minúsculas e repleto de termos que exigem uma cognição mais específica.

Podemos mencionar que atualmente a maioria dos fornecedores trabalha com contratos de adesão, nos mais distintos ramos, o que permite uma exposição maior a riscos de contratação, seja nos contratos de telefonia fixa/móvel, de fornecimento de água/energia, consórcios, fornecimento de produtos/serviços, instituições financeiro-bancárias, instituições de ensino, etc.

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. CONSÓRCIO DE VEÍCULOS AUTOMOTORES. PEDIDO DE DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS AO GRUPO CONSORCIAL. DECLARAÇÃO, PELA SENTENÇA DE 1º GRAU, DA RESILIÇÃO DO CONTRATO E DA NULIDADE DE CERTAS CLÁUSULAS ABUSIVAS E LEONINAS NELE CONTIDAS. IMPOSSIBILIDADE DE RETENÇÃO, PELA CONSORCIADORA, ATÉ 60 DIAS APÓS O ENCERRAMENTO DO GRUPO, DOS VALORES VERTIDOS PELO CONSORCIADO DESISTENTE. NULAS AS CLÁUSULAS QUE ESTIPULAM DESCONTO DE 15% PARA O CASO DE EXCLUSÃO DO GRUPO E 15% DE MULTA EM FAVOR DA ADMINISTRADORA. VÁLIDA A RETENÇÃO DE TAXA DE ADMINISTRAÇÃO, ESTIPULADA, PARA O CASO, EM 14,5%, À MÍNGUA DE RECURSO DO CONSORCIADO, VEZ QUE TEM SIDO ENTENDIMENTO PREDOMINANTE A SUA FIXAÇÃO, QUANDO OBJETO DE INCONFORMISMO, EM 10%. VALOR DO SEGURO, IGUALMENTE RETENÍVEL, EM FACE DE SUA DESTINAÇÃO PARA FORA DO GRUPO. RESTITUIÇÃO, ABATIDOS ESSES PORCENTUAIS, DETERMINADA POR SENTENÇA QUE SE CONFIRMA, IMPROVIDO O RECURSO DA ADMINISTRADORA. 1. NO CASO DE CONSÓRCIO PARA FORMAÇÃO DE CAPITAL DESTINADO À AQUISIÇÃO, POR LANCE OU SORTEIO ENTRE OS FORMADORES DO GRUPO, DE BEM MÓVEL OU IMÓVEL, CONSIDERA-SE JUDICIALMENTE RESILÍVEL O CONTRATO QUE CONTENHA ESTIPULAÇÕES LEONINAS E ABUSIVAS EM FAVOR DA ADMINISTRADORA DO CONSÓRCIO E EM DETRIMENTO DO ASSOCIADO, PODENDO O JUIZ MONOCRÁTICO, EM INTELIGÊNCIA HERMENÊUTICA DE ABRANDAMENTO DOS POSTULADOS DA AUTONOMIA DA VONTADE E DO PACTA SUNT SERVANDA NOS CONTRATOS DE ADESÃO, AFASTAR TAIS RESTRIÇÕES PARA PERMITIR AO CONSUMIDOR HIPOSSUFICIENTE A ADEQUADA PROTEÇÃO DOS SEUS DIREITOS. 2. "OS CONTORNOS DO DIPLOMA CONSUMERISTA, QUE VEIO CONSAGRAR JÁ AVANÇADA TENDÊNCIA DE MITIGAÇÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE E DO PRINCÍPIO PACTA SUNT SERVANDA E FORTALECIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO, TROUXE NORMAS DE ORDEM PÚBLICA VISANDO [A] EQUILIBRAR AS PARTES CONTRATANTES EM UMA RELAÇÃO DE CONSUMO, QUE SE ENCONTRAM EM EVIDENTE DESCOMPASSO DE FORÇAS. ERA PRECISO GARANTIR INSTRUMENTOS DE DEFESA AO HIPOSSUFICIENTE

FRENTE AO PODER ECONÔMICO. E A LEI 8.078/90 ASSIM O FEZ, EM ATENÇÃO AO PRINCÍPIO LANÇADO NO ART. 170, V, DA CARTA MAGNA DE 1988" (SENTENÇA DE 1º GRAU, F. 57). 3. A ADMINISTRADORA DE CONSÓRCIO NÃO PODE RETER OS VALORES VERTIDOS PELO CONSORCIADO DESISTENTE OU EXCLUÍDO, PARA DEVOLVÊ-LOS 60 DIAS APÓS O ENCERRAMENTO DO GRUPO, POIS ESTA ESTIPULAÇÃO CONSTITUI CLÁUSULA LESIVA, ABUSIVA E LEONINA, EM CONTRATO PARA CUJA REDAÇÃO O CONSORCIADO NENHUMA INFLUÊNCIA TEVE, FERINDO FRONTALMENTE O DISPOSTO NO ARTIGO 51, IV, QUE DIZ SEREM NULAS DE PLENO DIREITO AS ". SALIENTE-SE QUE O INCISO II DESSE ARTIGO TAMBÉM RESTA MALFERIDO DE IMEDIATO, AINDA QUE NO CURSO DO TEMPO SE PROCESSE SUA RESTAURAÇÃO. 4. SÃO IGUALMENTE NULAS AS CLÁUSULAS QUE ESTABELEÇAM "DESCONTO" DE 15% EM FAVOR DO GRUPO, MAIS 15% A TÍTULO DE "MULTA" ADMINISTRATIVA, DEVENDO SER HONRADOS EM FAVOR DA CONSORCIADORA APENAS A TAXA DE ADMINISTRAÇÃO, NO CASO CONTRATUALMENTE URDIDA EM 14,5%, À FALTA DE INSURGÊNCIA DO CONSUMIDOR, POSTO SER ENTENDIMENTO DESTA TURMA A SUA FIXAÇÃO EM NO MÁXIMO 10%, QUANDO SEJA ELE RECORRENTE, MAIS O SEGURO, DESTINADO A INSTITUIÇÃO SITUADA FORA DO GRUPO. 5. CONSOANTE JÁ DECIDIDO POR ESTA TURMA: "CIVIL - CDC - CONSÓRCIO IMOBILIÁRIO - RESCISÃO CONTRATUAL ANTES DO ENCERRAMENTO DO CONTRATO - CLÁUSULA QUE PREVÊ A DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS JÁ PAGAS SOMENTE QUANDO DO ENCERRAMENTO DO GRUPO - ABUSIVIDADE - DEVOLUÇÃO IMEDIATA - CABIMENTO - RETENÇÃO PELOS SERVIÇOS DA ADMINISTRADORA OBSERVADO O CDC. OCORRENDO A DESISTÊNCIA DO CONSORCIADO ANTES DO ENCERRAMENTO DO GRUPO AO QUAL HAVIA ADERIDO, NÃO É RAZOÁVEL QUE ESTE TENHA DE ESPERAR QUE O ENCERRAMENTO SE DÊ, PARA, SOMENTE ENTÃO, OBTER A RESTITUIÇÃO DAS PARCELAS PAGAS. A CLÁUSULA QUE CONDICIONA A RESTITUIÇÃO DOS IMPORTES PAGOS AO ENCERRAMENTO DO GRUPO AO QUAL HAVIA ADERIDO O CONSORCIADO, AFIGURA-SE INÍQUA, ABUSIVA E ONEROSA, CARECENDO DE AMPARO LEGAL, SENDO REPUGNADA PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, O QUE LEGITIMA SUA DESCONSIDERAÇÃO DE MODO A VIABILIZAR A IMEDIATA RESTITUIÇÃO DAS PARCELAS DESPENDIDAS PELO DESISTENTE. SOMENTE PODEM SER RETIDOS, A TÍTULO DE TAXA DE ADMINISTRAÇÃO, VALORES RAZOÁVEIS, DEVIDOS PELO DESISTENTE COMO JUSTA REMUNERAÇÃO PELOS SERVIÇOS PRESTADOS PELA ADMINISTRADORA. DECISÃO: CONHECER. IMPROVER O RECURSO. UNÂNIME. CLASSE DO PROCESSO : APELAÇÃO CÍVEL NO JUIZADO ESPECIAL 20050110188678ACJ DF REGISTRO DO ACÓRDÃO NÚMERO : 227402 DATA DE JULGAMENTO : 06/09/2005 ÓRGÃO JULGADOR : PRIMEIRA TURMA RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E CRIMINAIS DO D.F. RELATOR : ESDRAS NEVES ALMEIDA PUBLICAÇÃO NO DJU: 24/10/2005 PÁG. : 133 (ATÉ 31/12/1993 NA SEÇÃO 2, A PARTIR DE 01/01/1994 NA SEÇÃO 3)". 6. SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS E JURÍDICOS FUNDAMENTOS, COM SÚMULA DE JULGAMENTO SERVINDO DE ACÓRDÃO, NA FORMA DO ARTIGO 46 DA LEI Nº 9.099/95

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após explanar algures sobre a evolução histórica dos direitos básicos do consumidor restou notório a importância da criação de um código específico para assegurar os direitos a essa classe vulnerável em relação aos fornecedores.

Essa vulnerabilidade, como explicito também alhures esta proporcionalmente ligado ao fato do fornecedor ter mais facilidade de instrumento no que tange a provar, demonstrar, o direito, percebendo ainda que a inversão do ônus da prova se

dá justamente pelo reconhecimento da fragilidade do consumidor na relação contratual, sempre em busca do equilíbrio processual e contratual.

Nessa estreita, os direitos básicos do consumidor devem ser respeitados em sua minúcia, pois a não observância destes poderá gerar justa reparação de danos à parte prejudicada, nesse caso o consumidor, para que este seja devidamente indenizado pelo dano sofrido.

Um dos principais pontos tratados foi o destaque aos princípios fundamentais do consumidor, que nasceram precisamente com o propósito de proteger ainda mais o consumidor em suas contratações, dando realce aos princípios da boa-fé, princípio da proteção, reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo e princípio da transparência.

Isto posto, percebemos o quão sublime foi a evolução história e os direitos adquiridos ao decorrer dos anos ao consumidor, e o fato de se sentir mais seguros e protegidos ao contratar, pois estão acobertados em caso de cláusulas abusivas, por exemplo, ou até mesmo se houver inobservância dos direitos básicos e princípios fundamentais que regem as relações de consumo.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda; **ALVIM**, Thereza; **ALVIM**, Eduardo Arruda; e **SOUZA**, James Marins de. **Consumidor Comentado**. São Paulo: Ed. RT, 1995. pág. 44.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material** (arts. 1º a 54). São Paulo: Saraiva, 2000.

Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, in **Comentários ao Código de Proteção do Consumidor**, ob. cit., p. 90.

UNIOR, Nelson Nery; et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor - Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2004.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Publicado no Diário Oficial da união de 12.9.1990 - Edição extra e retificado em 10.1.2007.

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

LICITAÇÕES PÚBLICAS: Princípios norteadores

José Jorge Douettes Vasconcelos¹
Orientador: Alberico Santos Fonseca.²

RESUMO: O presente trabalho tem como objeto de estudo a Licitação Pública, abordando os princípios norteadores. No primeiro momento conceitua-se administração pública, bem como seus princípios norteadores e as razões pela qual o seu funcionamento eficaz se torna necessário. Abordaremos a licitação pública tendo como base a lei que a institui, Lei 8.666/93. O objetivo foi analisar os processos licitatórios e como se dará os princípios norteadores durante a licitação pública, como também nos casos de dispensa de licitação. A metodologia utilizada foi análise de documentos, artigos e bibliográficos.

Palavras-chave: Administração Pública, licitação pública, princípios norteadores.

ABSTRACT: The purpose of this study is to study the Public Bidding, addressing the guiding principles. In the first moment it is conceptualized public administration, as well as its guiding principles and the reasons why its effective operation becomes necessary. We will approach the public bidding based on the law that establishes it, Law 8.666 / 93. The objective was to analyze the bidding processes and how the guiding principles will be given during the public bidding, as well as in cases of waiver of bidding. The methodology used was analysis of documents, articles and bibliographies.

Key words: Public Administration, public bidding, guiding principles

1. INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho científico é analisar a importância dos princípios de direito na condução de licitações públicas. Para compreendermos a Administração Pública e, como se dá o seu funcionamento, devemos analisar e entender os princípios norteadores que a regem. O artigo 37, caput, da Constituição Federal do Brasil de 1988, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1988, dispõe como princípios basilares da administração pública a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, segurança jurídica, eficiência e motivação.

O instituto da licitação é comum ao direito Público e Privado, estudado in genere, pela teoria geral do direito, permitindo utilizar-se em seus dois campos, onde a licitação Privada poderá ser dispensada, ao contrário da licitação Pública, em

termos gerais. De acordo com De Plácido e Silva (2007, p.84), o primeiro é sujeito à vontade do dominus e a segunda é de acordo com as leis do Estado, colocando-as fora da alçada do administrador, com exceção de determinados casos previstos em lei.

De acordo com Hely Lopes Meirelles, licitação é conceituada como:

Procedimento Administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de moralidade nos negócios administrativos. (2004, p. 52)

Nesse contexto, os gastos de verbas públicas seguem diversos trâmites e regras, sendo aplicadas da forma mais vantajosa, assegurando o menor gasto e a melhor qualidade. O processo licitatório é uma tarefa complexa e que exige atenção e cuidado, devido às influências que pode provocar nos âmbitos econômicos, sociais e políticos da região, onde seu processo deverá satisfazer os direitos e garantias do cidadão, evitando o desperdício de verbas públicas.

Em seu processo histórico, o tema licitações sempre foi tratado, desde o Código de Contabilidade Pública da União em 1922, posteriormente, surgiu o Decreto-lei 200/1967, como fruto da reforma administrativa, em que se estabeleceram os princípios diretores das licitações públicas, a Lei 5.456/1968, a Lei 6946/81 e o Decreto-lei 2.300/86. De acordo com Hely Lopes Meirelles (2004), estavam excluídos do requisito licitatório a entidades da administração indireta, as empresas públicas, as sociedades de economia mista como também as controladas, estando estas dispensadas por lei à se submeterem ao processo licitatório.

Em 21 de junho de 1993, foi sancionada a Lei nº 8.666, passando a integrar a Lei Maior constante na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, onde, em seu artigo 3º preceitua que a licitação visa à garantia da observância dos princípios constitucional da isonomia, como também a de selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, onde será julgada de acordo com os princípios básicos da legalidade, impessoalidade, moralidade administrativa, do julgamento

objetivo, adjudicação compulsória, vinculação aos termos do edital e a probidade administrativa. (HELY LOPES MEIRELLES, 2004, p. 267)

São vários os princípios que norteiam as Licitações, desde o recebimento das propostas até o julgamento realizado pela Comissão de Licitação. O artigo 37, XXI, da Constituição Federal de 1988 ressalta que, *in verbis*:

Ressalvados os casos específicos em lei, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública, que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e economia indispensável à garantia do cumprimento das obrigações. (BRASIL, 1988)

A Lei 8.666/1993 em seu artigo 32, *caput*, discorre que o fim das licitações é garantir a observância da isonomia, selecionando a melhor proposta. Segundo Hely Lopes Meirelles (2004), na linguagem corrente, a palavra princípio significa “aquilo que vem antes de alguma coisa”, contrapondo-se ao fim. Contudo, este vocábulo, na linguagem técnica, tem sentido vago, não oferecendo nenhuma indicação sobre a que se destina. Na ciência jurídica a palavra princípio é um termo análogo, cabendo, assim, vários sentidos no seu significado, sendo antes de tudo, um ponto de partida. Sendo assim, princípios são os fundamentos e alicerces desta ciência.

2. DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O Direito Administrativo tem como objeto de estudo o estatuto dos órgãos públicos administrativos do Estado, como também a análise dos procedimentos relativos ao cumprimento do Poder Público. De acordo com Medauar (2010), Direito Administrativo é o conjunto de normas e princípios que regem a Administração Pública, no que se trata da organização, formas, meios de ação e relações jurídicas.

A Administração Pública trata-se de um objeto do Direito Administrativo, inserida no Poder Executivo, sobrepondo a vontade particular dos administradores, visando atender o interesse público, exercendo suas atividades, onde, é conferida à Administração uma gama de poderes para que se possa realizar as suas tarefas administrativas, conhecidos como poderes da Administração que serão exercidos

nos limites da lei, sendo eles: o poder regulamentar, disciplinar, poder hierárquico e o de polícia, que são inerentes ao exercício da atividade administrativas dos Municípios, Estados, Distrito Federal e União.

Segundo Daft (2010), planejar é a função de gerenciar as metas para o futuro desempenho organizacional e a decisão quanto as tarefas e recursos que serão necessários para alcança-las. Organizar é a função onde serão atribuídas as tarefas e alocação de recursos para os departamentos competentes. Ainda, de acordo com Daft (2010), liderar é a função administrativa que usa a influência para motivar seus subordinados com o objetivo de atingir as metas da organização. Ademais, controlar é a função que trata do monitoramento das atividades desenvolvidas pelos funcionários, com intuito de manter a organização na direção correta, para alcançar as metas pretendidas, fazendo as devidas correções quando necessárias.

No âmbito público, Di Pietro (2012) trata que a Administração Pública pode ser compreendida em sentido subjetivo, formal, ou orgânico e em sentido objetivo, material ou funcional.

a) em sentido subjetivo, formal ou orgânico, ela designa os entes que exercem a atividade administrativa; compreende pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos incumbidos de exercer uma das funções em que se triparte a atividade estatal: a função administrativa;

b) em sentido objetivo, material ou funcional, ela designa a natureza da atividade exercida pelos referidos entes; nesse sentido, a Administração Pública é a própria função administrativa que incumbe, predominantemente, ao Poder Executivo. (DI PIETRO, 2012, p. 50)

Ainda segundo Di Pietro (2012), a Administração Pública também pode ser compreendida em sentido amplo ou em sentido restrito:

a) em sentido amplo, a Administração Pública, subjetivamente considerada, compreende tanto os órgãos governamentais, supremos, constitucionais (Governo), aos quais incumbe traçar os planos de ação, dirigir, comandar, como também os órgãos administrativos, subordinados, dependentes (Administração Pública, em sentido estrito), aos quais incumbe executar os planos governamentais; ainda em sentido amplo, porém objetivamente considerada, a Administração Pública

compreende a função política, que traça as diretrizes governamentais e a função administrativa, que as executa;

b) em sentido estrito, a Administração Pública compreende, sob o aspecto subjetivo, apenas os órgãos administrativos e, sob o aspecto objetivo, apenas a função administrativa, excluídos, no primeiro caso, os órgãos governamentais e, no segundo, a função política. (DI PIETRO, 2012, p. 50)

De acordo com Carvalho Filho (2012), a classificação da função administrativa, na administração pública, tem critérios subjetivos, objetivo material e objetivo formal, em que defende que essa função é exercida pelo Estado ou por seus delegados, sob regime de direito público.

Mello (2011) diz que a Administração Pública pode ser centralizada e descentralizada. Quando a atividade administrativa é exercida pelo próprio Estado, diz que é centralizada. Entretanto, quando ocorre da atividade gerencial ser executada por pessoas distintas do Estado, dizemos ser descentralizada a Administração Pública. Ainda, segundo Mello (2011), descentralização e desconcentração são conceitos distintos, onde, a descentralização pressupõe pessoas jurídicas diversas, enquanto a desconcentração é referente a uma só pessoa. Outra classificação trazida por Mello (2011) é da Administração direta e indireta, onde temos o Decreto-lei 200/67, onde ele define que a Administração direta é a que se constituiu dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios, enquanto a Administração indireta é compreendida como as categorias de entidades dotadas de personalidade jurídica própria, tais como:

- a) Autarquias;
- b) Empresas Públicas;
- c) Sociedades de Economia Mista e,
- d) Fundações Públicas.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 37 dispõe que a Administração Pública direta e indireta obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, em qualquer dos poderes e esferas. Ainda temos a doutrina e jurisprudência que aceitam os chamados “princípios reconhecidos”, que são: da supremacia do interesse público,

da autotutela, da indisponibilidade, da continuidade dos serviços públicos, da segurança jurídica e da precaução. O autor Carvalho Filho (2012) acrescenta ainda, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

2.1 DA ORGANIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Os entes que compõem a administração direta estão previstos na Constituição Federal de 1988, sendo eles: os estados, a união, Distrito Federal e Municípios, dotados de personalidade jurídica própria. Entretanto, é insuficiente para a concretização dos interesses públicos, aglutinar todas as competências nessas quatro entidades, sendo assim, o Brasil adotou o sistema de descentralização administrativa, criando novas pessoas jurídicas autônomas, visando à diminuição do processo burocrático e celeridades nos atos administrativos, estas compõem a administração indireta. De acordo com a Constituição (1988), a criação dos entes administrativos deverá ser feita por meio de lei em sentido formal.

Os entes da administração indireta são autônomos, pois no caso da descentralização administrativa o estado transfere para tais entes o exercício dos serviços. Segundo Celso Antônio (2009):

Diz-se que a atividade administrativa é descentralizada quando é exercida, em uma das formas mencionadas, por pessoa ou pessoas distintas do Estado. Diz-se que a atividade administrativa é centralizada quando realizada pelo próprio Estado. (MELLO, 2009, p. 149).

Sendo assim, todos os entes da administração pública direta e indireta são pessoas jurídicas, sujeitos de direitos e deveres. Internamente, os entes podem se subdividir em órgãos, no entanto desprovidos de personalidade jurídica. Celso Antônio (2009) diz que a descontração é diferente da descentralização, pois

A descentralização pressupõe pessoas jurídicas diversas.: aquela que originalmente tem ou teria a titulação sobre certa atividade e aquela ou aquelas às quais foi atribuído o desempenho das atividades em causa. A descontração está sempre referida a uma só pessoa, pois cogita-se da distribuição de competências na intimidade dela, mantendo-se, pois, o liame unificador da hierarquia. Pela descentralização rompe-se uma unidade

personalizada e não há vínculo hierárquico entre a administração central e a entidade descentralizada. Assim, a última não é subordinada a primeira. (MELLO, 2009, p. 151).

Várias são as teorias que buscam explicar como ocorre a manifestação da vontade do Estado por meio dos órgãos. Segundo Celso Antônio de Mello (2009), temos a teoria do mandato, onde o Estado outorga a seus agentes o poder de agir em seu nome. A doutrina critica esta teoria por retirar do Estado a responsabilidade dos atos praticados por mandatário que extrapola suas atribuições.

Ainda segundo Celso Antônio de Mello (2009), temos a teoria da representação, onde os órgãos e os agentes são representantes do Estado. Por fim, de acordo com o autor, temos a teoria do órgão, denominada também como teoria da imputação volitiva, onde o Estado manifesta sua vontade através dos órgãos integrantes de sua estrutura, onde os atos praticados pelos agente serão imputados ao órgão em que fazem parte. Esta teoria, de acordo com o autor, é a mais aceita no nosso ordenamento jurídico.

Celso Antônio de Mello (2009) destaca ainda que, por meio desta teoria, podemos explicar a validade dos atos praticados pelo servidor de fato, que seria aquele que é irregularmente empossado em cargo público, mas sua situação tem aparência de legalidade. Serão válidos todos os atos praticados por este servidor, se não tiverem outros vícios, em nome dos princípios da aparência, da boa-fé dos administradores, da segurança jurídica, bem como da presunção de legalidade dos atos administrativos.

Ainda tratando-se dos órgãos, temos as autarquias, que são pessoas jurídicas de direito público interno, criada por lei específica, para desenvolver atividade específica, como dispõe o artigo 37, XIX, da Constituição Federal de 1988:

Art. 37, XIX. Somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação. (BRASIL, 1998).

As autarquias têm como características:

- Personalidade jurídica de direito público interno;
- Criação por meio de Lei específica;

- Autonomia administrativa;
- Prestação de serviço público específico;
- Submissão ao controle finalístico de suas atividades.

Sendo assim, as autarquias nascem através da criação de lei específica, ficando isentas de se registrar seus estatutos na junta comercial, por serem pessoas jurídicas de direito público, sem que possam ser comparadas à pessoas jurídicas de direito privado.

De acordo com Celso Antônio de Mello (2009), sempre que os entes políticos descentralizam as atividades estatais, das quais não poderiam ser prestadas por entidade de direito público, esta deverá ser atribuída a uma autarquia. Sendo assim, por serem pessoas jurídicas de direito público, possuem as mesmas prerrogativas dos entes políticos.

As pessoas da administração indireta não matem com seus entes criadores uma relação de hierarquia, por serem entes autônomos, com capacidade auto administrativa. Apesar disso, não possuem independência absoluta, visto que se submetem a um controle finalístico de suas atividades, onde a tutela é realizada pelo governo da entidade criadora da autarquia. No caso da administração federal, essa supervisão será ministerial. O decreto-lei n 200/67, em seu artigo 26, estabelece que ela visará assegurar:

Art. 26. No que se refere à administração indireta, a supervisão ministerial visará assegurar, essencialmente:

A realização dos objetivos fixados nos atos de constituição da entidade.

A harmonia com a política e a programação do governo no setor de atuação da entidade.

A eficiência administrativa.

A autonomia administrativa, operacional e financeira da entidade.

Parágrafo único. A supervisão exercer-se-á mediante adoção das seguintes medidas, além de outras estabelecidas em regulamento:

Indicação ou nomeação pelo Ministro ou, se for o caso, eleição dos dirigentes da entidade, conforme sua natureza jurídica;

Designação, pelo Ministro dos representantes do Governo Federal nas Assembleias Gerais e órgãos de administração ou controle da entidade;

Recebimento sistemático de relatório, boletins, balancetes, balanços e informações que permitam ao Ministro acompanhar as atividades da entidade e a execução do orçamento-programa e da programação financeira aprovados pelo governo;

Aprovação anual da proposta de orçamento-programa e da programação financeira da entidade, conforme sua natureza jurídica;

Aprovação de contas, relatórios e balanços, diretamente ou através dos representantes ministeriais nas Assembleias e órgãos de administração ou controle;

Fixação, em níveis compatíveis com os critérios de operação econômica, das despesas de pessoal e de administração;

Fixação de critérios para gastos de publicidade, divulgação e relações públicas;

Realização de auditoria e avaliação periódica de rendimento e produtividade;

Intervenção, por motivo de interesse público. (BRASIL, 1967)

3. DA LICITAÇÃO PÚBLICA

A administração pública possui órgãos que atuam na prestação de serviços, e para que seja feita sua manutenção é necessário a realização de compras. A licitação é um procedimento administrativo que antecede as contratações do poder público, visto que tais contratações só poderão acontecer com meio de prévia licitação, pois ao contrário do um particular, o Estado não pode contratar como bem entender.

Nesse entendimento Carvalho (2015) discorre:

A administração pública possui a tarefa árdua e complexa de manter o equilíbrio social e gerir a máquina pública. Por essa razão, não poderia a lei deixar a critério do administrador a escolha das pessoas a serem contratadas, porque essa liberdade daria margem a escolhas impróprias e escusas, desvirtuadas do interesse coletivo (CARVALHO, 2015, p. 429).

Neste sentido, Justen Filho (2014) entende que:

A licitação é um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos visando a seleção da proposta de contratação mais vantajosa e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica (FILHO, 2014, p. 495).

Os objetivos da licitação são a escolha da proposta mais vantajosa, a garantia do mesmo tratamento para os licitantes e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, sendo a isonomia o mais importante nesse processo, onde orienta toda a licitação no ordenamento jurídico brasileiro.

Na Constituição Federal de 1998, temos em seu artigo 37 que nenhuma organização pública pode comprar ou contratar produtos ou serviços diretamente de empresas que não seja através de licitação.

Art. 37. [...]

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações (BRASIL, 1998).

Diante disto, de acordo com Carvalho Filho (2009), a administração pública não poderá abdicar do certame licitatório antes da celebração de seus contratos, ressalvados as situações excepcionais previstas em lei. Em conformidade com o inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 8.666, promulgada em 12 de junho de 1993, a Lei das Licitações, em que institui normas para o processo licitatório e os contratos da Administração Pública, onde todos os entes federados ficam subordinados às normas gerais de contrato e licitação:

Art. 1º- Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (BRASIL, 1993).

De acordo com Telles (1995), a expressão normas gerais, contidas no supracitado artigo, diz respeito ao contido no artigo 37 da Constituição Federal, o que se refere a aceitar, desde logo, a obrigatoriedade da licitação para os órgãos da administração direta, como também os órgãos da administração indireta.

Previamente a licitação existe um ato de convocação, que em regra é através do edital, onde serão definidos os critérios de julgamento das propostas, denominadas tipos de licitação. Após a definição do tipo de licitação, feita pela comissão que irá conduzir o certame, podendo ser o de menor preço, melhor técnica, técnica e preço e maior lance ou oferta, onde cada um servirá para certo tipo de contratação.

[...] “a de menor preço, a de melhor técnica, a de técnica e preço e a de maior lance ou oferta”, este último adotado para alienação de bens ou concessão de direito real de uso de bens públicos. Nos três primeiros, como o próprio nome indica, leva-se em conta o fator pertinente, embora, como vimos, possam ser considerados outros para a fixação do critério (CARVALHO FILHO, 2014, p. 294).

O tipo menor preço é definido pelo vencedor da licitação que alcança o objeto descrito no instrumento convocatório, oferecendo o preço mais baixo. O edital define o objeto e suas características, com isso, o licitante que trazer o objeto respeitando os critérios definidos em edital, vence a licitação. Nesse entendimento Mazza (2013) dispõe:

[...] menor preço: quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a administração determinar que será o vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço (MAZZA, 2013, p. 309).

O tipo melhor técnica será adotado nas contratações de serviços de cunho intelectual ou de serviços de informática, onde será escolhida e analisada pelo próprio edital. De acordo com Carvalho (2015):

A melhor técnica trata-se de licitação de escolha a qualidade do produto a ser adquirida ou do serviço a ser prestado. Em razão do previsto no artigo 46 da lei 8666, este tipo só poderá ser utilizado para serviços de natureza intelectual ou para serviços de informática. (CARVALHO, 2015, p. 435)

O tipo técnica e preço encontra-se dentro do instrumento convocatório, sendo uma combinação entre técnica e preço, onde será analisada a qualidade e o preço do produto licitado. De acordo com Melo (2010):

Nas licitações de técnica e preço, as quais são reguladas no § 2º do artigo 46, critério de seleção da melhor proposta e o que resulta da média ponderada das notas atribuídas aos fatores técnica e preço, valorados na conformidade dos pesos e critérios estabelecidos no ato convocatório. Dele deverão constar, tal como na licitação de melhor técnica, critérios claros e objetivos para identificação de todos os fatores pertinentes que serão considerado para a avaliação da proposta técnica. Também seu procedimento obedece, no início, a tramitação igual à da licitação de melhor técnica. (MELO, 2010, p. 604)

Por fim, o último critério é o maior lance ou oferta, prevista no artigo 45 § 1 da Lei 8666/1993, onde é utilizada para alienação de bens e direito por parte do poder público, como também em leilões. Em regra, as licitações serão realizadas no tipo menor preço, os demais tipos de licitação caberão de acordo com as previsões e limitações da lei 8666/93.

4. DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES

A licitação respeita alguns princípios constitucionais aplicáveis a administração, como previstos no artigo 37, caput da Constituição Federal de 1998, como também os princípios previstos no artigo 3 da lei 8666/1993. Sendo assim, a licitação deverá observar o princípio da legalidade, no que tange as normas aplicadas ao seu procedimento, como também o princípio da impessoalidade, de assegura a isonomia nas contratações. Já o princípio da moralidade, considera que as contratações serão realizadas de acordo com os padrões éticos e morais e, por fim, o princípios da eficiência, em que irá garantir o benefício de interesse coletivo.

Carvalho destaca que:

[...] a realização do procedimento licitatório deve observar a legalidade, no que tange às normas aplicáveis ao seu procedimento, a impessoalidade que representa, inclusive, umas das finalidades da licitação, sem que haja favoritismo ou escolhas em razão da pessoa a celebrar o contrato, da moralidade, sendo conduzida a licitação e respeito aos padrões éticos e morais, além da garantia de eficiência inerente a toda atuação do Poder Público. (CAVALHO, 2015, p. 432)

O princípio da legalidade assegura que o administrador não poderá, na sua própria vontade, realizar qualquer contratação sem que a lei específica lhe autorize, onde o mesmo deverá observar o procedimento de acordo com que está previamente determinado em lei. Carvalho Filho dispõe que o princípio da legalidade é:

No campo das licitações, o princípio da legalidade impõe, principalmente, que o administrador observe as regras que a lei traçou para o procedimento. É a aplicação do devido processo legal, segundo o qual se exige que a Administração escolha a modalidade certa; que seja bem clara quanto aos critérios seletivos; que só deixe de realizar a licitação nos casos permitidos nas leis; que verifique, com cuidado, os requisitos de habilitação dos candidatos, e, enfim, que se disponha a alcançar os objetivos colimados, seguindo os passos dos mandamentos legais. (CARVALHO FILHO, 2014, p. 246)

Para Melo a legalidade é:

[...] princípio da legalidade encontra-se no artigo 4º da lei, que segundo o qual “todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º tem direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos”. (MELO, 2010, p. 532)

Sendo assim, temos que toda atuação administrativa está submissa ao que a lei dispõe e, que o exercício administrativo não está subordinado às vontades dos agentes públicos.

As garantias e prerrogativas que o Estado tem, justifica o princípio da supremacia do interesse público, onde, todas as vezes que o Estado necessitar, este poderá restringir direitos individuais para que se adeque o interesse da coletividade. De acordo com Carvalho:

O interesse público é supremo sobre o interesse particular, e todas as condutas estatais tem como finalidade a satisfação das necessidades coletivas.

Nesse sentido, os interesses da sociedade devem prevalecer diante das necessidades específicas dos indivíduos, havendo a sobreposição das garantias do corpo coletivo, quando em conflito com as necessidades de um cidadão, se analisando isoladamente. Em razão desta busca pelo interesse público, a Administração se põe em situação privilegiada, quando se relaciona com os particulares. (CARVALHO, 2015, p.58)

O princípio da eficiência foi inserido na Constituição Federal com a emenda constitucional nº 19/1998, onde se trata de conseguir o maior número de benefícios com menos gasto possível, com uma atuação eficiente, buscando sempre a legalidade e a moralidade da atuação administrativa.

Nesse contexto, para Niebur (2013, p. 42) “a eficiência em licitação pública gira em torno de três aspectos fundamentais: preço, qualidade e celeridade”. Diante desses aspectos, decorrem outros princípios, denominados de justo preço, da seletividade e o da celeridade, onde assim, atingiríamos a eficiência esperada. O objetivo deste princípio na licitação é a de firmar que à administração efetue uma contratação proveitosa, não somente pelo preço baixo, mas também a qualidade do produto e serviço.

Ainda se tratando dos princípios, podemos considerar o mais importante o princípio da isonomia, em que norteia toda a licitação no nosso ordenamento jurídico. Para Mello:

O princípio da igualdade implica o dever não apenas de tratar isonomicamente todos os que afluírem ao certame, mas também o de ensejar oportunidade de disputa-la a quaisquer interessados que, desejando dele participar, podem oferecer as indispensáveis condições de garantia. (MELLO, 2010, p. 532)

A isonomia garante tratamento igual para todos que queiram contratar com a administração pública, onde a Constituição Federal de 1998, em seu artigo 37, inciso XXI garante a igualdade de condições para todos os concorrentes que desejam contratar com a administração.

No que tange o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, o edital é a lei interna da licitação, exceto a modalidade convite, onde a convocação é realizada através de convite. Nesse sentido Di Pietro discorre:

Quando a Administração estabelece, no edital ou na carta-convite, as condições para participar da licitação e as cláusulas essenciais do futuro contrato, os interessados apresentarão suas propostas com base nesses elementos; ora, se for aceita proposta ou celebrado contrato com desrespeito às condições previamente estabelecidas, burlados estarão os princípios da licitação, em especial o da igualdade entre os licitantes, pois aquele que se prendeu aos termos do edital poderá ser prejudicado pela melhor proposta apresentada por outro licitante que o desrespeitou. (DI PIETRO, 2014, p. 387)

O edital, por se tratar de um ato administrativo, depende de lei e deverá está de acordo com as disposições legais, sendo assim, o instrumento convocatório estabelece normas que impõe aos licitantes e a administração pública regras no que diz respeito aos critérios de escolha do vencedor da licitação.

O princípio da economicidade, trata da busca das melhores condições e do menor preço, realizada pela administração, com o objetivo de reduzir os custos com maior celeridade e desburocratização. Nesse sentido, Carvalho discorre: A economicidade carrega a noção de prestação do serviço de forma eficiente, com resultados positivos à sociedade e com gastos dentro dos limites da razoabilidade. Salienta-se que se costuma considerar este preceito no que tange à qualidade e também à quantidade de serviço prestado, evitando-se uma execução morosa por parte do servidor. (CARVALHO, 2015, p. 605)

Tal princípio está expressamente previsto no artigo 70 da Constituição Federal de 1988, tendo como finalidade a junção da celeridade, qualidade e menor custo na prestação de serviços para a administração.

5. LEI 8.666/93 DO DEVER DE LICITAR

A licitação é um conjunto de propostas feitas por particulares ao poder público, com o intuito de executar uma obra, ou a prestação de serviço, ou ainda, o fornecimento pela Administração, onde deverá escolher a oferta mais vantajosa mediante um procedimento administrativo, em que deverá proporcionar tratamento igual para todos os proponentes.

Na concepção de Diógenes Gasperini, podemos conceituar licitação como:

Procedimento administrativo através do qual a pessoa a isso juridicamente obrigada seleciona, em razão de critérios objetivos previamente estabelecidos, de interessados que tenham atendido à sua convocação, a proposta mais vantajosa para o contrato ou ato de seu interesse. A pessoa obrigada a licitar é denominada licitante e a que participa do procedimento da licitação, com a expectativa de vencê-la e ser contratada, é chamada de proponente ou licitante particular. (GASPERINI, 2004, p. 412)

Para atingir os objetivos das contratações públicas, a Constituição Federal em seu artigo 37, inciso XXI, fixou a licitação como princípio básico que deverá ser observado por toda a Administração Pública, conforme dispõe o texto constitucional:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (BRASIL, 1998)

De acordo com Carvalho Filho (2012) a Constituição Federal enunciou o que podemos chamar de princípio da obrigatoriedade de licitação, sendo assim, todas administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes, sujeitam-se ao dever de licitar, observando a Lei 8.666/93, em que estabelece as normas gerais de licitação e contratos administrativos.

5.1 MODALIDADES DE LICITAÇÃO

A Administração Pública tem diversos tipos de contratos que podem ser realizados, os quais demandam formalidades distintas, de acordo com a importância e a natureza do objeto a ser licitado, com isso, o legislador criou modalidades de licitação pública.

De acordo com Fernandes (2006), o nosso ordenamento jurídico dispõe de sete modalidades de licitações, sendo elas: convite, tomada de preço, concorrência, concurso, leilão, pregão e consultar.

Vale ressaltar, de acordo com a Lei 8.666/93, nos termos do artigo 22º, § 8º, foi vedada a criação de outras modalidades de licitação ou combinação das modalidades existentes.

5.1.1 Modalidade Convite

Na modalidade convite é utilizada em contratos de pequeno valor, participam os interessados do ramo a que se refere o objeto do contrato, cadastrado ou não, escolhidos ou convidados por no mínimo de três pela unidade administrativa, onde esta deverá fixar em local adequado, cópia do instrumento convocatório, estendendo aos demais cadastrados na especificidade, que manifestem interesse em participar, com antecedência de até 24 horas do prazo final para a apresentação das propostas.

5.1.2 Modalidade Concorrência

A modalidade concorrência é utilizada nos contratos de grande valor, cabível nas concessões de direito real de uso nas licitações internacionais, onde, admite, no último caso, a tomada de preço, quando o órgão ou entidade tiver cadastro internacional de fornecedores, ou o convite, quando não houver fornecedor no Brasil. Esta é a modalidade que possibilita a participação de quaisquer interessados que, na fase de habilitação, comprovem possuir requisitos de qualificação conforme exigência do edital.

5.1.3 Modalidade Tomada de Preço

É a modalidade em que participam os interessados previamente cadastrados ou que atendam as condições exigidas no cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, em que serão observadas as qualificações necessárias.

5.1.4 Modalidade Concurso

A modalidade concurso é utilizada para trabalhos técnicos, científico ou artístico, onde participam quaisquer interessados, mediante a instituição de prêmios

ou remuneração aos vencedores, atendidos os critérios constantes no edital publicado por imprensa oficial com 45 dias de antecedência.

5.1.5 Modalidade Leilão

A modalidade leilão é para a venda de bens móveis à Administração, de produtos legalmente apreendidos, penhorados ou alienados, onde qualquer interessado poderá participar. O leilão pode ser cometido a leiloeiro oficial ou a servidor designado pela Administração, em que procederá de acordo com a legislação pertinente.

5.1.6 Modalidade Pregão

A modalidade pregão será utilizada para utilização de recursos da tecnologia e da informação, entre quaisquer interessados, de bens e serviços comuns, sem limite de valor, sendo a disputa realizada por meio de propostas e lances em sessão pública.

6. APLICABILIDADE DA LEI DE LICITAÇÕES

A Constituição Federal, em seus artigos 22º, inciso XXXVII e 37º inciso XXI, compete a União legislar sobre as normas gerais das licitações e contratações, em todas as suas modalidades, para a Administração pública direta, autarquias e fundacionais e, para empresas públicas e sociedades de economia mista, como dispõe o artigo 173, § 1º, III.

A Lei 8.666/93, sofridas as alterações por meio das leis n 8.883.94, nº 9.648/98 e pela lei 9.854/99, regulamentam o inciso XXI do artigo 37º da Constituição Federal, em que institui normas para as licitações e contratos da Administração.

O artigo 118 d Lei de Licitações, determina que os Estados, Distrito Federal, Municípios e entidades da Administração indireta precisam adaptar suas normas de licitação e contrato ao disposto na Lei de Licitações. Enquanto o artigo 119 prevê,

no que tange às sociedades de economia mista, empresas e fundações públicas, entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, editarão seus próprios regulamentos, observados os dispostos na Lei 8.666/93.

As concessões e permissões de serviço público, de acordo com a Lei 8.897/95, chamada de Lei das Concessões, estabelece um processo licitatório específico, aplicando, quando necessário, as normas gerais da Lei das Licitações, como dispõe o artigo 18º, caput, da lei em menção.

A União, ao editar a lei nº 8.666/1993, que regulamente o inciso XXI do artigo 37º da Constituição Federal, como verificado em seu artigo 1º, a atribuição dos demais entes federados para instituir legislativamente as competentes normas partícidas.

Segundo Diógenes Gaperine (2004):

Editou a referida lei com a pretensão de submeter todas unidades da Federação ao mesmo regime licitatório. Portanto, esse comportamento da União só pode ser havido como institucional, desprovido, assim, da eficácia que seus mentores desejarem, conforme é reconhecido pela doutrina e jurisprudência. (GASPERINE, 2004, p. 435)

Sendo assim, fica claro que os Estados, o Distrito Federal e os Município não perderam, nessas áreas, a competência legislativa que a Constituição Federal lhes assegura, portanto, poderão editar suas leis de licitações e contratos observadas as normas gerais, respeitando a Lei Federal das Licitações e contratos da Administração Pública. Cada entidade política, União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios tem a competência para legislar sobre as licitações, porém a União fixará as normas gerais sobre essa matéria.

7. DA DISPENSA DE LICITAÇÃO

Existem hipóteses no processo licitatório, quanto a sua dispensa, onde contratos são celerados diretamente com a Administração Pública, sem a realização de licitação. Há duas situações distintas, a inexigibilidade de licitação ou a sua dispensa.

Será dispensável, nos casos e que a lei autoriza a não realização da licitação. Segundo José dos Santos Carvalho (2007, p. 225), a licitação dispensável tem

previsão no artigo 24 da Lei 8.666/93, e indica as hipóteses em que a licitação seria juridicamente viável, embora a lei dispense o administrador de realizá-la.

No que se refere às hipóteses de inexigibilidade, a licitação é inviável, ou seja, é impossível de ser realizada, por falta de competitividade. Nesse sentido Di Pietro discorre que:

A diferença básica entre as duas hipóteses está no fato de que, na dispensa, há possibilidade de competição que justifique a licitação; de modo que a lei faculta a dispensa, que fica inserida na competência discricionária da Administração. Nos casos de inexigibilidade, não há possibilidade de competição, por que só existe um objeto ou uma pessoa que atenda às necessidades da Administração; a licitação é, portanto, inviável. (DI PIETRO, 2002, p. 320-321)

Ainda nesse contexto, Filho (2009) preleciona:

A dispensa de licitação caracteriza-se pela circunstância de que, em tese, poderia o procedimento ser realizado, mas que, pela particularidade do caso, decidiu o legislador não torná-lo obrigatório. Diversamente ocorre na inexigibilidade, porque aqui sequer é viável a realização do certame. (FILHO, 2009, p.238)

No que tange ainda sobre a licitação dispensável, Celso Antônio bandeira de Mello afirma que o art.24 da referida lei arrolar casos que se enquadram nesta modalidade, determinando em seu inciso II que para outros serviços e compras de valor até R\$ 8.000,00 (oito mil reais), a licitação é dispensável. (MELLO, 2009, p. 536)

Sendo assim, é permitido à Administração Pública realizar a contratação direta, mediante a modalidade de licitação dispensável. Nesse sentido Junior (2007) discorre que:

É reservada à Administração Pública a discricionariedade para decidir, em face das circunstâncias do caso concreto, se dispensa ou não o certame. Até mesmo em presença da hipótese em que a dispensa é autorizada, a Administração Pública pode preferir proceder à licitação, se tal atender superiormente ao interesse público. (FILHO, 2007, p 290)

No que se refere à inexigibilidade, a Lei nº 8.666/93 estabelece as hipóteses em que, se configuradas, impõe-se a obrigatoriedade de contratação direta da Administração Pública com o particular, pelo fato da realização do procedimento licitatório ser materialmente impossível. O Artigo 25º da lei em menção faz exemplificações dessas hipóteses:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I – para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

II – para contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III – para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública. (BRASIL, 1993)

Jessé Torres Pereira Júnior comenta o dispositivo supracitado, afirmando que, em havendo dúvida sobre se determinado caso enquadra-se em algum dos incisos de inexigibilidade, deverá a Administração capitulá-la desde que segura quanto à impossibilidade de competição. (JUNIOR, 2007, p. 341)

As hipóteses trazidas pelo artigo 25º, inciso I da supracitada lei, é destinado aos casos de aquisição de materiais, equipamentos e gêneros que contenha apenas um produtor, empresa ou representante comercial, impossibilitando a competição.

De acordo com Junior (2007), cabe ressaltar que a configuração da exclusividade de fornecimento não se limita a pessoa do fornecedor, mas ao próprio objeto a ser contratado, devendo estar, à exclusão de qualquer outro, ser o único capaz de atender as necessidades da Administração.

No que tange à respeito dessa exclusividade, destacamos o exposto por Gasparini:

A exclusividade pode ser absoluta ou relativa. É absoluta quando no país só há um fornecedor ou um único agente (produtor, empresa ou representante comercial) para prover os interesses da Administração Pública. Esse é o fornecedor exclusivo [...] É relativa quando no país há mais de um fornecedor, empresa ou representante comercial, mas na praça considerada há apenas um. A exclusividade, nesses casos, está relacionada com a praça comercial considerada [...] A exclusividade absoluta, de pronto, inexigível a licitação. O mesmo não ocorre com a relativa. Nesta a licitação será exigível ou inexigível conforme existia ou não, na praça considerada, fornecedor, empresa ou representantes comerciais exclusivos. (GASPARINI, 1995, p. 318 e 323)

Vale destacar o conceito trazido pelo mestre Hely Lopes Meirelles, quanto da exclusividade absoluta e relativa com parâmetro nas modalidades de licitação:

Para a Administração a exclusividade do produtor é absoluta e afasta sumariamente a licitação em qualquer de suas modalidades, mas a do vendedor e a do representante comercial é na praça, tratando-se de convite; no registro cadastral, no caso de tomada de preços; no país, na hipótese de concorrência. Considera-se, portanto, vendedor ou representante comercial exclusivo, para efeito de convite, o que é único na localidade; para tomada de preço, o que é único no registro cadastral; para concorrência, o que é único no país. (MEIRELLES, 2004, p. 106-107)

8. DAS CONTROVÉRSIAS DA LICITAÇÃO

Na doutrina existe uma série de críticas quanto a modalidade convite, por serem considerados mecanismos de desburocratização implementados com falhas de ilegalidade. O artigo 22º, § 3º, da Lei nº 8.666/93, estabelece que a Administração deverá convidar, no número mínimo de três possíveis interessados para contratar com o Poder Público. Esta imposição é fortemente criticada pela doutrina, que afirma confrontar com o princípio da impessoalidade determinado pelo artigo 37º da Constituição da República como ponto crucial para a boa prática administrativa.

Cabe destacar que existe ressalva legal a impedir que o convite seja dirigido sempre aos mesmo licitantes. O § 6º do artigo 22º da Lei nº .66/93, alterado pela Lei nº 8.883/94, exige que se houver mais de três interessados na praça, a cada novo convite realizado para objeto parecido ou semelhante, à carta-convite será enviada a mais um interessado, enquanto existirem cadastrados que não foram convidados nas últimas licitações.

De acordo com o artigo 22º, § 3º, da Lei nº 8.66/93, compete à unidade administrativa afixar, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório. Porém, percebe-se que a legislação não determinou o conceito de “local apropriado”, cabendo assim, à doutrina e à jurisprudência determinar. A simples afixação do instrumento convocatório em “local apropriado”, como dispões o dispositivo legal, restringe a efetiva publicidade da licitação.

Outra questão controversa quanto a modalidade convite, é a da possibilidade de se continuar a licitação no caso de serem apresentadas um número inferior de propostas, como dispõe o artigo 22º, § 3º da Lei em menção

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2003), desta o enunciado da Súmula nº 248 do Tribunal de Contas da União, que salientou:

[...] essa orientação há de ser entendida em termos eu a tornem compatível com o artigo 22. § 7º da Lei nº 8.666/93, segundo o qual “quando por limitações do mercado ou manifesto desinteresse dos convidados, for impossível a obtenção de número mínimo de licitantes exigidos no § 3º deste artigo (três licitantes), essas circunstâncias deverão ser devidamente justificadas no processo, sob pena de repetição do convite. (DI PIETRO, 2003, p. 328)

Este posicionamento segue ao defendido por Joel Menezes Niehbur (2011), em que também considera equivocada a aplicação do entendimento sumulado pelo TCU. Em desconformidade com o disposto no artigo 22º, § 7º, da Lei nº 8.666/93, o Tribunal de Contas vem exigindo a repetição do convite quando não forem apresentadas ao menos as três propostas válidas.

Sobre o tema, Joel Menezes Niehbur (2011) destaca que:

É muito difícil demonstrar limitação de mercado ou desinteresse de convidados, que é algo, por vezes, em tudo subjetivo. Em razão disso, muitos têm dúvidas a respeito do que serviria de justificativa para o não atendimento ao convite por no mínimo três licitantes. Com efeito, a justificativa baseada em limitações de mercado pressupõe a realização de convite em relação a objeto que somente possa ser executado por poucas pessoas, em mercado estrito, o que é algo, atualmente, excepcional. A Administração também pode alegar que na praça da licitação atuam poucas empresas, o que serve a pequenos municípios distantes de grandes centros urbanos. Em relação à justificativa baseada no manifesto desinteresse dos convidados, é preciso que a Administração comprove que convidou pessoas que atuam em ramo compatível com o objeto licitado e na praça onde se realiza a licitação e onde o contrato deve ser executado. É importante que a Administração junte ao processo de licitação cópia dos comprovantes de recebimento da carta-convite de todas as pessoas convidadas, sobretudo daquelas que não se interessaram pela licitação. Não é necessário que os convidados ausentes enviem correspondência à Administração para afirmar expressamente que não se interessaram por ela. A não apresentação, por parte deles, das respectivas propostas já é o bastante para tornar evidente o desinteresse. (NIEHBUR, 2011, p. 436).

O STJ apresenta um posicionamento que diverge do consolidado pelo TCU, no que tange ao disposto no artigo 22º, § 3º, da Lei nº 8.666/93. Conforme decisão do Agravo Regimental nº 615.230, em que ficou consolidado o entendimento do STJ quanto à regularidade do convite quando forem convidados três ou mais licitantes cadastrados, sob o argumento de que não cabe ao Judiciário transcender o texto legal. Em contrariedade com o entendimento do TCU, decidiu o relator Ministro Nilson Naves, na sessão realizada em 21 de junho de 2007:

Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 horas (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.'

[...]

Evidente, então, que o número três nele constante é referente aos convidados, não aos habilitados. Daí porque, convidados três licitantes, mesmo que apenas um deles reste habilitado, o certame terá prosseguimento normal.'

[...]

O insurgente apenas insiste na necessidade de haver três proponentes habilitados para a validade do certame licitatório, e não apenas três convocados, isto com base em entendimentos doutrinários, sem sustentar uma antítese à altura da fundamentação contida no aresto impugnado.

[...]

Ora, se a própria norma estabelece claramente as exigências da licitação na modalidade convite, não cabe ao intérprete, por mais ilustre e digno de consideração que seja, ampliar as mesmas. (AGRAVO REGIMENTAL Nº 615.230, RELATOR MINISTRO NILSON NAVES, EM 21 DE JUNHO DE 2007)

A oportunidade decidiu-se pela regularidade do certame, mesmo tendo apenas uma proposta válida apresentada, argumentando que o processo licitatório se desenvolveu em observância aos requisitos legais cabíveis à carta-convite, com a efetiva prestação dos serviços que foram contratados, sem que fosse comprovado prejuízo ao erário.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do trabalho, percebemos o quanto a Licitação Pública é um procedimento administrativo complexo, em que compreende diversas modalidades, cada uma com sua característica específica, de acordo com o produto ou serviço a ser contratado pelo ente público.

O legislador ao editar a Lei nº 8.666 de 1993 abarcou os princípios constitucionais previstos no artigo 37º, inciso XXI da Constituição Federal, como também delimitou os princípios norteadores do procedimento em que os administradores terão que seguir durante o certame público.

Assim, de acordo com o objetivo do presente trabalho, em que estudamos os princípios norteadores das licitações, se fez de fundamental importância, conforme fomos analisando a lei de Licitações, no qual tivemos como principal objeto da pesquisa.

Ao estudarmos a complexidade do ato licitatório, observamos que os princípios estudando possuem verdadeira conotação de norma jurídica, para fins de validade do próprio certame. Podemos afirmar que os princípios aplicados à licitação, são reflexos dos princípios contidos no Direito Administrativo, normatizados em sua estrutura. Em qualquer certame, ao selecionar particulares para a prestação de serviços, a administração nunca poderá se escusar da observação e aplicação desses princípios norteadores, por quaisquer que sejam as questões, de moralidade,

legalidade, etc., visto que, os princípios das licitações são mais que uma questão moral, trata-se de uma questão de legalidade, como dispõe em seus dispositivos legais, seja na Constituição Federal de 1988, quer seja na Lei federal nº 8.666 de 1993, dentre outras.

No que tange a respeito das modalidades de licitações, fizemos uma breve análise sobre a tomada de preços, a carta convite, o leilão, o concurso e o pregão, onde todas estão presentes no cerne da questão em estudo, estando legalmente previstas na Lei nº 8.666/93, em que ainda prevê quanto às hipóteses em que o ente público poderá dispensar a licitação e aqueles onde há inexigibilidade do certame.

Diante do exposto no presente trabalho, verificamos a real importância que tem o administrador público ao observar os princípios norteadores da Licitação pública, os quais a legislação vigente impõe como obrigação para cumprimento de sua legalidade e efetividade, para que possamos ter um procedimento licitatório transparente, que atenda as necessidades dos entes públicos.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

BRASIL. Constituição, 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Lei n 8.666/1993 – Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm - acesso em 20 de março de 2019, às 23h.

CARVALHO FILHO, Jose dos Santos. **Manual de Direito Administrativo** 27 ed. Revista, ampliada e atualizada. SÃO PAULO. Atlas, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CARVALHO, Matheus - **Manual de Direito Administrativo**. 2 ed. Revista, ampliada e atualizada- Salvador. Juspodivm, 2015.

DAFT, Richard L. Administração. São Paulo: Cengage Learning, 2010.

DE PLÁCIDO E SILVA. Vocabulário jurídico. – 27 ed. Rio de Janeiro, 2007.

DECRETO-LEI Nº 200/67 – Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm - Acesso em 25 de abril de 2019 às 23h.

DECRETO-LEI Nº 200, de 25 de Fevereiro de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0200.htm - Acesso em 04 de Abril de 2019 às 16h00min.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 25 ed. São Paulo, Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 27 ed. SÃO PAULO, Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella., Direito administrativo. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo. 19ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo.** 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004.

GASPARINI, Diogenes., Direito administrativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

JUNIOR, Jessé Torres Pereira. Comentários à Lei de Licitações e contratações da Administração Pública, São Paulo: Renovar, 2007. p. 290.

JUNIOR, Jessé Torres. Comentários à lei de licitações e contratações da Administração Pública. 6. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal **Curso de Direito Administrativo.** 10 ed. Revista, atualizada e ampliada- SÃO PAULO. Revista dos tribunais, 2014.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo.** 3 ed. SÃO PAULO. Saraiva, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 29 ed. São Paulo, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo.** 27 ed. Revista e atualizada-SÃO PAULO, Malheiros Editores, 2010.

NIEHBUR, Joel de Menezes. Modalidades de licitação pública. Revista Fórum de Contratação e Gestão Pública, Belo Horizonte, ano 10, n. 113, maio 2011.

O DIREITO ANIMAL: perspectivas jurídicas a cerca dos maus-tratos

Joseane Bezerra Bessa
Mariana Tavares de Melo

RESUMO: Durante toda a história humana, presenciamos os animais serem sempre objetos de exploração pelo homem, no entanto, nos tempos atuais vê-se que os direitos dos animais têm sido reivindicados e a legislação tem se transformado de forma a abarcar esta nova forma de considerar os animais em sociedade, como seres de direito e personalidade jurídica. O Direito ainda é rudimentar ao tratar de direitos dos animais, tomando-os como objetos de proteção, mas a verdade é que eles são sujeitos de direitos em processo de formação e, como afirma Schopenhauer, 'não é cabível não reconhecer a existência de direitos aos animais'. A sociedade atual ainda se entretém com atividades que maltratam os animais e causam sofrimentos desnecessários, mas há grupos em luta para que isso seja transformado. O STF já julgou a esse respeito e tem se mostrado, aos poucos, compreensível com o tema. A justificativa deste trabalho aborda a necessidade de tratar desse tema tão importante e olhar com mais atenção e responsabilidade para os animais, garantindo a eles seu lugar no ordenamento jurídico como seres de direitos. O anseio é que essa discussão continue e desperte o interesse de novos juristas em lutar pelo ideal do bem estar animal.

Palavras- chave: Personalidade Jurídica, Maus-tratos Animal, Direito Animal.

ABSTRACT: Throughout human history, we are witnessing that animals are always objects of exploitation by man, however, in current times it is seen that the rights of animals have been claimed and the legislation has been transformed in a way that encompasses this new form of Consider animals in society, such as beings of law and legal personality. The law is still rudimentary when dealing with animal rights, taking them as objects of protection, but the truth is that they are subjects of rights in the process of formation. As Schopenhauer says 'it is not appropriate not to recognise the existence of animal rights'. Today's society still entertains activities that mistreat animals and cause unnecessary suffering, but there is a group in struggle for this to be transformed. The STF has already judged in this regard and has shown itself, gradually, understandable with the theme. The justification of this work addresses the need to deal with this important theme and look with more attention and responsibility to the animals, guaranteeing them their place in the legal order as beings of rights. The longing is for this discussion to continue and to awaken the interest of new jurists in fighting for the ideal of animal welfare.

Key words: Legal personality, Animal abuse, Animal law.

1. INTRODUÇÃO

Durante muito tempo a personalidade jurídica aos animais foi tida como inconcebível, mas atualmente é possível vislumbrar uma conscientização a respeito

do valor animal e sua condição no meio jurídico, importando numa reflexão sobre qual deve ser o novo pensamento referente à forma de tratar os animais, de modo a garantir que estes, também, sejam atendidos pelo ordenamento jurídico e protegidos em seus direitos.

São esses supostos direitos reservados aos animais que precisam ser analisados e garantidos e, enfim, poder ver os animais saírem de um campo desprotegido no ambiente jurídico, algo nunca visto antes, alcançando um *status* mais humanístico no atendimento legal. Ainda é possível incitar uma reflexão histórico-cultural sobre a dominação entre animais humanos e animais não humanos, que ocorre há tempos, e que precisa ser pensada e transformada, como uma maneira de mostrar o quanto se é possível progredir como seres humanos. Paulo de Bessa Antunes (2018) aponta que “o Estado ecológico, ou verde, necessariamente é democrático” e a partir daqui é possível iniciar as reflexões pertinentes ao tema e as mudanças que se busca promover e atribuir direitos fundamentais aos animais.

Durante toda a história humana, presenciamos os animais serem sempre objetos de exploração pelo homem, nas mais diversas atividades e funções, na crença de que existem seres inferiores e superiores e que aqueles devem e podem ser explorados por estes, desde os tempos mais remotos da nossa civilização, onde nós nos colocamos como os seres superiores, atos que são justificados pela necessidade e pela produtividade.

O Direito ainda é rudimentar ao tratar de direitos dos animais, tomando-os somente mais como objetos de proteção do que como sujeitos de direitos, direitos em processo de formação.

De acordo com Oliveira (2013) os defensores dos direitos dos animais excluem a possibilidade de concessão de direitos a outras formas de vida natural, a tese de imputação de direitos às plantas, pois elas não teriam consciência e, portanto, não seriam sujeitos-de-uma-vida.

A justificativa deste trabalho aborda a necessidade de tratar desse tema tão importante e olhar com mais atenção e responsabilidade para os animais, garantindo a eles seu lugar no ordenamento jurídico como seres de direitos. O anseio é que

essa discussão continue e desperte o interesse de novos juristas em lutar pelo ideal do bem estar animal.

Como nos fala Pereira (2018): “Sim, animais são nossos semelhantes, pois sentem dor, medo, adoram permanecer em paz, conviver com seus pares, interagir no meio, formar grupos, buscar e escolher seu provimento, procriar e cuidar da prole e assim por diante” e é com este pensamento que a situação animal é tratada neste trabalho, na ânsia de provocar novos estudos a respeito e mais reflexões para a efetiva mudança dos hábitos entre homens e animais.

Ao longo da história, Ferrari (2018) observa que vários pensadores reforçaram a noção de que os animais são propriedade humana, não têm consciência e nem são capazes de sentir ou pensar. Em contra partida, outros enxergaram a forma desumana como os animais eram tratados e que eles também mereciam respeito.

Ferrari (2018) aponta que, no ano IV a. C. na Grécia, Aristóteles dizia que animais são irracionais e por isso não têm interesse próprio, existindo apenas para benefício dos humanos. No século XVII, o francês René Descartes foi responsável por consolidar o uso de animais para experimentos científicos. Segundo Descartes, os bichos não eram dotados de razão, sendo apenas corpos mecânicos cujos gritos de dor nada mais seriam do que barulhos de engrenagens.

Schopenhauer (1840), filósofo alemão do século XIX, explica que não é cabível não reconhecer a existência de direitos aos animais, e que isto é, de tal modo, preconceito e ignorância da espécie humana, para ele, os animais não são meros meios para quaisquer fins. “É uma vergonha essa moralidade digna de párias [...], chandalas, mlechchas e que não reconhece a essência eterna que existe em cada coisa viva, e brilha com significado inescrutável em todos os olhos que veem o sol”, escreveu, na página 173 do livro “O Fundamento da Moral”.

Sérgio Greif (2008) entende que “animais têm interesse na vida e existência continuada e jamais devem ser usados com os recursos, ainda que se provem benefícios para o ser humano ou para maior número de animais”.

No entendimento de Ferrari (2018), as bases filosóficas do direito animal começam por volta do século XVIII com teóricos como Humphry Primatt e Jeremy Bentham, que contribuíram para construir a ideia de que os animais não pertencem

aos humanos e, além disso, pensam e sentem, é a chamada “senciência”, capacidade que mais tarde seria comprovada pelos cientistas. O teólogo inglês Humphry Primatt lança, em 1776, o livro *Dissertação sobre o dever de compaixão e o pecado da crueldade contra os animais brutos* e, em 1789, o filósofo Jeremy Bentham lança *Uma introdução aos princípios das morais e da legislação*.

No Brasil, Laerte Levai, Sônia Felipe e Daniel Braga Lourenço dão início às reflexões sobre o direito animal e trazem uma relevante contribuição para os estudos sobre o tema.

1.1 PERSONALIDADE JURÍDICA DO ANIMAL NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

No Supremo Tribunal Federal a discussão sobre essa temática não é nova, vem de tempos, e muitos casos já passaram pela análise dos Ministros, inclusive no âmbito cultural, o que será destacado mais adiante, e trazem uma discussão pertinente a respeito do reconhecimento da dignidade da vida animal e essencialidade do meio ambiente na ordem jurídica brasileira.

É importante ressaltar que a opinião de que os animais não têm personalidade jurídica, é majoritária, no entanto, confronta-se com sérios contrapontos que abarca uma perspectiva.

No plano constitucional, destaca-se a singular regra da proibição da crueldade, prevista no art. 225, §1º, VII, *in fine*, da Constituição brasileira de 1988, repetida em Constituições estaduais, a partir da qual o Direito Animal brasileiro se inaugura e se espalha pelo ordenamento jurídico nacional (ATAIDE JUNIOR, 2018).

A CF 88 aborda sobre os direitos animais e o tratamento que afasta a crueldade e abre um período reflexivo no nosso ordenamento em que as normas legais tratam com mais empatia os animais, como vemos a seguir:

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

§ 1º – Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

[...]

VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.”

Ataide Junior (2018) ainda fala que no plano legal, apontam-se o Decreto 24.645/1934 e o art. 32 da Lei 9.605/1998 como as normas gerais do sistema de proteção de direitos animais, sem ignorar a existência de diversos códigos e leis de defesa animal, com matizes e pontos de vista diversos, no âmbito dos Estados e Municípios brasileiros, carentes, ainda, de adequada sistematização científica e integração com o sistema geral de proteção animal.

Alessandra Strazzi (2014) aponta que apesar de ter sido revogado pelo decreto nº 11 de 1981, “é forçoso concluir que o decreto 24.645/34 ainda está em vigor”.

O Código Civil de 2002 aponta em seu art. 82 que “são móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social” e Carlos Alberto Bittar (1991) os classifica como: mansos, domesticados e bravios ou silvestres.

Ainda no Código Civil, os animais aparecem como objetos de penhor Agrícola, Pecuário, Industrial e Mercantil, nos artigos que se seguem:

Do Penhor Agrícola

Art. 1.442. Podem ser objeto de penhor:

[...]

V - animais do serviço ordinário de estabelecimento agrícola.

Do Penhor Pecuário

Art. 1.444. Podem ser objeto de penhor os animais que integram a atividade pastoril, agrícola ou de laticínios.

Art. 1.445. O devedor não poderá alienar os animais empenhados sem prévio consentimento, por escrito, do credor.

Art. 1.446. Os animais da mesma espécie, comprados para substituir os mortos, ficam sub-rogados no penhor.

[...]

Do Penhor Industrial e Mercantil

Art. 1.447. Podem ser objeto de penhor máquinas, aparelhos, materiais, instrumentos, instalados e em funcionamento, com os acessórios ou sem eles; animais, utilizados na indústria; sal e bens destinados à exploração das salinas; produtos de suinocultura, animais destinados à industrialização de carnes e derivados; matérias-primas e produtos industrializados (**grifo nosso**).

Embora a Constituição já trouxesse uma relevante, embora breve, reflexão sobre os animais como sujeitos de direito, a Lei de Crimes Ambientais - Lei nº 9.605/98 - promove um passo além no tema, quando aborda a criminalização no ato de abusar, maltratar, ferir ou mutilar animais de quaisquer espécies.

De acordo com Laerte Levai (2012), em 1886, o município de São Paulo trazia em seu Código de Posturas, uma norma legal relacionada à proteção dos animais, que dispunha em seu art. 2.200 que “é proibido a todo e qualquer cocheiro, condutor de carroça, pipa d'água, etc., maltratar os animais com castigos bárbaros e imoderados. Esta disposição é igualmente aplicada aos ferradores. Os infratores sofrerão a multa de 10\$, de cada vez que se der a infração”. Portanto, aqui vemos a primeira menção de cunho protetivo dirigida aos animais já no século XIX, um prelúdio do que, posteriormente, contemplaríamos em nossa legislação, algo tímido, de fato, mas que, notavelmente, ganharia reforço nos tempos vindouros.

Levai (2004) ainda afirma que no decorrer do mesmo ano “houve a elaboração de uma pioneira proposta legislativa e, enfim, a aprovação da Lei Municipal Paulista 183, de 9 de outubro de 1895, promulgada por Pedro Vicente de Azevedo”.

Lei n. 183, de 4 de outubro de 1895 (proíbe os abusos e maus tratos contra os animais em geral).

O Dr. Pedro Vicente de Azevedo, Presidente da Câmara Municipal de S. Paulo:

Faço saber que a Câmara, em sessão de 4 do corrente mês, decretou e eu promulgo, na forma do regimento, a seguinte Lei:

Art. 1º - são expressamente proibidos todos os abusos, maus tratos e quaisquer atos de crueldade ou de destruição inutilmente praticados contra animais em geral.

Art. 2º - Os castigos moderados que a eles devam ser aplicados, bem assim as experiências a que forem submetidos no interesse da ciência, a morte ou extermínio dos animais daninhos e perigosos, exigida, a bem da segurança e conveniência pública, serão regulados pela presente lei, na qual são igualmente expressos e definidos os deveres a que ficam sujeitos os donos de animais domésticos, seus prepostos e mais pessoas a quem forem eles confiados.

Art. 3º - São considerados abusos ou maus tratos:

a. Os castigos bárbaros e imoderados.

b. O emprego de instrumentos, para estímulo ou correção, que não sejam: a espora de serrilha curta, o pingolim, o chicote simples [...] **(grifo nosso)**.

Destaca-se, como visto, quais características de atos e instrumentos eram repudiadas ao serem usados com os animais, identificando a preocupação com o manuseio das condições envolvidas com os animais, a título de evitar maus tratos.

De acordo com a Revista **Consultor Jurídico** (2018), para o STJ, os animais em geral, como os cães de estimação, estão enquadrados na categoria de bens semoventes — suscetíveis de movimento próprio e passíveis de posse e propriedade. Em julgado recente, afirmou-se que os bichos não podem ser considerados meras “coisas inanimadas”, pois merecem tratamento peculiar em virtude das relações afetivas estabelecidas pelos seres humanos com eles.

1.2 LEI DE CRIMES AMBIENTAIS (Nº 9.605/98)

A Lei 9.605/98 dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e tornou crime os atos de maus tratos aos animais no Brasil. Em seu artigo 32, a lei dispõe que:

Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:

Pena – detenção, de três meses a um ano, e multa.

§ 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.

§ 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal.

Mas, mesmo com esta legislação, no Brasil, os animais ainda não são sujeitos de direitos, mas possuem proteção jurídica, neste sentido Ataíde Jr. (2018) esclarece, a respeito das multas, que

a pena do crime de maus-tratos a animais é muito baixa (3 meses a 1 ano de detenção). Isso raramente rende prisão ao infrator. Ele é conduzido à Delegacia de Polícia para lavratura de Termo Circunstanciado e encaminhamento posterior ao Juizado Especial Criminal, livrando-se do crime por meio de uma transação penal.

E essa brandura nas penas não reforça o alerta que surge na sociedade, no intuito de afastar os maus-tratos e as ações danosas realizadas em desfavor dos animais, em geral, as penas, como bem ressalta o autor, são afastadas por transações penais, enfraquecendo o objetivo principal, já que em muitos casos os infratores retornam aos atos.

1.3 LEI 1140/18

Esta Lei 1140/18 foi promulgada em outubro de 2018, na Paraíba e, com mais de 100 artigos, constitui um código de direito e bem-estar animal, segundo esta lei os animais “são seres sencientes e nascem iguais perante a vida” e que, portanto, devem “ter as suas existências física e psíquica respeitadas, entre outras garantias”.

Segundo Ataíde Jr. (2018) este Código é “bastante moderno e inovador”, em um de seus artigos traz que:

Art. 2. [...] o valor de cada animal deve ser reconhecido pelo Estado como reflexo da ética, do respeito e da moral universal, da responsabilidade, do comprometimento e da valorização da dignidade e diversidade da vida.

Uma das primeiras leis, no país, totalmente voltada para o bem estar animal, de cunho protetivo e responsável, que delineia como se espera a conduta social, e que traz em seus artigos uma preocupação humana com o animal e seus direitos em formação. Algo importantíssimo de ser analisado e estudado, que pode servir, inclusive, de modelo para outros estados, reforçando a colaboração dos grupos que lutam pela causa animal no país.

2. ENTRETENIMENTO X MAUS-TRATOS

Embora hoje tenhamos mais consciência em respeito aos atos de maus tratos com os animais, a exemplo do que não fazer com eles, ainda é possível ver muitas ações que contradizem essa consciência e o objetivo de eliminar essas práticas desumanas. O criminalista Robert Agnew (1998), conceitua o abuso como “qualquer ato que contribui para a dor ou morte de um animal ou que ameace o seu bem-estar”.

É preciso se repensar as práticas voltadas ao ‘entretenimento humano’ e que não precisem utilizar métodos que causem desconforto ou dor aos animais e, há muito que se refletir sobre isso, há muito que mudar ou transformar a esse respeito. No Brasil, assim como no mundo inteiro, existem atividades que propõem o entretenimento social, mas promovem situações desgastantes aos animais e, embora não vejamos, há incidência de maus tratos nos bastidores dessas atividades. São práticas tradicionais que dão forma e montam as atividades culturais nacionais e escondem um cenário de sofrimento e dor, praticados contra os animais, para que eles sejam adestrados e, por várias vezes, forçados, desrespeitando a natureza deles e seu bem estar.

Com o passar do tempo, a vaquejada, o rodeio e expressões artístico-culturais similares, começaram a fazer parte das manifestações culturais no país, até que, em 2016, a lei nº 13.364 alçou ao nível de patrimônio cultural imaterial as atividades como as montarias, provas de laço, apartação e provas de rédeas. Título este que é questionado por grupos protecionistas dos animais que alegam serem

atividades que promovem dor, maus tratos e condições degradantes para os animais envolvidos.

No Brasil, estados como Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Santa Catarina, Minas Gerais etc., sancionaram leis que passam a proibir o uso de animais em atividades de entretenimento circense, configurando o exemplo do famoso *Cirque du Soleil*, que não utiliza mão-de-obra animal nas apresentações.

2.1 CONDIÇÕES DEGRADANTES PARA O ENTRETENIMENTO HUMANO COM ANIMAIS

Felizola (2011) aponta as diversas formas de entretenimento animal que existe no Brasil, segundo o autor, existe a Farra do Boi, as vaquejadas, a Festa do Peão de Boiadeiros, as puxadas de cavalo, as rinhas, o uso de animais em apresentações circenses, além de outros exemplos de manifestações atroztes do inconsciente humano. Muitas destas condutas configuram crime de maus tratos e foram proibidas por outras leis federais e, até mesmo, estaduais e municipais. Não obstante, esses eventos se sustentam por interesses políticos e financeiros, sobre argumento de serem manifestações culturais, além de outros pretextos duvidosos.

No entendimento de Gussoli e Hachem (2017) o art. 225, §1º, VIII da Carta Magna, estreita qualquer margem de interpretação ao conferir aos animais ampla proteção, vedando qualquer prática que os submeta a crueldade.

[...] ainda que se reconheça a proteção constitucional da dignidade animal, positivada a partir da regra da proibição da crueldade, a própria Constituição permite a exploração econômica dos animais ao catalogar, dentre as competências administrativas da União, dos Estados e dos Municípios, o fomento à produção agropecuária (art. 23, VIII, Constituição) e ao incluir, dentro da política agrícola constitucional, o planejamento agrícola das atividades agropecuárias e pesqueiras (art. 187, §1º, Constituição) (GUSSOLI E HACHEM, 2017).

A advogada Letícia Filpi (*apud* FERRARI, 2018), da ABRAA (Associação Brasileira de Advogados e Advogadas Animalistas) destaca que o que temos é uma legislação de bem-estar animal, protetiva dentro da exploração humana, não abolicionista. O trabalho do jurista e do advogado é realmente convencer de que essas normas de bem-estar não trazem efetivamente bem-estar para um ser senciente, pois, ele está sendo tratado como coisa. A única coisa que melhora a situação dos animais, de um ser que sente, é reconhecer que ele é livre.

As condições são consideravelmente preocupantes, nos circos, nas vaquejadas e nas rinhas de galos, em especial, pois são atividades que mais se usufruem no país que traz grandes riscos aos animais envolvidos, e é focando em atividades assim que a legislação tem se moldado para abranger a proteção animal no ordenamento jurídico afim de que eles sejam salvos dessas ações cruéis.

3. JURISPRUDÊNCIAS SOBRE AS ATIVIDADES DE ENTRETENIMENTO COM MAUS TRATOS

3.1 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4983-CE

Em 2016, uma decisão do STF, trouxe um suave avanço no que se refere à compreensão da personalidade jurídica do animal e de como ele deve ser tratado e protegido. O entendimento da maioria dos ministros acompanhou o voto do relator, ministro Marco Aurélio, que havia considerado existir uma “crueldade intrínseca” nas atividades da vaquejada e que eram impostas aos animais, sobre isso Ataíde Jr. (2018) tece algumas considerações, quando fala que o Direito Animal se consolida, no plano jurisprudencial, a partir do julgamento, no final de 2016, da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4983 (ADIIn da vaquejada), pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Ainda que outros precedentes da mesma Corte já tivessem proibido certas práticas humanas cruéis contra animais, como a “farra do boi” e as “rinhas de galos”, esse foi o marco histórico da autonomia do Direito Animal e da sua separação epistemológica em relação ao Direito Ambiental.

Nessa ADI, o ministro Marco Aurélio analisou os laudos técnicos que estavam no processo e sua análise concluiu que existem tratamentos com consequências prejudiciais à saúde dos animais, danos como fraturas nas patas, no rabo, a ruptura de ligamentos e vasos sanguíneos, comprometimento da medula óssea além do risco elevado do arrancamento do rabo, além disso, os laudos apontavam que os cavalos, também são prejudicados e sofrem lesões.

Deste modo, identifica-se uma série de danos imputados aos animais e, mesmo com alguns votos contrários ao relator, que justificaram a atividade como “uma atividade esportiva e festiva, que pertence à cultura do povo”, segundo o entendimento do ministro Dias Toffoli, a inconstitucionalidade foi procedida.

3.2 PROMOÇÃO DE BRIGA DE GALOS (RE 153.531/SC)

As rinhas são lutas entre animais, nas quais os espectadores apostam determinada soma de dinheiro, recebendo o prêmio caso a parte por eles escolhida tenha sido vencedora. As rinhas mais difundidas no Brasil são as de cães e de galos. Na de cães, especialmente os da raça pitbull – dóceis por natureza – os animais são treinados e torturados pelos seus donos para que possam transformar as suas características fisiológicas e habilidades de luta em comportamento agressivo. Os cachorros são colocados juntos para brigarem, sendo que a batalha só termina quando o dono do cão desiste. Em combates profissionais, há um tipo chamado till death do us part (até que a morte nos separe). Nessa modalidade mais extrema, a disputa só termina com a morte de um dos cães (FELIZOLA, 2011).

No Brasil, as rinhas de galo seguem ocorrendo na clandestinidade, embora seja proibido, para entretenimento do homem. No ano de 2011, o STF considerou inconstitucional uma lei estadual carioca, onde se autorizava e regulamentava as competições em que os donos de galos colocam os bichos para se agredir, até no fim os animais saem seriamente feridos, para que um dos donos seja o vencedor. Para as competições, os galos têm as cristas e as barbelas cortadas; possuem um reforço no bico e nas esporas com aço inoxidável e são mantidos em minúsculas gaiolas até serem liberados para a competição em que muitas das vezes acabam com a exaustão do animal ou com a morte de um deles. Algo totalmente desumano!

No caso das leis nº 2895/1998 (do Rio de Janeiro), 7.380/1998 (do Rio Grande do Norte) e 11.366/2000 (do Estado de Santa Catarina), nos três episódios, a postura da Suprema Corte brasileira foi de repúdio a essa atroz forma de entretenimento que – sob a justificativa de preservar a manifestação cultural ou patrimônio genético de raças, ditas, combatentes – submete animais a práticas violentas ou cruéis (FELIZOLA, 2011).

Além das rinhas de galos, existem também as rinhas de cães que, assim como no Brasil, são proibidas, em diversos outros países, mas ocorrem na clandestinidade. Uma luta sangrenta que teve início no século XIX, e que teve

algumas alterações tempos mais tarde, como detalhado no site Vida Animal, de Dani Jardim:

[...] décadas mais tarde, criadores nos EUA começaram a criar [...] cães para rinhas. A preparação diferenciada era composta de treinamentos cruéis e dolorosos, como eletrochoques, explosões de pólvora perto da cabeça dos animais, pimenta e alimentação com altas doses protéicas. O objetivo do treinamento era exclusivamente para lutar e ganhar dinheiro com as apostas nas rinhas (JARDIM, 2019).

Inicialmente, os cães escolhidos para as rinhas eram os buldogues, depois vieram os Pit Bull Terrier Americano e Pit Bull Terrier mix, entre outros, com características que interessavam aos criadores e treinadores de cães para as lutas. O gosto para a tradicional luta entre cães chegou ao Brasil e virou febre, no entanto, a crescente prática mundialmente conhecida, trouxe uma imagem estigmatizada para alguns animais que acabaram sendo banidos de alguns países, a exemplo do Pit Bull conhecido por ser agressivo, no entanto, os cães apenas aprendem o que lhes ensinam.

3.3 A INDÚSTRIA E SUA CRUELDADE CONTRA OS ANIMAIS

Segundo Silva (2018) quando se trata de punições, há uma branda aplicabilidade das normas, muitas vezes não tipificada no ordenamento jurídico, não cumprindo o papel fundamental que é inibir e coibir a prática desses atos delituosos contra a fauna. Deste modo, se vê ainda uma série de práticas cruéis impostas aos animais com o objetivo de entretenimento, ou mesmo, de consumismo pela indústria, algo que precisa ser analisado e transformado.

Em uma entrevista para o site Pleno.News, Silvana Andrade (2019), que é jornalista e ativista, fundadora da ANDA (Agência de Notícias de Direitos Animais), relatou como ocorre alguns procedimentos e afirmou que são técnicas desnecessárias, pois atualmente, existem métodos computadorizados muito mais efetivos e que resolvem os objetivos da indústria. Ainda na entrevista ao site, Silvana afirma que os animais ficam em um ambiente artificializado e com absoluto stress, que é colocado um termômetro de 7 a 8 centímetros no reto dos animais que ficam contidos em caixas num espaço onde só mexem os olhos e a cabeça. Descreve adiante sobre o teste de *botox* onde é realizada uma dose letal mediana (DL50), aos animais é dado 1g de um ativo químico a um determinado grupo e

quantidade específicos, para saber quantos morrem no aumento gradual dessas substâncias químicas, dentre os animais testados estão: coelhos, porquinhos-da-índia, camundongos, cachorros, porcos e macacos. Além das precárias condições e exposição, os produtos aos quais são expostos, causam dor, irritação, ardência, cegueira, métodos geralmente, feitos sem anestesia, que provocam úlceras e hemorragias.

É relatado, ainda, que os animais são descartados quando não mais servem aos propósitos industriais e carregam consigo problemas emocionais stress pós-traumático, neuroses em grau violento, comportamento agressivo, traumas pro resto da vida e mesmo resgatados podem não ser curados, ou seja, vai muito além dos danos físicos, o que estes seres vivos passam, e é por isso que é necessário repensar esses métodos com testes em animais que a indústria utiliza.

Lucas Alvarenga (2016) conta que na indústria do leite e do ovo, os filhotes machos não têm qualquer utilidade. Em muitas unidades produtivas, os pintinhos são colocados vivos em uma esteira que desemboca em um triturador. Esses animais passam por situações de extremo pavor, pânico e dor e são forçados a continuar se reproduzindo para alimentar uma indústria eticamente doente. Uma necessidade moldada pelo homem milhares de anos atrás continua sendo tomada como padrão mesmo não havendo nada que justifique tal necessidade nos dias de hoje. A indústria da carne baseia-se em valores da época do nomadismo e ignora toda e qualquer necessidade dos animais, submetendo-os a uma vida absolutamente miserável e cruel.

3.4 OUTRAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

O STF proibiu, em 1997, a tradicional farra do boi que é realizada em Santa Catarina, prática considerada cruel onde o animal é perturbado para correr atrás das pessoas, depois ele é agredido com golpes e objetos, e apenas quando o animal está exausto e machucado é que a farra chega ao fim, muitas vezes o boi não consegue se levantar.

Em fevereiro de 2018, ficou conhecida a paulistana Dalva Lina, condenada a mais de 10 anos de prisão pela morte de mais de 30 cães e gatos, este foi um julgamento simbólico, já que pela 1ª vez houve uma pena maior do que se esperava em relação às que foram aplicadas até então, por maus-tratos aos animais.

Para Ataíde Jr. (2018), “algumas decisões dos Tribunais, como a do Supremo Tribunal Federal que proibiu a vaquejada, demonstram que as regras e princípios de Direito Animal começam a ter influência. Mas, há muito ainda para alcançar. Estamos apenas começando”.

Em decisão proferida pelo juiz da 21ª Vara Cível de Salvador, no bojo da Ação Civil Pública tombada sob nº 3307206-2/2010, o Circo Portugal (Portugal Produções Artísticas Ltda.) foi impedido de usar animais em espetáculos. A ação foi de autoria do Ministério Público, em conjunto com duas associações não governamentais de tutela do meio ambiente, que, juntas, decidiram ingressar na Justiça em face aos atos de extrema crueldade praticados contra os animais. Entendimento semelhante foi exarado pelo juiz da 11ª Vara Cível de Salvador, no bojo da Ação Civil Pública de nº 2295661-2/2008, no qual o Circo Estoril (Roberto Carvalho Portugal e Cia. Ltda.) ficou, igualmente, impossibilitado da exibição de animais em espetáculos, tendo sido fixada uma multa diária de cinquenta mil reais em caso de descumprimento da decisão. (FELIZOLA, 2011).

Moraes (2019) informa que no dia 21 de março de 2019, a Segunda Turma do STJ, admitiu o reconhecimento de direitos e de dignidade de animais não humanos e da Natureza, ao julgar um recurso envolvendo a guarda do papagaio Verdinho, o Recurso Especial 1.797.175 -SP (2018 / 0031230-00) que convivia há mais de 23 anos com Maria Angélica e o Ibama entendeu que ela não estava cuidando bem da ave, e que por ser animal silvestre não poderia permanecer com ela.

Atenta, então, Moraes (2019) que no julgado, há duas inovações marcantes: o reconhecimento expresso dos direitos de seres não humanos e a potencialidade de eles delimitarem os direitos fundamentais, as duas estão na aplicação do artigo 225, §. 1º, VII da Constituição conjugada com o princípio da dignidade.

Segundo a Revista Consultor Jurídico (2018), casos envolvendo maus-tratos a animais também são analisados no STJ. Em 2017, a corte não conheceu de pedido de Habeas Corpus (HC 393.747) para um homem condenado a 3 anos e 2

meses de detenção em regime inicial semiaberto em razão de tratamento cruel de três cavalos. (...) os animais eram mal alimentados, submetidos a trabalho excessivo, chicoteados e apresentavam diversos ferimentos, principalmente o cavalo conhecido como Parceiro, que apresentava escaras por todo o corpo, atrofia muscular e lesão no sistema nervoso central. Os maus-tratos culminaram na morte de um dos cavalos.

Zagatti et al., (2015) apontam que as jurisprudências são escassas e que a utilização de pele animal não é proibida e citam a Lei Ordinária nº 16.222, sancionada em junho de 2015, pelo então Prefeito de São Paulo, Fernando Haddad, e entrou em vigor no dia 10 de agosto de 2015, em que fica expressamente proibida “a comercialização de artigos de vestuário, ainda que importados, confeccionados com couro animal criados exclusivamente para a extração e utilização de pele, no âmbito do Município de São Paulo”.

4. O USO DOS ANIMAIS PARA TESTES

Ainda é expressivo o uso de animais em pesquisas e experimentos médicos e, conseqüentemente, sobre isso existem intensos debates éticos, na perspectiva de reduzir ou eliminar a necessidade de usar animais em experiências científicas a título de desenvolver cosméticos, remédios, vacinas, etc. Porém, diversos outros métodos têm sido desenvolvidos para mudar essa realidade.

Animais e humanos, embora pareçam diferentes, são parecidos em níveis fisiológico e anatômico e, por esta razão, animais são utilizados em experimentos. Segundo o Bioemfoco (2018) por lei, medicamentos devem passar por diversos testes *in vivo*, ou seja, com seres vivos, antes da sua aprovação. Para descobrir se uma droga é segura e eficaz, inicialmente é testada em animais e só depois em humanos. Nisto, 95% de todos os animais de laboratório são ratos e camundongos.

Para Estrella (2013) entre as práticas usadas com animais de laboratório, encontra-se a vivisseção, que é uma cirurgia em animais, muito comum em faculdades de biomédica, com intuito de estudar órgãos e tecidos. Os animais são usados em testes de novas drogas para os mais diversos fins, além de experimentação de procedimentos cirúrgicos. E, na psicologia, são usados para

determinar reações à privação maternal, indução de estresse. Já as indústrias de cosméticos, produtos de higiene e limpeza usam animais para perceber o grau de toxicidade dos novos produtos.

Hope Ferdowsian et al., (2011), em suas pesquisas, mostram que chimpanzés desenvolvem sintomas pós-traumáticos que se transformam em síndromes similares às descritas em humanos, como o Transtorno de Estresse Pós-Traumático (TEPT) e a depressão, consideraram ainda que animais utilizados em experimentos biomédicos, apresentavam distúrbios visíveis.

Sobre a existência dos comitês de ética que, possivelmente, deveriam conter esse cenário de abusos nos experimentos com animais, Vicente e Costa (2014) apontam que, a criação dos comitês de ética, gera, ao mesmo tempo, uma sensação de controle da atividade científica pelo público leigo e uma maior visibilidade e aceitação dos resultados das pesquisas não apenas dentro da comunidade acadêmica, mas em toda a sociedade. Mas esses comitês não representam obstáculo algum à continuação da prática da experimentação com animais, uma vez que são os próprios pesquisadores que têm poder de decisão sobre o que pode ou não ser feito nos experimentos.

Guimarães (2008) afirma que diferentemente da polêmica que ainda ocorre no Brasil, há um alto número de grandes universidades no mundo que não utilizam mais animais para o ensino, entre elas as conceituadas *Harvard Medical School*, nos Estados Unidos e a Universidade de Milão, na Itália. A tendência aparente é pela abolição do uso de animais no ensino superior, quer seja por razões morais e éticas, quer por razões econômicas, que não podem ser esquecidas, apesar de não ser cabível discuti-las aqui.

Em 2011, a Fiocruz assinou em um termo de cooperação com a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), com o objetivo de desenvolver e validar métodos alternativos nos testes de segurança e pré-clínicos, neste acordo, a ideia era ampliar os casos em que o uso dos animais não seja mais necessário, e onde isso não for possível, “na redução e no refinamento, buscando diminuir dor e sofrimento [dos animais]” (NUBLAT & RIGHETTI, 2011), um dos pontos iniciais para o Centro Brasileiro de Validação de Métodos Alternativos (BRACVAM).

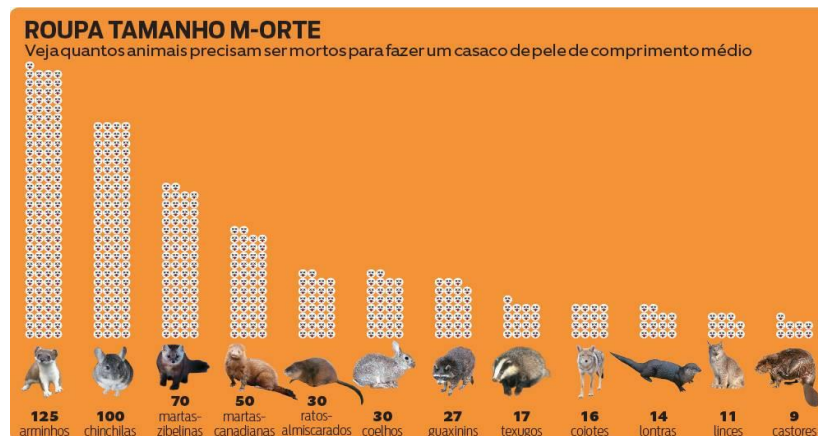
Trèz (2018) nos fala que o zoólogo William Russell e o microbiologista Rex Burch publicaram o livro “Os princípios da técnica experimental humanitária” em 1959, fruto de um projeto iniciado em 1954, onde os autores apresentam o que se entende pelo conceito dos 3Rs, referindo-se aos princípios de redução, substituição e refinamento do uso de animais em atividades científicas. O conceito dos 3Rs tem como objetivo: a otimização do número de animais que são usados em experimentos, a substituição do uso de animais em experimentos sempre que possível, e a alegada humanização dos procedimentos.

4.1 A INDÚSTRIA DA MODA E A EXPLORAÇÃO ANIMAL

De acordo com a União Libertaria Animal (*apud* Santos, 2010) a crueldade não se estende somente aos produtos alimentares ou de saúde, uma das indústrias mais cruéis é a indústria do vestuário, que também não vê meios para um fim, explorando ao máximo os animais. Além da utilização das peles e dos pelos dos animais, também aproveitam as penas e até ossos na fabricação de acessórios.

Yuri Vasconcelos (2018), em reportagem à revista Mundo Estranho, conta que desde focas e chinchilas até raposas e lincos, milhões de animais são mortos todos os anos para a confecção de casacos de pele no mundo. Só na França são abatidos 70 milhões de coelhos por ano para esse fim. (...) Para as organizações de defesa dos animais, mais do que injustificada – há tecidos sintéticos e naturais que cumprem a função -, a atividade é extremamente cruel. O sofrimento já começaria na captura do bicho, que pena nas mãos dos caçadores – as focas, por exemplo, são mortas a pauladas na cabeça, para não danificar a pele. Mesmo quando criados em cativeiro, os animais viveriam em condições degradantes e padeceriam horrores na hora de extrair a pele.

Ainda na reportagem, Vasconcelos (2018) identifica cada etapa do procedimento para o abate (formas de matar) e retirada da pele dos animais (Escalpelamento profissional e amador) a serem usadas em confecções.



Fonte: Bruno Gabrieli/Mundo Estranho, 2018.

No quadro acima, há uma estimativa de quantos animais mortos são necessários para produzir um casaco de pele que possua um tamanho médio para cobrir uma pessoa. Vê-se na imagem, a grande quantidade de animais que são abatidos, dentre arminhos (125 animais mortos por uma peça de casaco), coelhos (30 mortos por uma peça), guaxinins (27 mortos por uma peça) e castores (9 mortos por uma peça). Pensando estes números na fabricação das peças em larga escala, é possível dimensionar a matança que ocorre, exclusivamente pela indústria de vestimentas... E, imagine que os abates não são realizados de forma pacífica, cuidadosa ou menos dolorosa aos animais!

Zagatti et al., (2015) apontam que, desde 2011, vem crescendo cada vez mais a indignação dos brasileiros com os maus tratos de animais, e, em pleno século XXI, no auge da tecnologia, as empresas devem passar a ter uma preocupação maior em utilizar métodos alternativos para confecção de seus produtos, ou, do contrário, estarão indo contra a ética da maioria de seus consumidores e colocando a prova sua capacidade de venda. As autoras ainda citam os casos da AREZZO em 2011, com a coleção PeleMania e da marca Hermès, uma empresa francesa, que utiliza pele de animais exóticos, como crocodilo, para fabricação peças de luxo.

No Brasil, ainda de acordo com Zagatti et al. (2015) na maioria dos estados, não há proibição da criação de animais para a extração de sua pele. Porém, há uma grande reprovação social, seja por protestos, abaixo-assinados, manifestações em redes sociais, etc., isso fez com que fossem tomadas medidas de proibições, como

o que ocorreu em São Paulo e o que muito provavelmente deve acontecer com o restante do país.

4.2 O TRÁFICO DE ANIMAIS RAROS/ SILVESTRES

O tráfico de animais silvestres é o terceiro maior comércio ilegal do mundo, perdendo apenas para o tráfico de armas e drogas, todos os anos são retirados das matas milhares de animais para movimentar esse mercado, sendo esse um dos motivos para grande destruição no que tange a fauna brasileira, um ato ilícito e cruel, que através do sofrimento dos animais tem como objetivo a satisfação financeira dos traficantes (SILVA, 2018).

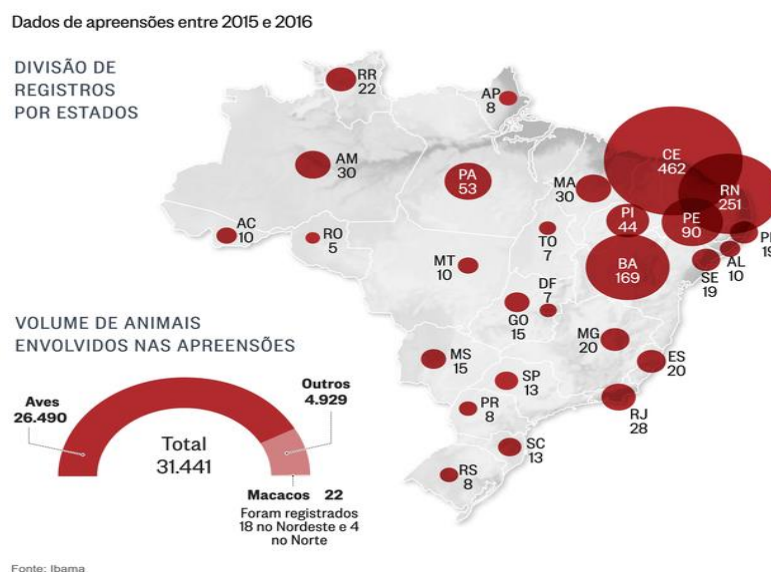
O Brasil é um dos principais países do mundo que comercializa e exporta ilegalmente fauna e flora e “apesar das medidas destinadas a combater o tráfico de espécies ameaçadas, o tráfico de animais silvestres cresce em nível global”.

De acordo com Scheffer (2018), a maioria dos animais e seus subprodutos originários do Brasil, e contrabandeados regularmente para a Europa, EUA e Japão, são enviados primeiramente para Bolívia, Paraguai, Colômbia, Argentina, Guiana, Venezuela, Panamá e México, onde geralmente são legalizados com documentação falsa.

A Carta Magna de 88 traz em seu art. 225, § 1º, inciso VII, determinando a responsabilidade do Poder Público em "proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção das espécies ou submetam os animais à crueldade".

Nassaró (2010) aponta que a expressão “tráfico de animais” não existe no ordenamento jurídico brasileiro, mas que há um conjunto de condutas relacionadas ao delito, como está exposto nos termos do art. 29 e os incisos I, II e III do seu parágrafo 1º, da Lei Federal nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, a chamada “Lei dos Crimes Ambientais”: “Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida”, que sujeita o infrator à pena de detenção de seis meses a um ano e multa.

Os animais silvestres mais procurados pelo tráfico são aves, primatas e cobras, as principais vítimas do tráfico de animais são: Arara-azul; Arara-azul-de-lear; Arara-vermelha; Papagaio-da-cara-roxa; Jaguaritica; Mico-leão-dourado; Tucano; Cascavel; Jiboia; Cobra coral-verdadeira. Informações do IBAMA apontam que o maior número de animais capturados com destinação ilícita de contrabando, dentre os demais, se compõe de aves.



O quadro acima mostra os estados brasileiros onde houve capturas de animais que clandestinamente eram traficados; além das aves, foram encontrados também, macacos, entre outros. O Ceará teve o maior número de apreensões, seguido do Rio Grande do Norte e Bahia. De acordo com a espécie, o valor de venda pode chegar a U\$30 mil, estão inclusos até animais que não estão em extinção e que também são vítimas de tráfico.

O Brasil, de acordo com Silva (2018), por ser um vasto país, nota-se a dificuldade de fiscalização, sendo nítido também o descaso da sociedade em relação ao tema, quando movimentam o comércio com a compra desses animais, não dando prioridade para um estabelecimento credenciado para tal atividade, falta conscientização.

Segundo Wildlife Crime (2014):

[...] há um fundo de análise forense para crimes com animais selvagens. Fundado em 2008, o esquema já forneceu dinheiro para ajudar a apoiar uma série de casos incluindo amostras de DNA de chifre de rinoceronte, datação por radio carbono para determinar as idades dos marfins de elefantes

que estão sendo vendidos no *e-Bay* e a taxidermia exame de aves de rapinas montadas para averiguar a causa da morte (WILDLIFE CRIME, p. 3, 2014).

Mario Cobucci Neto (2015) faz apontamentos sobre isso, ao dizer que é muito utilizado, fora do país, equipamentos de amostra de DNA para saídas a campo e que a inclusão desse tipo de material pode ser interessante no Brasil, para tornar vantajosas as práticas conservacionistas, posto que, muitas vezes, o comércio ilegal é um ato que surge através de cidadãos, com conhecimentos populares e a ciência possibilita maiores chances para este fim.

Cobucci Neto ainda propõe ideias para agilizar o combate ao tráfico:

Uma forma benéfica e sustentável é integrar a sociedade de uma forma espontânea, harmônica e recíproca, aos projetos voltados à conservação da natureza e da fauna silvestre e não limitar apenas a setores privados e públicos. Modelos de negócios que possam estabelecer rentabilidade, desenvolvimento profissional, humano e social são almejados (MARIO COBUCCI NETO, p. 3, 2015).

Tratando de ampliar essa responsabilidade de conservação para as pessoas comuns, para a sociedade, posto que para ele “princípios de prevenções não fazem parte do cotidiano”, não apenas para as empresas ou órgãos e, para estas, propor modelos rentáveis de negócios que sejam um atrativo para manter suas arrecadações comerciais e não afetando os animais, para isso.

O tráfico de animais silvestres, espécimes protegidos, é semelhante ao tráfico de drogas; todavia, apresenta diferenciação, isto é, o tráfico de animais, embora proibido, na prática não é penalizado, porque a mercadoria é apreendida, mas o contrabandista não é encarcerado e é por esse motivo que o tráfico de animais está vinculado ao de drogas: não havendo punição serve de apoio para a lavagem de dinheiro do narcotráfico (CAMPOS NETO, 2012).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito pretende refletir as mudanças que envolvem a sociedade, embora os animais ainda não sejam sujeitos de direito no ordenamento jurídico brasileiro, não possuam direitos no sentido jurídico, já é possível identificar posições legais que indicam uma reflexão positiva sobre o assunto e dá esperança de que, em breve, possamos conceber os animais como seres que possuem direitos devem ser respeitados.

O entendimento acerca dos animais no cenário jurídico começa a ganhar importância e o debate se encorpa gradativamente. É claro que, ainda, estamos no início dessa caminhada pró-construção de um ser animal com personalidade jurídica efetiva e mais enfática em nosso ordenamento.

Há tempos, pensadores e filósofos já enxergavam o animal com olhos mais atentos e viam neles, não apenas um simples objeto, de simples diversão, com o tempo, muitas ideias permearam nossa história, até chegar aos dias atuais, com a luta de reserva de direitos para os animais como seres com sentimentos e necessidades.

A nossa Carta Magna, em 1988, veio trazer essa sensação de acolhimento para os animais, quando resguarda para nossa sociedade a preservação deles. A legislação atual tem trilhado bons caminhos, a título de desvencilhar de nossa cultura verdadeiras atrocidades e maus tratos aos animais com o simples intuito de entreter os homens. Cada vez mais é possível perceber o quanto esse tipo de diversão é desnecessária e cruel e que nossa sociedade pode, muito bem, se valer de outros métodos e técnicas divertidas, mas que não machuquem ou maltratem nenhum ser vivente.

Apesar do tímido crescimento dessa ideia libertadora, não podemos negar que o Direito ainda trata os animais, envolto num binômio, numa contradição, existente entre a tutela (proteção) e o animal visto como objeto. Acredita-se que em pouco tempo, os animais terão seu lugar protegido em nosso meio social e que, adaptaremos nosso modo de vida para estilos mais saudáveis e pacíficos de interação com fauna e flora.

De acordo com Ataíde Jr (2018), “o discurso jurídico animalista se alastra cada vez mais”. O debate sobre a atividade do rodeio permanece, ainda há irregularidades em atividades de entretenimentos que teimam em usar os animais, e os apoiadores da causa animal continuarão lutando para garantir a proteção destes seres viventes que por tantas vezes enchem nossa vida de alegria.

A indústria de alimentos, de confecções, cosméticos e medicamentos, pautada nessa nova perspectiva de proteção animal, começa, mesmo que timidamente, a tratar de técnicas mais humanizadas que dispensem o uso de animais como cobaias, a exemplo de grandes marcas de grife que deixaram de

produzir roupas com pele de animais, marcas de cosméticos que reduziram os testes com animais em laboratório, entre outros exemplos.

A ideia é inculcar na sociedade que não há necessidade de maltratar animais ou usá-los como cobaias nos dias atuais com o desenvolvimento da tecnologia que dispõe de meios suficientes para sanar as dúvidas científicas e elaborar produtos na qualidade esperada.

Segundo Alvarenga (2016) “a maioria das pessoas não faz ideia da covardia, do abuso e do sofrimento sofrido pelos animais nas indústrias da carne, do ovo, do leite”.

Os tempos são outros, é preciso transformar nosso entendimento sobre o animal, de como tratamos eles, e qual o significado deles em nossas vidas. Eles são seres vivos. É realmente preciso matar e maltratar para termos lazer e entretenimento ou termos aquele creme para pele? Precisamos comer os animais só por não serem de estimação? É realmente necessário fazer os animais passarem por tratamentos cruéis e degradantes apenas para satisfazer nossos desejos? Será que não podemos começar a nos acostumar com um novo modo de vida, mais saudável e sem trazer dor e sofrimento para outro ser vivo?

Acreditamos ser possível, sim, nos desligar de formas tradicionais de viver, de intenso consumo. Sim! É possível sermos mais amenos com os animais e salvá-los de novos transtornos, vivendo com eles em harmonia.

Por fim, trazendo a reflexão de Guimarães (2008) cabe a todos nós, lutar para que os animais sejam protegidos na pesquisa científica dentro da nossa realidade, fazendo valer os 3 “R” que foram propostos por Russel e Burch (1959), que continuam sendo a base para guiar nossas ações daqui em diante: Redução (*reduction*) do número de animais ao estritamente necessário; Refinamento (*refinement*) das técnicas utilizadas nas pesquisas para minimizar o sofrimento e; Substituição (*replacement*) de animais por métodos alternativos sempre que possível.

REFERÊNCIAS

AGNEW, Robert. **The causes of animal abuse: a social-psychological analysis.** Theoretical Criminology, London, v. 2, n. 2, p. 177-209, 1998.

ANTUNES, Paulo de Bessa. O Desafio da Advocacia Ambiental. In.: **Direito ambiental e os 30 anos da Constituição de 1988.** Org.: Albenir Itaboraí Querubini Gonçalves, Alexandre Burmann, Paulo de Bessa Antunes. Londrina, PR: Thoth, 2018. 544 p.

ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. Introdução ao direito animal brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Animal.** e-issn: 2317-4552, Salvador, volume 13, número 03, p. 48-76, Set-Dez 2018.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos Reais.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 117.

BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.** Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. VadeMecum. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

Brasil. **Decreto-Lei nº 24.645, de 10 de Julho de 1934.** Diário Oficial da União. 1934

CAMPOS NETO, Antonio Augusto Machado de. O Tráfico De Animais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo,** São Paulo, v. 106/107, p. 307-347, jan/dez, 2011/2012.

COBUCCI NETO, Mario. **Tráfico de animais silvestres: desenvolvimento de um banco de dados como um recurso tecnológico para o combate deste crime.** (Monografia - Escola Politécnica da Universidade de São Paulo. Departamento de Engenharia de Computação e Sistemas Digitais. Laboratório de Sustentabilidade). São Paulo. 2015.

FELIZOLA, Milena Britto. A cultura de entretenimento com animais e o entendimento dos tribunais pátrios. **Revista Brasileira de Direito Animal.** Ano 6. Vol. 9. Jul- Dez. 2011.

GREIF, Sérgio. Direitos animais e o caminho a seguir. **Revista de Direito dos Animais.** Pensata Animal, nº 12 - Junho de 2008.

HACHEM, Daniel Wunder; GUSSOLI, Felipe Klein. **Direito Animal - Animais são sujeitos de direito no ordenamento jurídico brasileiro?** RBDA, SALVADOR, V.13, N. 03, PP. 141-172, Set-Dez 2017.

LEVAI, Laerte Fernando. **Direito dos animais: o direito deles e o nosso direito sobre eles.** 2 ed. Campos do Jordão: Mantiqueira, 2004.

- MOLINARO, Celso Alberto. Têm os animais direitos? Um breve percurso sobre a proteção dos animais no direito alemão. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Estado socioambiental e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- NACONECY, Carlos Michelon. **Ética & animais**: um guia de argumentação filosófica. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006.
- NASSARO, Adilson Luís Franco. O tráfico de animais silvestres no Brasil. **Fórum Ambiental da Alta Paulista**, Volume VI. Tupã: ANAP. 2010.
- PAIXÃO, Rita Leal. **Experimentação animal**: razões e emoções para uma ética. [Doutorado] Fundação Oswaldo Cruz, Escola Nacional de Saúde Pública; 2001. 189 p.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. v. I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. p.127.
- REGAN, Tom. A causa dos direitos dos animais. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v. 8, n.12, p.17-38, jan./ abr. 2013.
- REGAN, Tom. **Jaulas Vazias**: encarando o desafio dos direitos animais. Tradução: Regina Rheda. 1 ed. Porto Alegre: Lugano, 2006.
- SANTANA, Heron José. Espírito animal e o fundamento moral do especismo. In: **Revista Brasileira de Direito Animal**. v. 1, n. 1, (jan. 2006). Salvador: Instituto de Abolicionismo Animal, 2006.
- SCHOPENHAUER, Arthur. **O Fundamento da Moral** (1840). Tradução Maria Lucia Mello Oliveira Cacciola. 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes. Coleção Clássicos. 2001.
- SINGER, Peter. **Libertação Animal**. Tradução Marly Winckler. 1 ed. Porto Alegre: Lugano, 2004. p. 281.
- TRÉZ, Thales de Astrogildo e. Considerações sobre o conceito dos 3Rs e o potencial conflito com novas compreensões do animal experimental. **Revista Brasileira de Zootecias**. 19(2): 97-113. 2018.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil Interpretado**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- VICENTE, Alexandre Meloni; COSTA, Maria Conceição da. Experimentação animal e seus limites: core set e participação pública. **Physis Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, 24 [3]: 831-849, 2014.
- ALVARENGA, Lucas. A indústria da carne está promovendo um dos maiores crimes da história da humanidade. **Mercy for animals**. April 6, 2016. Disponível em: <<https://mercyforanimals.org.br/a-industria-da-carne-est-promovendo-um-dos>>. Acesso em 27 Nov 2019.

BIOEMFOCO. Fim da crueldade? As alternativas da ciência para o uso de animais em pesquisa. Out/2018. Disponível em: <<http://bioemfoco.com.br/noticia/alternativas-uso-animais-pesquisa/>>. Acesso em 06 Nov 2019.

ESTRELLA, S. Como funciona o uso de animais em laboratórios. **Como tudo funciona.** Disponível em: <<http://ciencia.hsw.uol.com.br/animais-em-laboratorio.htm>>. Acesso em 06 Nov 2019.

FERDOWSIAN, H. R.; DURHAM, D. L.; KIMWELE, C.; KRANENDONK, G.; OTALI, E.; AKUGIZIBWE, T.; MULCAHY, J. B.; AJAROVA, L.; JOHNSON, C. M. Signs of Mood and Anxiety Disorders in Chimpanzees. **PLoS ONE** 6(6): 1-11. 2011.

Disponível em:

<<https://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0019855>>. Acesso em 06 Nov 2019.

FERRARI, Nyle. Direitos dos animais: quais são e por que eles precisam ser defendidos. **Animal Equality Brasil.** Dec, 2018. Disponível em:

<<https://medium.com/@animalequality/direitos-dos-animais-quais-s%C3%A3o-e-por-que-eles-precisam-ser-defendidos-9d7d7c615ce6>>. Acesso em Set 2019.

GUIMARÃES, Marco Aurelio. Até que ponto a utilização de animais em experimentos científicos é eticamente aceita? **Revista Digital Art&**, v. 16, p. ENSAIO 16B, 2008. Disponível em: <https://www.ipebj.com.br/docdown/_ddf.pdf>. Acesso em 08 Nov 2019.

JARDIM, Dani. Cachorro bravo: saiba o que é cachorro de rinha. Site **VIDANIMAL.** 2019. Disponível em: <<https://vidanimal.com.br/rinhas-de-caes/>>. Acesso em 25 Nov 2019.

MORAES, Germana de Oliveira. Direitos dos Animais e da Natureza levados a sério: Comentários sobre o julgamento do Superior Tribunal de Justiça do Brasil (Recurso Especial 1.797.175 – SP). **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC.** Volume 39.1, Jan./jun., 2019. Disponível em:

<<http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/42087/99406>>. Acesso em 25 Nov 2019.

NUBLAT, J; RIGHETTI, S.. Governo quer menos testes de produtos com animais. **Folha.com.** 14 de setembro de 2011. Disponível em:

<<http://www1.folha.uol.com.br/ciencia/974980-governo-quer-menos-testes--de-produtos-com-animais.shtml>> Acesso em 21 Out 2019.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Direitos da Natureza e Direito dos Animais: Um Enquadramento. **Revista do Instituto de Direito Brasileiro**, Lisboa, a. 2, n. 10, p. 11325-11370, 2013. Disponível em: < http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_10_11325_11370.pdf >. Acesso em: 25 Out 2019.

PEREIRA, Michel Richard. Da considerabilidade do animal como sujeito de direito. **JusBrasil.** 2017. Disponível em:

<https://michelrichardp.jusbrasil.com.br/artigos/574015539/da-considerabilidade-do-animal-como-sujeito-de-direito?ref=topic_feed>. Acesso em 25 Out 2019.

Pleno.News. Crueldade: Sofrimento dos animais na indústria da beleza. 26/07/2019. Disponível em: <<https://pleno.news/brasil/crueldade-sofrimento-dos-animais-na-industria-da-beleza.html>>. Acesso em 11 Nov 2019.

Revista **Consultor Jurídico.** Domésticos ou Domesticados: STJ relembra casos envolvendo animais julgados pela corte. 1 de outubro de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-out-01/stj-relembra-casos-envolvendo-animais-julgados-corte>>. Acesso em 27 Nov 2019.

RUSSELL, W. M. S.; BURCH, R. L. Princípios das Técnicas Experimentais Humanas. ***The Principles of Humane Experimental Technique.*** 1959. Disponível em: <http://altweb.jhsph.edu/pubs/books/humane_exp/het-toc> Acesso em 01 Nov 2019.

SANTOS, Tânia Sofia Ferreira dos. **Activismo Pró Animal na Moda:** Moda como veículo incentivador à protecção animal. Faculdade de Arquitectura. Universidade Técnica de Lisboa. (Dissertação para obtenção de grau de Mestre em Design de Moda). Lisboa, Dezembro 2010. Disponível em: <<https://www.repository.utl.pt/bitstream/10400.5/2988/1/ACTIVISMO%20PR%C3%93%20ANIMAL%20NA%20MODA%20-%20T%C3%A2nia%20Santos%202010.pdf>>. Acesso em 09 Nov 2019.

SCHEFFER, Gisele Kronhardt. Tráfico de animais: uma atividade ilegal baseada no sofrimento. **Canal Ciências Criminais** - JUSBRASIL. 2018. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/579344173/trafico-de-animais-uma-atividade-ilegal-baseada-no-sofrimento?ref=topic_feed>. Acesso em 06 Nov 2019.

SILVA, Juliana França da. Tráfico de animais silvestres. **Direitonet.** Mai/2018. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10681/Trafico-de-animais-silvestres>>. Acesso em 06 Nov 2019.

STRAZZI, Alessandra. **Direitos dos animais e bem-estar animal:** dever do Estado? 2014. Disponível em: <<https://alessandrastrazzi.adv.br/direito-civil/direitos-dos-animais-3/>>. Acesso em 08 Nov 2019.

VASCONCELOS, Yuri. **Mundo Estranho.** Que animais ainda são usados para fazer casacos de pele? 2009-2018. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/mundo-estranho/que-animais-ainda-sao-usados-para-fazer-casacos-de-pele/>>. Acesso em 27 Nov 2019.

WILDLIFE CRIME. **A guide to the use of forensic and specialist techniques in the investigation of wildlife crime.** FWG (Paw Forensic Working Group). Copyright 2014. Disponível em: <<http://www.tracenetwork.org/pawforensics/>>. Acesso em 08 Nov 2019.

ZAGATTI, Mariana; LEITE, Isabela Rocha Toledo; JABER, Mariana Rosa; JABER, Mariana. **Jus.Com.** O uso da pele animal na confecção de roupas e as relações contratuais entre empresas. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/48766/o-uso>>

da-pele-animal-na-confeccao-de-roupas-e-as-relacoes-contratuais-entre-empresas#_ftn6>. Acesso em 27 Nov 2019.

