

Simone Paula Vesoloski
Evandro Luis Dezordi
Luciano Alves dos Santos
(Orgs.)



Desafios e reflexões contemporâneas do Direito



Na contemporaneidade, a disseminação do conhecimento científico é de extrema importância não somente para a área acadêmica, mas para a sociedade como um todo. Desse modo, os acadêmicos, professores e pesquisadores tem um papel de extrema valia diante do cenário atual, e é neste contexto que se amplifica a importância de falar, estudar, debater e tratar a respeito de temas na grande área do Direito. O conjunto de textos contidos nesta obra contemplam reflexões na seara jurídica. O leitor encontrará as mais variadas reflexões no campo jurídico privado/público; direito ambiental; direito penal; direito administrativo; direito civil; direito de família; direitos fundamentais, difusos e coletivos... E certamente estes textos são uma contribuição acadêmica e instigação novos estudos a serem desenvolvidos. Com um olhar voltado para uma abordagem jurídica ampla e atual, a partir da leitura deste E-book, pretende-se ampliar o conhecimento, orientar sobre variados temas múltiplos, instigar a reflexão e oferecer ao leitor percepções distintas e abrangentes sobre os eixos temáticos pesquisados. Desejamos a todos e todas uma profícua leitura!



Abordagens Jurídicas

Abordagens Jurídicas

Desafios e reflexões contemporâneas do Direito

Organizadores

Simone Paula Vesoloski

Evandro Luis Dezordi

Luciano Alves dos Santos



Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Carole Kümmecke - <https://www.conceptualeditora.com/>

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



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



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

VESOLOSKI, Simone Paula; DEZORDI, Evandro Luis; SANTOS, Luciano Alves dos (Orgs.)

Abordagens Jurídicas: desafios e reflexões contemporâneas do Direito [recurso eletrônico] / Simone Paula Vesoloski; Evandro Luis Dezordi; Luciano Alves dos Santos (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2021.

198 p.

ISBN - 978-65-5917-115-6

DOI - 10.22350/9786559171156

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

1. Direito; 2. Ciências jurídicas; 3. Coletânea; 4. Estado; 5. Brasil; I. Título.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Sumário

Prefácio **9**

José Plínio Rigotti

Apresentação **12**

Os Organizadores

1 **14**

O ativismo judicial como instrumento de garantia dos direitos fundamentais pelo Poder Judiciário

Elisandra Fabrícia Bernstein

Nicole Vicenzi Beutler

Carine Pertuzzatti

Simone Paula Vesoloski

2 **32**

O instituto da fiança: conceituação, características e peculiaridades

Evandro Carlos Schenatto

Alessandra Regina Biasus

3 **46**

Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica no crime ambiental

Carine Pertuzzatti

Simone Paula Vesoloski

Nicole Vicenzi Beutler

Elisandra Fabrícia Bernstein

4 **64**

A relação dos direitos coletivos com o fundo de defesa dos direitos difusos: breves considerações

Evandro Luis Dezordi

Karine Kostuczenko

5

78

Cadastro Ambiental Rural (CAR) no contexto da pequena propriedade rural

Adriano Kolling

Vera Maria Calegari Detoni

6

97

Desenvolvimento socioambiental: posicionamento, compromisso e ações da Administração Pública frente aos desafios do Direito

Simone Paula Vesoloski

Carine Pertuzzatti

Nicole Vicenzi Beutler

Elisandra Fabrícia Bernstein

7

118

Do bem de família: surgimento, instituição e exceções à impenhorabilidade

Alessandra Regina Biasus

Evandro Carlos Schenatto

8

133

Sistema de *compliance* na Administração Pública: desafios e implicações

Karine Kostuczenko

Giana Lisa Zanardo Sartori

9

155

A legalidade do inquérito das *fake news*: investigação sobre a liberdade de expressão

Nicole Vicenzi Beutler

Elisandra Fabrícia Bernstein

Simone Paula Vesoloski

Carine Pertuzzatti

10

168

Estado Democrático de Direito, democracia e direitos políticos: o Direito-dever ao voto

Ana Julia Spegorin

Prefácio

*José Plínio Rigotti*¹

Honrado, envaidecido e agradecido recebi o convite dos Organizadores para prefaciá-la a 1ª Edição da coleção “ABORDAGENS JURÍDICAS – Desafios e reflexões contemporâneas do Direito”.

É imensa a minha satisfação por poder externar meu sentimento pelos Organizadores da obra.

Acadêmica e formanda SIMONE PAULA VESOLOSKI, que, durante toda a graduação demonstrou grande interesse pela Pesquisa Acadêmica tendo participado com excelentes trabalhos durante as Semanas Acadêmicas, sendo interessada, responsável e dedicada em todas as atividades a que se propunha e que, com toda a certeza, sairá vitoriosa em todas as atividades a que se propor na sua vida profissional. Espero que um dia possa contar com a mesma como Professora do nosso Curso;

Professor EVANDRO LUIS DEZORDI, Professor de grande saber jurídico, profissional responsável e respeitado, sendo festejado pela comunidade discente e docente, comprometido com a academia, orientando trabalhos acadêmicos e pesquisas jurídicas com afinco e denodo, sempre contribuindo de forma exemplar para a grandeza do nosso Curso.

Professor LUCIANO ALVES DOS SANTOS do qual tive a honra de participar como presidente da banca examinadora quando da realização

¹ Professor e Coordenador do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Câmpus de Erechim - RS

do seu concurso para a docência em nossa instituição, onde foi classificado em primeiro lugar. Posteriormente, tive o prazer de dividir com o mesmo bons momentos durante o Mestrado que perduram até a presente data. Professor de grande saber jurídico, da mesma forma que o Professor Evandro, profissional responsável e respeitado, muito festejado pela comunidade discente e docente, comprometido com a academia, orientando trabalhos acadêmicos e pesquisas jurídicas com afinco e denodo, sempre contribuindo de forma exemplar para a grandeza do nosso curso.

Aos pesquisadores, autores dos artigos abaixo enumerados, o reconhecimento e o agradecimento da Coordenação do Curso de Direito pelos excelentes trabalhos desenvolvidos. Continuem trilhando o caminho da pesquisa acadêmica que os levarão a um futuro brilhante. Parabéns!

Feliz a iniciativa dos Organizadores em criarem o presente livro que, já na 1ª Edição, compilaram 10 (dez) temas jurídicos de grande relevância e importância para os estudiosos do Direito que, com certeza, contribuirá para a consolidação e aperfeiçoamento de todos aqueles apaixonados pelas letras jurídicas, a saber:

- 1 . O ATIVISMO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELO PODER JUDICIÁRIO, elaborado pelas acadêmicas Elisandra Fabrícia Bernstein; Nicole Vicenzi Beutler; Carine Pertuzzatti e Simone Paula Vesoloski.
- 2 . O INSTITUTO DA FIANÇA: CONCEITUAÇÃO, CARACTERÍSTICAS E PECULIARIDADES, elaborado pelo Acadêmico Evandro Carlos Schenatto e pela Professora Alessandra Regina Biasus.
- 3 . RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA NO CRIME AMBIENTAL, elaborado pelas acadêmicas Carine Pertuzzatti, Simone Paula Vesoloski, Nicole Vicenzi Beutler e Elisandra Fabrícia Bernstein.
- 4 . A RELAÇÃO DOS DIREITOS COLETIVOS COM O FUNDO DE DEFESA DOS DIREITOS DIFUSOS, elaborado pela acadêmica Karine Kostuczenko e pelo Professor Evandro Luis Dezordi.

- 5 . CADASTRO AMBIENTAL RURAL (CAR) NO CONTEXTO DA PEQUENA PROPRIEDADE RUAL, elaborado pelo acadêmico Adriano Kolling e pela Professora Vera Maria Calegari Detoni.
- 6 . DESENVOLVIMENTO SOCIOAMBIENTAL: POSICIONAMENTO, COMPROMISSO E AÇÕES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FRENTE AOS DESAFIOS DO DIREITO, elaborado pelas acadêmicas Simone Paula Vesoloski, Carine Pertuzzatti, Nicole Vicenzi Beutler e Elisandra Fabrícia Bernstein.
- 7 . DO BEM DE FAMÍLIA: SURGIMENTO, INSTITUIÇÃO E EXCEÇÕES À IMPENHORABILIDADE, elaborado pelo acadêmico Evandro Carlos Schenatto e pela Professora Alessandra Regina Biasus.
- 8 . SISTEMA DE COMPLIANCE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: DESFIOS E IMPLICAÇÕES, elaborado pela acadêmica Karine Kostuczenko e pela Professora Giana Lisa Zanardo Sartori.
- 9 . A LEGALIDADE DO INQUÉRITO DAS *FAKE NEWS*: INVESTIGAÇÃO SOBRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO, elaborado pelas acadêmicas Nicole Vicenzi Beutler e Elisandra Fabrícia Bernstein, Simone Paula Vesoloski e Carine Pertuzzatti.
- 10 . O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, DEMOCRACIA E DIREITOS POLÍTICOS: O DIREITO-DEVER AO VOTO, elaborado pela acadêmica Ana Julia Spegorin

Os artigos aqui publicados foram fruto de intensas pesquisas bibliográficas, devidamente referenciadas, que demonstram o interesse, a legitimidade e seriedade de todos os envolvidos.

Os temas são atuais e de suma importância para os estudiosos do Direito.

Os leitores poderão se deleitar com uma leitura prazerosa, objetiva, esclarecedora, atualizada e de suma importância para as letras jurídicas e demais operadores do Direito.

Que a presente obra sirva de incentivo para os demais acadêmicos e Professores para que continuem se dedicando à pesquisa que juntamente com o ensino e a extensão são o objetivo da Universidade.

Apresentação

Os Organizadores

Na contemporaneidade, a disseminação do conhecimento científico é de extrema importância não somente para a área acadêmica, mas para a sociedade como um todo. Desse modo, os acadêmicos, professores e pesquisadores tem um papel de extrema valia diante do cenário atual, e é neste contexto que se amplifica a importância de falar, estudar, debater e tratar a respeito de temas na grande área do Direito.

O conjunto de textos contidos nesta obra contemplam reflexões na seara jurídica. O leitor encontrará as mais variadas reflexões no campo jurídico privado/público; direito ambiental; direito penal; direito administrativo; direito civil; direito de família; direitos fundamentais, difusos e coletivos... E certamente estes textos são uma contribuição acadêmica e instigarão novos estudos a serem desenvolvidos.

Em sua primeira edição, o enfoque desta obra pautou-se nas temáticas voltadas para 3 eixos de pesquisa: o primeiro eixo temático focado nas “Instituições de Direito Público e Direito Privado”; o segundo, para a temática relacionada à “Estado, Sociedade, Indivíduos e Instituições” e por fim, o terceiro eixo se embasou na pesquisa sobre “Resolução de Conflitos”. Como essas temáticas são amplas, abarcam variados temas de pesquisa, desse modo, é possível vislumbrar a partir dos escritos contidos neste livro, uma diversificada pesquisa na seara jurídica, abordando desafios e reflexões contemporâneas do Direito.

Com um olhar voltado para uma abordagem jurídica ampla, atual, a partir da leitura desta obra pretende-se ampliar o conhecimento, orientar sobre variados temas múltiplos, instigar a reflexão e oferecer ao leitor percepções distintas e abrangentes sobre os eixos temáticos pesquisados. Para tal, todos os autores abordam as temáticas com ênfase em uma pesquisa esclarecedora, não exaustiva, que visa contribuir para a área acadêmica, jurídica e social, aclarando dúvidas, curiosidades e corroborando para a construção do conhecimento individual e coletivo. Desejamos a todos e a todas uma profícua leitura.

O ativismo judicial como instrumento de garantia dos direitos fundamentais pelo Poder Judiciário

*Elisandra Fabrícia Bernstein*¹

*Nicole Vicenzi Beutler*²

*Carine Pertuzzatti*³

*Simone Paula Vesoloski*⁴

1 Introdução

Os direitos e garantias fundamentais dispostos na Constituição Federal de 1988 são considerados como indispensáveis à pessoa humana, porquanto visam assegurar uma vida digna, pautada na igualdade e na liberdade. Contudo, diante das omissões dos Poderes Legislativo e Executivo, o Judiciário adentra nas funções dos demais Poderes, especialmente no papel legislativo, objetivando a efetivação de tais direitos.

Assim, o estudo tem como propósito estabelecer uma reflexão acerca da prática do ativismo judicial pelo Poder Judiciário, com o intuito de efetivar os direitos e garantias fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988.

¹ Graduanda do 10º semestre, Curso de Direito – Uri Campus de Erechim - RS, E-mail: elisandrafabricia@hotmail.com

² Graduanda do 10º semestre, Curso de Direito – Uri Campus de Erechim - RS, E-mail: nicovicenzi@gmail.com

³ Graduanda do 10º semestre, Curso de Direito – Uri Campus de Erechim - RS, E-mail: carinepertuzzatti@outlook.com

⁴ Graduanda do 10º semestre do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, URI Campus de Erechim - RS, Membro integrante do projeto de extensão sobre Políticas Públicas de Inclusão Social e Sustentabilidade Econômica e Ambiental – IMED – Passo Fundo, RS. E-mail: simonels17@hotmail.com

Dessa maneira, inicialmente, necessita-se analisar brevemente aspectos sobre os direitos e garantias fundamentais assegurados na Carta Magna, como também explicar questões atinentes ao princípio da separação dos Poderes e conceituar o fenômeno conhecido como ativismo judicial, para, enfim, adentrar na temática da prática do ativismo judicial pelo Poder Judiciário como forma de assegurar os direitos e garantias fundamentais insculpidos na Constituição.

2 Direitos e garantias fundamentais

Os direitos e garantias fundamentais estão previstos na Constituição Federal de 1988, em seu Título II, em que a principal finalidade é de garantir os direitos básicos individuais, sociais, difusos e à democracia ao cidadão brasileiro. Subdivide-se em cinco capítulos: I- “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”; II - “Dos Direitos Sociais”; III- “Da Nacionalidade”; IV- “Dos Direitos Políticos” e V- “Dos Partidos Políticos”.

Para Pinho (2020), algumas inovações foram feitas pela Constituição Federal de 1988, como, por exemplo, foi a primeira constituição brasileira a estabelecer os direitos fundamentais antes mesmo da estruturação do Estado, refletindo, assim, a sua relevância na democracia hodierna, como também abarcou os interesses coletivos e difusos e prescreveu deveres ao lado dos direitos individuais e coletivos, diferentemente das demais constituições brasileiras.

Ressalta-se que as constituições contemporâneas são dotadas de um rol vasto de direitos fundamentais conjuntamente com os preceitos regulamentam sua efetivação, de modo a determinar um regime especial de tutela. Essa espécie de constitucionalismo se fortaleceu a partir da segunda metade do século passado, diante da reorganização da comunidade jurídica europeia com a implantação de normas constitucionais providas de

princípios éticos e com perspectiva futura garantida por “cláusulas de eternidade”, tendo em vista a inobservância dos direitos da pessoa humana ao longo da primeira metade do século XX (PEREIRA, 2018).

Nesse seguimento, a Constituição Federal de 1988 adota essa matriz constitucionalista, levando em conta também o rompimento com o autoritarismo experimentado nos anos anteriores (PEREIRA, 2018). Assim, conforme se denota no sistema adotado pela Constituição brasileira, o termo “direitos fundamentais” é considerado um gênero que engloba as espécies de direitos individuais, coletivos, sociais, étnicos e políticos, sendo que as constituições escritas estão atreladas às declarações de direitos fundamentais. Dessa maneira, entende-se que os direitos fundamentais são aqueles indispensáveis à pessoa humana, reconhecidos e integrados no direito positivado (PINHO, 2020).

De acordo com as lições de Marmelstein (2019, p. 18), há cinco elementos básicos no conceito de direitos fundamentais, quais sejam:

[...] norma jurídica, dignidade da pessoa humana, limitação de poder, Constituição e democracia. Esses cinco elementos conjugados fornecem o conceito de direitos fundamentais. Se determinada norma jurídica tiver ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana ou com a limitação do poder e for reconhecida pela Constituição de um Estado Democrático de Direito como merecedora de uma proteção especial, é bastante provável que se esteja diante de um direito fundamental.

Dessa forma, é possível afirmar que os direitos fundamentais são indispensáveis aos cidadãos, porquanto imprescindíveis para a garantia de uma vida digna pautada na igualdade e na liberdade, sendo que o Estado deve buscar efetivar os direitos fundamentais e inseri-los no cotidiano das pessoas, não somente reconhecê-los formalmente (PINHO, 2020).

Nesse sentido, figura-se a vinculação da jurisdição aos direitos fundamentais, em que o poder Judiciário deve guardar estrita obediência aos direitos fundamentais e garantir a efetivação de tais direitos (MENDES, 2012).

Insta salientar que os direitos fundamentais possuem aplicação imediata, forte no artigo 5º, §1º, da Constituição Federal de 1988, assim não há necessidade de regulamentação para serem concretizados⁵, porquanto são vinculantes e exigíveis; também são cláusulas pétreas e, desse modo, não podem ser revogados (artigo 6º, §4º, inciso IV, CF/1988); por fim, são hierarquizados, isso significa que, se uma lei embaraçar ou frustrar a concretização de um direito fundamental, de modo desproporcional, então essa lei poderá ter a sua aplicabilidade afastada por inconstitucionalidade (MARMELSTEIN, 2019).

Nessa toada, é necessário destacar as características dos direitos fundamentais, conforme lição de Pinho (2020, p. 94):

- a) Historicidade. Para os autores que não aceitam uma concepção jusnaturalista, de direitos inerentes à condição humana, decorrentes de uma ordem superior, os direitos fundamentais são produtos da evolução histórica. Surgem das contradições existentes no seio de uma determinada sociedade.
- b) Inalienabilidade. Esses direitos são intransferíveis e inegociáveis.
- c) Imprescritibilidade. Não deixam de ser exigíveis em razão da falta de uso.
- d) Irrenunciabilidade. Nenhum ser humano pode abrir mão de possuir direitos fundamentais. Pode até não usá-los adequadamente, mas não pode renunciar à possibilidade de exercê-los.

⁵ Ao contrário dos direitos fundamentais, o termo direitos humanos possui uma abrangência maior, de modo que é utilizado para se referir aos direitos do homem reconhecidos internacionalmente, como também compreendidos como determinações éticas que necessitam ser positivadas. Pode ser considerado como uma categoria de faculdades e instituições, que em cada período histórico efetiva as imposições da dignidade, da liberdade e da igualdade, de modo que precisam ser positivados pelos ordenamentos tanto em nível nacional quanto internacional (PEREIRA, 2018).

e) Universalidade. Todos os seres humanos têm direitos fundamentais que devem ser devidamente respeitados. Não há como excluir uma parcela da população do absoluto respeito à condição de ser humano. f) Limitabilidade. Os direitos fundamentais não são absolutos. Podem ser limitados, sempre que houver uma hipótese de colisão de direitos fundamentais.

Então, isso significa que os direitos fundamentais são resultantes de um passado histórico diante de incongruências em determinadas sociedades; também são direitos pessoais e intransferíveis, de modo que nenhuma pessoa pode renunciá-los, assim como não há óbice ao não uso desses direitos e isso não acarreta a sua exigibilidade; inclusive, esses direitos se estendem a todos os cidadãos, não havendo que se falar em exclusão de determinada parcela da população; por fim, os direitos fundamentais não são absolutos e podem ser limitados em casos de colisão entre eles.

Além disso, os direitos fundamentais estão abarcados em uma categoria jurídica complexa, de modo que é possível examiná-los de várias maneiras, porquanto se manifestam no constitucionalismo contemporâneo como resultante de um intenso processo histórico em que foram ampliados, gradualmente, em seu alcance e força vinculante dentro do ordenamento jurídico (PEREIRA, 2018).

Digno de nota que os direitos fundamentais são divididos em gerações ou dimensões. Brevemente, é possível afirmar que os direitos de primeira geração são aqueles individuais que representam uma forma de defesa do cidadão em relação ao Estado, também conhecidos como direito de liberdade, dentre eles estão os direitos à vida, segurança, propriedade, liberdade de pensamento, entre outros. Em seguida, os direitos de segunda geração não têm a intervenção estatal e visam assegurar um ideal de vida digna aos indivíduos, ou seja, são os direitos sociais, econômicos e culturais. Também, os direitos de terceira dimensão estão ligados aos valores da fraternidade para resguardar os direitos da sociedade voltados ao

coletivo. Em relação aos direitos de quarta geração, não há unanimidade entre os doutrinadores, porém seus defensores aduzem que são os direitos relacionados à engenharia genética, compreendendo os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo. Ainda, alguns doutrinadores apontam a existência dos direitos de quinta dimensão, consubstanciados na paz, ou seja, no bem-estar geral da humanidade (OLIVEIRA JUNIOR, 2017).

De acordo com Bonavides (2004), seguindo o entendimento do doutrinador alemão Konrad Hesse, em uma acepção lata, a perspectiva dos direitos fundamentais está centrada na criação e manutenção de pressupostos elementares de uma vida pautada na liberdade e na dignidade humana. Já em uma compreensão mais restrita, específica e normativa, entende-se como os direitos que o próprio direito vigente qualifica como tais.

Em outras palavras, Pereira (2018, p. 116) explica que:

Primeiramente, a doutrina costuma decompor a noção de direito fundamental em sentido formal e em sentido material, conforme esteja em causa a análise jurídica ou a apreciação ética dos direitos. Do ponto de vista formal, direitos fundamentais são aqueles que a ordem constitucional qualifica expressamente como tais. Já do ponto de vista material, são direitos fundamentais aqueles direitos que ostentam maior importância, ou seja, os direitos que devem ser reconhecidos por qualquer Constituição legítima. Em outros termos, a fundamentalidade em sentido material está ligada à essencialidade do direito para implementação da dignidade humana. Essa noção é relevante, pois, no plano constitucional, presta-se como critério para identificar direitos fundamentais fora do catálogo.

Também, importante mencionar acerca da dignidade da pessoa humana, nas palavras de Ingo Sarlet (2002, apud MARMELSTEIN, 2019, p. 16):

[...] onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver uma limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade em direitos e dignidade e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana.

Isso significa que a dignidade humana é pautada pelo respeito à autonomia da vontade e a integridade física e moral, como também à objetificação do ser humano e à proteção do mínimo existencial (MARMELSTEIN, 2019).

3 Ativismo judicial e o Estado Democrático de Direito: o princípio da separação dos poderes

A Constituição Federal de 1988 dispõe no seu artigo 2º que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário são harmônicos e interdependentes, inclusive protegendo o princípio da separação de Poderes no rol do artigo 6º, § 4º, sendo que a separação dos Poderes se revela como a base da Constituição Democrática de 1988, devendo-se, assim, cada qual exercer suas atribuições conforme os limites por ela estabelecidos. Além disso, salienta-se que no artigo 5º, inciso XXXV, está disposto que a Lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário suposta lesão ou ameaça ao direito do cidadão, ou seja, não se pode negar o acesso à justiça por obscuridade ou ausência de legislação.

De acordo com os ensinamentos de Ramos (2015, p. 114):

O Estado democrático nasce sob o signo da juridicização do poder. A teoria do Poder Constituinte se, por um lado, importa no reconhecimento de que a origem do ordenamento jurídico se dá a partir de um ato de soberania, o qual,

por conseguinte, não pode ser aquele limitado ou condicionado, por outro, consubstancia uma proposta de institucionalização do poder, que passa a ser exercido pelos órgãos indicados na Constituição e a forma por ela prescrita (e também de acordo com as normas de conteúdo por ela antecipadamente impostas). Dado o êxito do movimento jurídico-político que ficou conhecido como constitucionalismo, esse Estado submetido ao direito se tornou sinônimo de Estado Constitucional, em que uma das peças-chave, inquestionavelmente, é o princípio da separação dos Poderes.

As primeiras considerações acerca do princípio da separação dos Poderes surgiram nas ideias da obra “Política” do filósofo Aristóteles, que preconizava a necessidade de dividir as funções administrativas da *pólis*, especialmente em relação a administração do governo e resolução dos conflitos sociais (FERNANDES, 2017).

Nesse sentido, o pensador dispunha que o soberano concentrava todas as funções do Estado em si próprio, de modo que restou identificado, através de suas lições, o exercício de três funções estatais distintas, em que pese todas realizadas por um único órgão (LENZA, 2019).

Entretanto, apenas no século XVIII, surgiu a teoria da separação dos Poderes, desenvolvida pelo pensador Montesquieu, que evidenciou a primordialidade de interconectar as funções estatais para manter a autonomia e independência típicas estatais como um pressuposto de validade para o Estado Democrático. Assim, cada órgão além de cumprir com suas funções essenciais, também deve impedir que outro Poder adentre em sua competência, de modo que essa racionalização da atividade estatal também protege a democracia e demonstra preocupação com a política (FERNANDES, 2017).

Essa teoria serviu de base estrutural para vários movimentos sociais da época, especialmente as revoluções americana e francesa, firmando-se,

ainda, no artigo 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão como um dogma constitucional a ser seguido⁶ (LENZA, 2019).

Nesse aspecto, vale ressaltar as lições de Bonavides (2004, p. 581):

Com a queda do positivismo e o advento da teoria material da Constituição, o centro da gravidade dos estudos constitucionais, que dantes ficava na parte organizacional da Lei Magna – separação dos poderes e distribuição de competências enquanto forma jurídica de neutralidade aparente, típica do constitucionalismo do Estado liberal – se transportou para a parte substantiva, de fundo e conteúdo, que entende com os direitos fundamentais e as garantias processuais da liberdade, sob a égide do Estado social.

Hodiernamente, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário exercem as funções típicas de sua natureza, mas também determinadas funções atípicas que seriam inerentes à natureza dos outros órgãos. A título de exemplificação, o Judiciário realiza controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, o Legislativo possui poderes de investigar e analisar aspectos financeiros orçamentários e o Executivo pode vetar projetos de lei aprovados e também nomear membros do Judiciário (FERNANDES, 2017).

Assim, é possível perceber que a separação de Poderes é flexível, porquanto cada Poder exerce suas competências e controla o exercício dos demais, ou seja, há um sistema de intervenções recíprocas (PINHO, 2018).

4 O ativismo judicial no Brasil

No cenário brasileiro, o ativismo judicial surgiu após a promulgação da Constituição Federal de 1988 em que, no contexto pós-ditadura e com

⁶ “Toda sociedade, na qual a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição”. (LENZA, 2019, p. 568).

a redemocratização, surgiu essa necessidade de implementação e concretização dos direitos fundamentais consagrados na Carta Magna, iniciando-se, então, a atuação ativista do Judiciário brasileiro (TASSINARI, 2013).

Assim, a atuação do Poder Judiciário, a partir de uma perspectiva ativista, manifesta-se na aplicação direta da Constituição em determinadas situações que não estão englobadas no seu texto, tampouco há previsão legal, como também na declaração de inconstitucionalidade de atos normativos proferidos pelo legislador ordinário, fundamentando-se em critérios menos rígidos que a violação constitucional, e, por fim, na exigência de condutas ou de abstenções ao Poder Público, mais especificamente no tema de políticas públicas (BARROSO, 2012).

Nesse sentido, entende-se como ativismo judicial⁷:

[...] o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais poderes. Não se pode deixar de registrar mais uma vez, que o fenômeno golpeia mais fortemente o Poder Legislativo, o qual tanto pode ter o produto da legiferação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quanto o seu espaço de conformação

⁷ “A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, freqüentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes” (BARROSO, 2009, p. 05-06).

normativa invadido por decisões excessivamente criativas (RAMOS, 2015, p. 132).

De mais a mais, insta salientar algumas perspectivas de abordagem do ativismo judicial:

[...] a) como decorrência do exercício do poder de revisar (leia-se, controlar a constitucionalidade) atos dos demais poderes; b) como sinônimo de maior interferência do Judiciário (ou maior volume de demandas judiciais, o que, neste caso, configuraria mais a judicialização); como abertura à discricionariedade no ato decisório; como aumento da capacidade de gerenciamento processual do julgador, dentre outras (TASSINARI, 2013, p. 19)

Apesar da possibilidade de identificar padrões do ativismo judicial, a autora também refere que a conceituação e os posicionamentos puros são praticamente inexistentes, no sentido de que, geralmente, os enfoques se misturam e se confundem, inexistindo, no seu entender, uma definição de ativismo com um compromisso teórico (TASSINARI, 2013).

4.1 O ativismo judicial como instrumento de garantia dos direitos fundamentais pelo poder judiciário

No contexto social moderno, é sabido que o Poder Judiciário detém a função precípua de concretizar as garantias constitucionais consagradas na Carta Magna, através de seus princípios e regras e mediante decisões fundamentadas, conforme dispõe o artigo 93, inciso IV, da Constituição.

Além disso, o artigo 103, §2º, do mesmo diploma legal, prevê que o Supremo Tribunal Federal não poderá invadir competências legislativas, como também no artigo 49, inciso XI, está disposto que o poder Legislativo tem a faculdade de não acatar as decisões da Suprema Corte, caso elas adentrem em sua competência.

Entretanto, verifica-se que há determinadas decisões em que, mesmo não havendo legislação prévia acerca de determinado direito, os tribunais ancoram-se na interpretação de princípios constitucionais para efetivar os direitos fundamentais previstos na Constituição, trazendo, assim, uma contribuição nova para o direito, tomando para si tarefa exclusiva do Poder Legislativo que, por vezes, se esquivava de sua função de legislar.

Essa postura mais ampla e intensa do Poder Judiciário denomina-se como ativismo judicial em que, para a melhor construção e efetivação do direito, os tribunais decidem determinadas peculiaridades do caso concreto anteriormente à edição de lei, expandindo-se o sentido e o alcance da interpretação constitucional.

Dentro da estrutura do Poder Judiciário, ressalta-se o papel do Supremo Tribunal Federal, o guardião da Constituição Federal, que tem adotado uma postura de interpretação a fim de buscar a efetivação dos valores da liberdade, dignidade e igualdade. Em casos de colisão de direitos, denota-se que o Supremo procura harmonizar tais situações, em que prepondera determinado direito em relação a outro, através de pronunciamentos embasados em elementos textuais, conexões de sentidos entre ambos, como também da análise dos fatos e valores do caso concreto (LINHARES *et al*, 2016).

Deve-se levar em conta que as decisões judiciais não devem se limitar a dar uma resposta ao caso concreto pela mera necessidade de julgar, mas sim arrazoar os principais elementos do próprio caso. Nessa análise, a decisão também carece de considerar as omissões dos demais Poderes, as suas consequências na realidade material e se, no final, poderá constituir um dispositivo de proteção dos direitos fundamentais e de garantia da supremacia da Constituição (TEIXEIRA, 2012).

As reflexões do autor acerca do tema são extremamente oportunas, ao passo que delimitam a questão atinente à concretização dos direitos

fundamentais nas Constituições atuais. Ainda, o doutrinador Bonavides (2004) explica que o princípio da separação dos poderes e a sua organização são derradeiros na imagem do Estado, no que tange à estruturação estatal, enquanto que os direitos fundamentais compõem a representação da sociedade.

Contudo, Streck (2012) alude que a tarefa interpretativa dos julgadores está pautada em uma espécie de “hermenêutica de resultados” em que primeiro se decide e após se procura a fundamentação. Apesar de lograr êxito nos resultados, inevitavelmente, gera insegurança jurídica devido a dependência oriunda de posturas individualistas ou solipsistas e não de uma estrutura jurídica de pensamento capaz de garantir decisões acertadas.

Nesse aspecto, respeitável o entendimento de Toffoli (2018, p. 165), que leciona o seguinte:

Nada obstante a qualidade indiscutível de todos os seus integrantes, o protagonismo individual que assumiram passou a permear muitas decisões, promovendo o avanço da insegurança jurídica, sempre que a competência de atribuições de outros Poderes é invadida. Com isso, a comunidade jurídica encontra-se permanentemente em suspenso, temerosa de que, em algum momento, tal invasão venha a deflagrar um conflito que resulte no acionamento dos freios e contrafreios expostos no texto supremo.

Adicionalmente a isso, Streck (2016) refere que o ativismo judicial sempre será prejudicial para a democracia, uma vez que é oriundo da livre apreciação e entendimento pessoal do julgador.

Por conseguinte, é possível perceber que o ativismo judicial é um dos sintomas mais flagrantes de que nessa geração de princípios e direitos fundamentais inerentes a nossa sociedade contemporânea, considerando a insuficiência estatal no atendimento das necessidades e demandas da

população. Enquanto que a Política se depara em uma situação de progressiva burocratização do Estado, com deficiência regulatória, desalinhamento frente à realidade da sociedade e escassez de legitimidade em contraponto aos ideais e anseios sociais que a população projeta. Assim, o ativismo não somente envolve a discussão sobre a separação dos Poderes, mas também a questão dos limites entre Direito e Política (TEIXEIRA, 2012).

Nesse ponto, denota-se que o Poder Judiciário não é capaz de conferir aplicabilidade aos ditames constitucionais a fim de suprir todas as carências sociais, porquanto não há condições financeiras e materiais para a concretização desses direitos, tampouco obteria a efetividade pretendida. Assim, a reserva do possível⁸ assume um papel relevante para harmonizar a efetivação dos direitos fundamentais e a razoabilidade, de modo que atua de forma limitante, atrelando a concretização dos direitos fundamentais à realidade orçamentária (SILVA; WEIBLEN, 2007).

Por fim, de acordo com Streck (2009), em vez de aplicar os ditames constitucionais e fazer o filtro das leis inconstitucionais, os julgadores passaram a ter a percepção de que detêm mais conhecimento que os próprios constituintes, de modo que se alterou o contexto de estagnação para o ativismo, o que para o autor é ruim porque conduz o Judiciário a proferir decisões contraditórias. Ademais, a incumbência dos princípios é de resgatar o mundo prático no Direito e não de se converter em fundamentação ao livre arbítrio e na consciência individual de cada julgador. Assim, denota-se que o ativismo judicial é prejudicial para a democracia, pois se cada

⁸ A teoria da reserva do possível, importada do direito germânico, diz respeito à correlação e à ponderação entre a existência de recursos materiais suficientes para a concretização dos direitos fundamentais e a razoabilidade da pretensão deduzida objetivando a sua efetivação (SILVA; WEIBLEN, 2007).

uma decide conforme a sua consciência, os tribunais acabam se sobrecarregando de processos, especialmente o STJ e o STF.

5 Considerações finais

O presente trabalho se propôs a estudar aspectos referentes ao ativismo judicial como instrumento de garantia e efetivação dos direitos fundamentais pelo Poder Judiciário, na tentativa de sanar omissões legislativas e concretizar os princípios e direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988.

Destaca-se que, apesar de o princípio da separação dos Poderes não ser absoluto, eis que há mecanismos de controles recíprocos e um sistema de intervenções nas funções alheias entre todos os Poderes, isso não autoriza ao Judiciário a utilização de decisões ativistas a fim de conferir a efetivação dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição.

O ativismo judicial nada mais é do que o avanço das linhas demarcatórias das competências entre os três Poderes, pois, mesmo inexistindo legislação prévia sobre certos casos concretos, o Poder Judiciário decide de maneira ativista ao interpretar os princípios constitucionais para consagrar os direitos fundamentais previstos na Constituição. Assim, aumenta-se o sentido e alcance dos ditames constitucionais, o que evidencia uma contribuição nova para o ordenamento jurídico e tomada para si da função exclusiva do Poder Legislativo.

Assim, percebe-se que o Poder Judiciário assumiu um papel de protagonismo na busca da efetivação dos direitos e garantias fundamentais, de modo que atua como um defensor dos ideais democráticos, ultrapassando as linhas demarcatórias da função jurisdicional e os poderes que lhe são atribuídos na Constituição, especificamente em detrimento às funções legislativas.

Portanto, evidencia-se que decisões ativistas são desprovidas de constitucionalidade, pois evidentemente afrontam ao princípio democrático e ao Estado Democrático de Direito, já que o povo elegeu os integrantes do Poder Legislativo como seus representantes para a função de legislar e não o Poder Judiciário.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.**

[Syn] **THESIS**. Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. Disponível em: <https://documentcloud.adobe.com/link/track?uri=urn:aaid:scds:US:20a124e4-097a-4402-gf8f-f61032e68494>. Acesso em: 18 jun. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Anu-**

ário Iberoamericano de Justicia Constitucional, n. 13, núm. 13, Madrid, p. 17-32, 2009, ISSN 1138-4824. Disponível em: <https://documentcloud.adobe.com/link/track?uri=urn:aaid:scds:US:8c104666-4e26-406e-bb81-8874468eabad>.

Acesso em: 15 jun. 2020.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. [S.l.: s.n.], [2004]. Disponível

em: <https://pt.slideshare.net/raquellima/lvr-curso-de-direito-constitucional-paulo-bonavides-15-ed>. Acesso em: 30 jul. 2020.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF:

Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 25 jul. 2020.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Salvador: Jus-

PODIVM, 2017.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

LINHARES, Emanuel Andrade *et al* (org.). **Democracia e direitos fundamentais: uma**

homenagem aos 90 anos do professor Paulo Bonavides. São Paulo: Atlas, 2016.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597021097/cfi/6/10!/4/10/10@0:0>. Acesso em: 25 jul. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

OLIVEIRA JUNIOR, José de Anchieta. A importância das gerações dos direitos fundamentais para o direito. **Jus**. [S.l.] 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/58108/a-importancia-das-geracoes-dos-direitos-fundamentais-para-o-direito>. Acesso em: 30 jul. 2020.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**.

2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553600281/cfi/0!/4/2@100:0.00>. Acesso em: 26 jul. 2020.

PETER, Oliveira Christine. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. UniCEUB. Brasília, v. 5, Número especial, 2015, p. 62-87. ISSN 2236-1677.

PINHO, Rodrigo Cesar Rebello. **Direito constitucional: da organização do Estado, dos poderes e histórico das constituições**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PINHO, Rodrigo Cesar Rebello. **Direito constitucional: teoria geral da constituição e direitos fundamentais**. Sinopses jurídicas. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020,

17 v. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553619627/cfi/3!/4/2@100:0.00>. Acesso em: 27 jul. 2020.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em: <https://documentcloud.adobe.com/link/track?uri=urn:aaid:scds:US:69c1e60b-8846-4eeb-893b-64b3c6899794>. Acesso em: 20 jun. 2020.

SILVA, Airton Ribeiro da; WEIBLEN, Fabrício Pinto. A reserva do possível e o papel do judiciário na efetividade dos direitos sociais. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v. 2, n. 2, jul. 2007, p. 42-53. ISSN 1981-3694. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/index.php/revistadireito/article/view/6793>. Acesso em: 30 jul. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. Ativismo judicial não é bom para a democracia. São Paulo, **Revista Consultor Jurídico**, 2009. Não paginado. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul>. Acesso em: 30 de jul. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. Joaçaba, **Espaço Jurídico Journal of LAW [EJLL]**, v. 17, n. 3, p. 721-732, set./dez. 2016. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/12206/pdf>. Acesso em: 25 set. 2020.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial** – Limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/16194498/jurisducao-e-ativismo-judicial-limites-da-atuacao-do-judiciario-clarissa-tassina>> Acesso em: 18 jun. 2020.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. 8, n. 1, jan./jun. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v8n1/v8n1a02.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2020.

TOFFOLI, José Antonio Dias (org.). **30 anos da Constituição Brasileira**: democracia, direitos fundamentais e instituições. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

O instituto da fiança: conceituação, características e peculiaridades

*Evandro Carlos Schenatto*¹

*Alessandra Regina Biasus*²

1 Introdução

Em tempos modernos a abordagem acerca dos aspectos que tratam sobre a fiança é de extrema importância para a área acadêmica, jurídica e social. Para tanto, trazer o conceito, retratar brevemente a origem histórica, a formação, as características até a extinção da fiança merecem aprofundamento no estudo voltado para esta temática. Além das características peculiares e da legislação pertinente voltada para o instituto da fiança, a obrigação acessória, com origem no direito romano e amplamente instituída nos negócios jurídicos.

A partir da pesquisa voltada para esse eixo temático é possível vislumbrar e aclarar as dúvidas a respeito da fiança. Desse modo, o conteúdo que tange a pesquisa foi realizado em artigos, dissertações, livros e site relacionados ao tema, utilizando a metodologia indutiva e o método analítico-descritivo.

¹ Graduando do Curso de Direito, Uri – Campus de Erechim. E-mail: evandro.ere@hotmail.com

² Graduada em Direito, Especialista em Administração e Direito na Gestão Pública, Professora da Uri – Campus de Erechim. E-mail: alebiasus@hotmail.com

2 Instituto da fiança

O instituto da fiança tem como objetivo dar maiores garantias e possibilidades de o credor receber a sua dívida. Nesse viés, o fiador, quando assume a obrigação de garantir um contrato, uma obrigação, é responsável nos exatos termos em que se obrigou e, caso não haja o pagamento da dívida, responde com seus bens patrimoniais pessoais.

Trata-se de uma garantia acessória pela qual um terceiro compromete-se a cumprir um negócio jurídico no caso de inadimplemento da obrigação.

2.1 Conceito

O termo deriva do latim *fidere*, empregado no sentido de fiar (confiar). O radical do verbo era utilizado para compor a palavra *fideiussio*, designativa do instituto romano. (FIGUEIREDO, 2010).

“A fiança é uma obrigação acessória, em virtude da qual uma ou mais pessoas respondem solidariamente, comprometendo-se com o credor a cumpri-la em todo ou em uma parte, se o devedor principal não a cumprir”. (MENDOÇA, 1960, p, 557).

O autor Gonçalves, conceitua a fiança como uma espécie de contrato através do qual uma pessoa, o fiador, garante com seu patrimônio a satisfação de um credor, caso o devedor principal, aquele que contraiu a obrigação, não possa adimplir em seu vencimento. (GONÇALVES, 2007).

Para Figueiredo:

A fiança integra o sistema de tutela de crédito, mais especificamente, figura entre as garantias especiais ou medidas de reforço direcionadas a propiciar a efetiva satisfação do credor. Podem ser preventivas ou remediadoras, e resultam diretamente da lei ou de negócios jurídicos. (FIGUEIREDO 2010, p. 19).

Tartuce leciona que:

A fiança, também denominada caução fidejussória, é o contrato pelo qual alguém, o fiador, garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não cumpra. O contrato é celebrado entre o fiador e o credor, assumindo o primeiro uma responsabilidade sem existir um débito propriamente dito. A fiança constitui uma garantia pessoal, em que todo o patrimônio do fiador responde pela dívida, não se confundindo com as garantias reais, caso do penhor, da hipoteca e da anticrese. (TARTUCE. 2015, p. 654).

Trata-se de medidas direcionadas a propiciar a efetiva satisfação do credor, podendo ser preventiva ou remediadora, resultante de lei ou de negócios jurídicos.

2.2 História do instituto da fiança

Várias passagens da antiguidade testemunham a difusão da prática da fiança como forma de assegurar o cumprimento de obrigações de outrem. (BEVILÁQUA, 2000).

“Os mais velhos registros provêm de um conjunto de normas que os arqueólogos datam por volta de 1930 a.C. em torno de dois séculos antes do Código de Hamurabi”. (FIGUEIREDO, 2010, p. 33).

Em Roma, a fiança se inspirava no conceito da amizade, emanando deveres morais e sociais de solidariedade e cooperação. Período de intensa produção legislativa, algumas buscando proteger o fiador, e difundindo o instituto da fiança.

Durante muito tempo, em detrimento as garantias reais, a fiança foi a forma mais usada em Roma, para garantir a efetividade da execução pessoal. Somente no final do Império é que as garantias reais conquistam a preferência dos romanos.

No Brasil, o instituto deriva da vinda de Portugal, perpetuando-se com as Ordenações Filipinas e permanecendo vigentes mesmo após a independência, refletindo com vigor a preocupação com o benefício de ordem, a multiplicidade de fiadores e a outorga uxória.

Em 1916, com vigência do Código Civil, houve uma ampla revisão incorporando elementos de codificações da França, Espanha e Portugal, contudo preservou as linhas mestras do direito romano.

É na vigência do Código Civil de 1916 que foi editada a norma especial de fiança locatícia com a Lei 8.245/91, que dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes.

Já no Código Civil de 2002, na intenção de se modernizar o direito contratual, foi incluída a possibilidade de dispensa de decisão judicial para desoneração do fiador em caso de contrato por prazo indeterminado: *Art. 835*. “O fiador poderá exonerar-se da fiança que tiver assinado sem limitação de tempo, (grifo nosso) sempre que lhe convier, ficando obrigado por todos os efeitos da fiança, durante sessenta dias após a notificação do credor”. (CÓDIGO CIVIL. 2002)

Outra forma de desoneração da fiança surge em 2009 com a entrada em vigor da Lei 12.112/91, que altera o inciso X do Art. 40 da Lei do Inquilinato, e sendo esta Lei Específica se sobrepõe ao Código Civil, alterando o prazo que o fiador permanece onerado pelo efeito da fiança:

Art. 40. O locador poderá exigir novo fiador ou a substituição da modalidade de garantia, nos seguintes casos:

[...]

X - Prorrogação da locação por prazo indeterminado uma vez notificado o locador pelo fiador de sua intenção de desoneração, ficando obrigado por todos os efeitos da fiança, durante 120 (cento e vinte) dias após a notificação ao locador. (BRASIL, 1991).

A fiança desempenha função relevante na economia, com custos baixos e de simples operação, estando presente nos mais diversos negócios, desde locações de imóveis urbanos até nas importações e exportações, com fundamentos específicos dentro de regime jurídico, como a caracterização de risco, acessoriedade e finalidade de garantia.

A operação do contrato, forma de expressar a formação da fiança, aperfeiçoa-se entre credor e o fiador, tendo sua fase de satisfação no adimplemento da obrigação, quando não satisfeita pelo afiançado, subrogando-se posteriormente ao total das forças empregadas na satisfação do contrato entre credor e afiançado, ou através do regresso pessoal.

2.3 Manifestação de vontade

No direito brasileiro e nos diplomas estrangeiros é pacífico que as chamadas fianças convencionais ou voluntárias devem reunir todos os elementos de existência dos negócios jurídicos bilaterais, o que inclui as declarações de vontade de ambas as partes, credor e fiador. A promessa unilateral de garantia de dívida de outrem não é fiança, portanto para a formação da fiança se exige o concurso das declarações de vontade do fiador e do credor.

O Código Civil, em seu Art. 819, prevê que a fiança dar-se-á por escrito, não admitindo interpretação extensiva.

Art. 819. A fiança dar-se-á por escrito, e não admite interpretação extensiva. (BRASIL, Código Civil, 2002).

No tocante à manifestação de vontade, preceitua Gomes:

O contrato significa o poder dos indivíduos de suscitar, mediante declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica. No exercício

desse poder, toda pessoa capaz tem aptidão para provocar o nascimento de um direito, ou para obrigar-se. (GOMES. 1998. P. 22).

A fiança é um contrato solene, consensual, devendo a vontade do fiador ser declarada por escrito, por meio de instrumento público ou particular, não importando a forma usada para constituir a garantia de cumprimento da obrigação principal. Sendo a fiança um contrato solene, as partes apenas gozam de discricionariedade para optar a forma de lavratura, se por instrumento público ou particular.

2.4 Características da fiança

No ordenamento brasileiro é admitida a livre cumulação de garantias especiais, porém é nula a cumulação de mais de uma modalidade de garantia em contratos de locação de imóveis urbanos por força da Lei 8.245/91, arts. 37, parágrafo único:

Art. 37: No contrato de locação, pode o locador exigir do locatário as seguintes modalidades de garantia:

[...]

Parágrafo único. É vedada, sob pena de nulidade, mais de uma das modalidades de garantia num mesmo contrato de locação. (BRASIL, 1991).

A inobservância do referido art. da Lei de locações reputa-se como contravenção penal, punível com pena de restrição de liberdade e multa como podemos observar no art. 43, Inciso II:

Art. 43. Constitui contravenção penal, punível com prisão simples de cinco dias a seis meses ou multa de três a doze meses do valor do último aluguel atualizado, revertida em favor do locatário:

[...]

II - Exigir, por motivo de locação ou sublocação, mais de uma modalidade de garantia num mesmo contrato de locação. (BRASIL, 1991).

Sendo casado, o fiador necessita da autorização do cônjuge, salvo nos casos que o regime de casamento assim o autoriza, e, a falta da autorização conjugal acarreta sua anulabilidade.

Na situação de união estável, mesmo formalizada por escritura pública é válida a fiança prestada por um dos conviventes sem a autorização do outro, segundo entendimento de vários julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ), afastando a aplicabilidade da súmula 332 do próprio STJ que dispõe que “a fiança prestada sem autorização de um dos cônjuges implica a ineficácia total da garantia” (SÚMULA 332 BRASIL. 2008).

Cumprido ao devedor provar a idoneidade do fiador, não sendo possível ao credor recusar se moralmente e juridicamente idôneo, com bens suficientes para satisfazer o crédito e domiciliado na circunscrição jurisdicional onde for prestada a garantia. Nos casos de renovatória de aluguel, existe presunção de idoneidade caso seja o mesmo fiador a garantir o contrato renovado.

Modificações sem anuência expressa e escrita por parte do fiador a este não atingem, de acordo com entendimento sumulado pelo STJ “ O fiador na locação não responde por obrigação resultante de aditamento ao qual não anuiu” (SÚMULA 214 BRASIL. 1994).

Outra característica importante é o benefício de ordem previsto no Art. 827 do Código Civil, que por razões de equidade confere ao fiador o direito de exigir que os bens do afiançado sejam executados primeiro. A norma permite também acordar o afastamento do benefício de ordem:

Art. 827. O fiador demandado pelo pagamento da dívida tem direito a exigir, até a contestação da lide, que sejam primeiro executados os bens do devedor.

Parágrafo único. O fiador que alegar o benefício de ordem, a que se refere este artigo, deve nomear bens do devedor, sitos no mesmo município, livres e desembargados, quantos bastem para solver o débito.

Art. 828. Não aproveita este benefício ao fiador:

- I - se ele o renunciou expressamente;
- II - se se obrigou como principal pagador, ou devedor solidário;
- III - se o devedor for insolvente, ou falido. (BRASIL, 2002).

O juiz, de plano não pode aplicar o benefício, sendo que este deve ser invocado pelo garantidor, não extinguindo o feito, apenas dilatando os prazos, e cabe ao fiador indicar os bens do afiançado para solver o débito.

Comum se observar as expressões “fiador solidário” e “fiador principal pagador” com o intuito de excluir o benefício de ordem. Os termos apenas indicam a exclusão do benefício, não transformando o fiador em codevedor solidário.

Ponto importante a ser observado é o inciso I do Art. 838 do Código Civil, que trata da moratória ao fiador concedida pelo credor, moratória esta que pode afastar o fiador da relação jurídica. Vejamos a ementa do julgamento do REsp 232117 / SP do STJ:

EMENTA: LOCAÇÃO. IMÓVEL. CONTRATO. MORATÓRIA. PARCELAMENTO. CLÁUSULAS CONTRATUAIS E MATÉRIA DE FATO. SÚMULAS 05 E 07. JUROS MORATÓRIOS. ART. 1.062/CCB. CONVENCIONADA A TAXA DE JUROS. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA.

I - A circunstância de o inquilino parcelar dívida por aluguéis em atraso não induz moratória nem desobriga o fiador do locatário. (BRASIL, 2005).

Porém, quando existir uma novação do contrato e o fiador não anuir, este se exime da fiança segundo entendimento do STJ, mesmo o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ/RS) julgando em sentido contrário como podemos ver no julgamento do REsp 1013436/RS:

Ementa: DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. TRANSAÇÃO ENTRE CREDOR E DEVEDOR SEM ANUÊNCIA DOS FIADORES. PARCELAMENTO DA DÍVIDA. EXTINÇÃO DO CONTRATO DE FIANÇA. EXONERAÇÃO DOS FIADORES.

1. A transação e a moratória, conquanto sejam institutos jurídicos diversos, têm um efeito em comum quanto à exoneração do fiador que não anuiu com o acordo firmado entre o credor e o devedor (arts. 1.031, § 1º e 1.503, I, do CC de 1916). Assim, mesmo existindo cláusula prevendo a permanência da garantia fidejussória, esta é considerada extinta, porquanto o contrato de fiança deve ser interpretado restritivamente, nos termos do art. 1.483 do CC de 1916, ou seja, a responsabilidade dos fiadores restringe-se aos termos do pactuado na avença original, com a qual expressamente consentiram. Inteligência da Súmula 214 do STJ.

2. No caso concreto, o Tribunal a quo consignou a realização de transação entre credor e devedor, sem anuência do fiador, com dilação de prazo para pagamento da dívida. Extinguiu-se, portanto, a obrigação do garante pela ocorrência simultânea da transação e da moratória.

3. Recurso especial provido. (BRASIL, 2012).

Percebe-se que em casos de simples parcelamento de aluguéis atrasados não existe uma novação do contrato, ao contrário, quando existir novas obrigações, pactuando-se entre credor e devedor e o fiador não anuir, este restará livre da obrigação, de acordo com o Art. 366 do Código Civil.

2.5 Extinção da fiança

A fiança se extingue pelos meios comuns das relações obrigacionais, ou em razão de causa específicas do regime fidejussório. A primeira situação de extinção é o afiançado adimplir a obrigação, extinguindo assim automaticamente, por conta da acessoriedade. Extingue-se também, se o

fiador adimplir a obrigação, observando o disposto nos arts. 831 a 833 do Código Civil, o direito deste de sub-rogar-se nos direitos do credor.

Art. 831. O fiador que pagar integralmente a dívida fica sub-rogado nos direitos do credor; mas só poderá demandar a cada um dos outros fiadores pela respectiva quota.

Parágrafo único. A parte do fiador insolvente distribuir-se-á pelos outros.

Art. 832. O devedor responde também perante o fiador por todas as perdas e danos que este pagar, e pelos que sofrer em razão da fiança.

Art. 833. O fiador tem direito aos juros do desembolso pela taxa estipulada na obrigação principal, e, não havendo taxa convencionada, aos juros legais da mora. (BRASIL, Código Civil, 2002).

“A dação em pagamento sempre põe fim à fiança, não importando se realizada pelo afiançado ou pelo fiador”. (FIGUEIREDO, 2010, p. 257).

Outra forma de extinção da fiança é a novação, objetiva ou subjetiva, sendo necessário a constituição de nova fiança para garantir a nova obrigação. Em caso de invalidação da novação, a obrigação anterior retoma com todos os seus acessórios, o que inclui a fiança.

Compensação também extingue a fiança, até o limite que se compen-sou, independente de compensação legal, voluntária ou judicial, podendo nessa situação o fiador utilizar crédito que ele próprio detenha contra o credor, sub-rogando-se nos direitos do credor.

A confusão entre o credor e o afiançado ocasiona a extinção tanto da obrigação principal quanto da fiança, porém a confusão entre o credor e o fiador estingue apenas a fiança, restando a obrigação principal desprovida de garantia acessória.

Fiança com prazo determinado se extingue de imediato com a implementação do termo final. A remição concedida ao afiançado extingue o contrato.

O art. 835 do Código Civil faculta ao fiador extinguir a fiança por prazo indeterminado, mediante notificação ao credor, subsistindo a garantia durante sessenta dias após a notificação, porém com a entrada em vigor da Lei 12.112/91, que altera o inciso X do Art. 40 da Lei do Inquilinato, e sendo esta Lei Específica se sobrepõe ao Código Civil, alterando o prazo que o fiador permanece onerado pelo efeito da fiança nos casos de fiança prestada como garantia nos contratos de locação, essa garantia subsiste por 120 dias, vejamos:

Art. 835. O fiador poderá exonerar-se da fiança que tiver assinado sem limitação de tempo, sempre que lhe convier, ficando obrigado por todos os efeitos da fiança, durante sessenta dias após a notificação do credor. (BRASIL, Código Civil, 2002).

Art. 40. O locador poderá exigir novo fiador ou a substituição da modalidade de garantia, nos seguintes casos:

[...]

X – Prorrogação da locação por prazo indeterminado uma vez notificado o locador pelo fiador de sua intenção de desoneração, ficando obrigado por todos os efeitos da fiança, durante 120 (cento e vinte) dias após a notificação ao locador. (BRASIL, Lei 12.112/91, 1991).

Ocorrendo a rescisão ou resolução do contrato que deu origem à obrigação afiançada, se extingue a fiança por ser acessória. Porém se procedendo à rescisão ou resolução do próprio contrato de fiança permanece íntegra a obrigação garantida.

Assim, como tratado acima, sem o consentimento do garantidor, a moratória concedida pelo credor ao afiançado extingue a fiança. Assim como por ato ou omissão do credor for impossível a sub-rogação do fiador em seus direitos é extinta a fiança.

Por fim, a morte do garantidor extingue automaticamente a fiança, transmitindo aos sucessores, respeitando o limite das forças da herança, apenas os efeitos produzidos pelo contrato de fiança até o momento do óbito, de acordo com o Art. 836 do Código Civil “A obrigação do fiador passa aos herdeiros; mas a responsabilidade da fiança se limita ao tempo decorrido até a morte do fiador, e não pode ultrapassar as forças da herança”. (BRASIL, 2002).

Considerações finais

A fiança é uma importante ferramenta das obrigações, garantia acessória, fruto da manifestação de vontade das partes, e somente terá interferência do Estado em situações de flagrante abuso do direito, quando a manifestação for em sentido diverso do bem da coletividade, ou ainda quando não respeitado o princípio da boa-fé na elaboração do negócio jurídico.

Instituto amplamente utilizado nos negócios jurídicos, e em constantes reexames dos tribunais superiores acerca das celeumas que se apresentam, sendo os principais a exoneração do fiador e seus excessos na busca de satisfação da obrigação assumida pelo terceiro garantidor da obrigação principal.

Referências

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das obrigações**. Campinas: Editora Red. 2000.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 de out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991**. Institui a Lei do Inquilinato. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245.htm. Acesso em: 17 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 17 ago. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4 Turma). **REsp 1013436/RS**. Novo pacto entre credor e devedor sem anuência dos fiadores. Ilegitimidade passiva dos fiadores na execução. Recorrente: Rubens Carlos Paganella do Prado e outros. Recorrido: Banco do Estado do Rio Grande do Sul S/A – BANRISUL. Min. Luis Felipe Salomão, 11 de setembro de 2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=24415424&num_registro=200702914079&data=20120928&tipo=91&formato=PDF. Acesso em 04 de dez. de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **REsp. 34981-SP SÚMULA 214**. EMENTA: O fiador na locação não responde por obrigações resultantes de aditamento ao qual não anuiu. Relator: Min. Pedro Acioli, 23 de setembro de 1998. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_16_capSumula214.pdf. Acesso em 06 de out. de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). **SÚMULA 332**. EMENTA: A fiança prestada sem autorização de um dos cônjuges implica a ineficácia total da garantia. Relator: Min. Hélio Barbosa, 03 de março de 2008. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2012_28_capSumula332.pdf. Acesso em 04 de dez. de 2019.

FIGUEIREDO, Gabriel Seijo Leal de. **Contrato de Fiança**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Sinopses jurídicas - **Direito das Obrigações - Parte Especial (Contratos)**. Volume 6, Tomo I. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

MENDOÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960.

TARTUCE, Flávio. **Teoria Geral dos contratos e contratos em espécie**. 10^a ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. Volume único. 5^a ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica no crime ambiental

*Carine Pertuzzatti*¹

*Simone Paula Vesoloski*²

*Nicole Vicenzi Beutler*³

*Elisandra Fabrícia Bernstein*⁴

1 Introdução

O presente artigo tem o tema principal, a Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica nos Crimes Ambientais. A sociedade vem procurando soluções, perante os problemas ecológicos que vivemos atualmente, com o intuito de dispor dos recursos naturais de maneira mais apropriada e saudável, de modo que impeça a insuficiência de cuidado do homem em face a natureza no que possa vir a prejudicar gerações futuras.

Por conta da ausência de cuidado e do quanto a natureza tem sido degradada, o Direito viu a necessidade de expor uma lei específica para cuidar dos crimes cometidos contra o meio ambiente. A Lei dos Crimes Ambientais (BRASIL, 1988), vem regulamentar a responsabilidade penal da pessoa jurídica amparada pela Carta Magna, trazendo assim, uma

¹ Graduanda do 10º semestre, Curso de Direito – Uri Campus de Erechim, E-mail: carinepertuzzatti@outlook.com

² Graduanda do 10º semestre do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, URI Campus de Erechim - RS, Membro integrante do projeto de extensão sobre Políticas Públicas de Inclusão Social e Sustentabilidade Econômica e Ambiental – IMED – Passo Fundo, RS. E-mail: simonels17@hotmail.com

³ Graduanda do 10º semestre, Curso de Direito – Uri Campus de Erechim, E-mail: nicovicenzi@gmail.com

⁴ Graduanda do 10º semestre, Curso de Direito – Uri Campus de Erechim, E-mail: elisandrafabricia@hotmail.com

significativa contribuição do Direito Penal Brasileiro na batalha contra a impunidade dos crimes ambientais.

Desse modo, o conteúdo que tange a pesquisa foi realizado em artigos, dissertações, livros e site relacionados ao tema, utilizando a metodologia indutiva e o método analítico-descritivo.

Percebe-se assim, a importância da responsabilidade penal da pessoa jurídica, tendo em vista a necessidade de cessar os delitos cometidos contra o meio ambiente, responsabilizando de fato os responsáveis pelas consequências degradantes e prejudiciais, resultado dos atos que afetam diretamente esse bem essencial à vida humana.

2. Evolução histórica da legislação ambiental

Conforme o entendimento de Barros, a história da humanidade a rigor a proteção do ambiente não faz cultura nem do instinto humano sendo marcados de fatos ambientais significativos, alguns desses acontecimentos foram tão importante que modificaram o modo de vida na terra. Fatos que, no entanto vieram pela mão do homem ou intervenção de fatos naturais.

Contudo ao contrario do que muitos pensam conquistar a natureza sempre foi o grande atrativo, como desafio para o homem, somente depois de grande fato que aconteceram, a espécie homem que possui uma incrível habilidade de adaptação ao meio que vive em diversos locais do planeta, é que se começou a tomar consciência da necessidade de se criarem formas e meio para a proteção do meio ambiente, como organismos políticos e estruturas jurídicas para protegê-lo (BARROS, 2008, p. 3).

O homem tinha como meta, dominar e degradar a natureza, para buscar novos espaços, estabelecer-se e ali criar suas culturas alimentícias para a sua sobrevivência.

O direito Ambiental protegido e salvo da degradação ganha sentido quando estabelecido em sua panorâmica histórico, como a prevenção do meio total do ambiente não fazendo parte de uma estrutura psicológica do ser humanos, o qual por razões de sobrevivência e exploração não se delimitou e nem sempre fez questão de se preocupa com o meio ambiente que o cercava (GRANZIERA, 2011, p. 23).

Todavia foi em meados do século XX, após a Segunda Guerra Mundial, e com a retomada da economia, os efeitos de uso dos recursos naturais, sem os cuidados necessários, demonstraram que havia uma necessidade urgente de se tomarem algumas preocupações, sob pena de comprometer a sobrevivência das gerações futuras.

Com isso nos anos 60 o assunto tornou mais pertinente incomodava mais por se tornar mais aparente, visível, ai vem as denúncias contra a Guerra do Vietnã, dos movimentos estudantis na França, do movimento hippie, deu certo apreço a movimentos ambientalistas de proteção à natureza, como uma das formas de modificar o sistema pragmático de vida então vigente, buscando a maior identificação a sua identidade do ser humano com o meio humano. Ai surgiu que esse assunto deu manga para a partir daí, tomar proporções tais que a (ONU), Organização das Nações Unidas em 1968 organizou uma conferência internacional para tratar do tema do meio ambiente, e em 1972, a Conferência das Nações Unidas o Meio Ambiente Humano, ocorrida em Estocolmo, Suécia, é considerada um marco na história da humanidade, pelas grandes mudanças. (GRANZIERA, 2011, p. 24).

Para Granziera (2009), é verdade que, embora após somente a edição da lei nº 6. 938/81 se possa mencionar que ficou esclarecida e definhada nos termo da lei escrita, que a responsabilidade penal por dano ao meio ambiente, as normas de caráter penal que lá haviam sido abordadas e adotadas, de forma compacta. A evolução histórica mostra que o código criminal

do império, de 1830, que tipificava criminalmente o corte ilegal de madeira.

O decreto nº 23.793/34 – código florestal dividiu as infrações penais em crimes e contravenções. O decreto lei nº 2.848/40 transformou em contravenções os crimes contra florestas, que posteriormente, em sua maioria, readquiriram o status de crimes pela lei nº 9.605/98.(GRANZIERA, 2009, p. 625).

3 Legislação ambiental

A legislação Ambiental veio para mostrar e determinar, com grande destaque o seu poder punitivo, sendo que todo crime praticado contra o meio ambiente tem sim o seu culpado e vai ser punido por ele, conforme determina a Legislação Ambiental.

Ann Helen Wainer nos lembra que ao tempo que o Brasil foi descoberto, vigoravam em Portugal as Ordenações Afonsinas, podendo-se afirmar que “a legislação ambiental portuguesa era extremamente evoluída. O desmatamento sem controle de árvores frutíferas foram proibidas através da ordenação determinada pelo rei D. Afonso IV”. No século XVII, era editado o Regimento do Pau Brasil, criada com o objetivo das questões ambientais do Brasil Colonial, especificamente voltada para a proteção econômica. Na década de 1930, sob a inspiração nacionalista criaram e editaram o primeiro Código Florestal (Decreto 23.793), o Código de Aguas (Decreto 24.643), a regulamentação da caça (Decreto 24.645) e o estatuto mais importante previsto para à proteção do patrimônio cultural (Decreto.- Lei 25/37, sobre tombamentos), e na década de 1960 tivemos a criação e a edição da Lei 4.771/65 como o nosso segundo Código Florestal e do Código de Caça)Lei de Proteção à Fauna – Lei 5.197/67), (FIGUEIREDO, 2011, p. 62).

Conforme o entendimento de Figueiredo (2011), esse empenho para a proteção do meio ambiente em suas várias formas, e meio do

ecossistema, que influenciou nessa década de maneira mais e ficas a formação da consciência sobre os interesses difusos e coletivos e sobre os direitos humanos.

O surgimento da Lei 6.938/81 vem para dar uma organização e uma reorientação do rumo na proteção ativa do meio ambiente, demonstrando um enfoque em nosso país de uma forma e meio holístico de mudança, competência e superação do modelo proposto e aplicado até então vigente.

Contudo e de modo que a autonomia legislativa do direito ambiental se estabelece por Leis federais, estaduais e municipais que perfilam os princípios que regulam o direito ambiental.

Portanto Figueiredo (2011) dispõe que o IBAMA criado com a finalidade de executar as políticas nacionais de meio ambiente referentes às atribuições federais relativas ao exercício do poder de polícia ambiental, mas a Administração das unidades de conservação federais passa a ser atribuída a uma nova autarquia, o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade, com a Lei 11.516/2006, com a razão pela qual sendo excluída a atribuição do IBAMA de executar as políticas nacionais de meio ambiente relativas à preservação, à conservação e ao uso sustentável dos recursos ambientais e sua fiscalização e controle.

4 Teoria sobre a natureza da pessoa jurídica

A pessoa jurídica está tão entrelaçada com a natureza que a teoria sobre a natureza da pessoa jurídica, vem para nos mostra, que essa relação é tão conjunta, que vem para dar limite da pessoa jurídica nos crimes ambientais.

O direito ambiental tem natureza jurídica pública, que com o passar dos anos, suas regras de dicção são absolutamente emanadas pelo estado, e se sente mais exigente ao tratar da punição da pessoa jurídica ao envolver crimes

ambientais. Portanto resulta tanto na coletividade como na Administração pública são obrigadas a respeitá-las, por se tratar de um bem que lida diretamente com a saúde e necessidades básicas de gerações futuras (BARROS, 2008, p. 172).

Com isso observa o estudo do impacto Ambiental que deve preceder a qualquer necessidade e a importância de buscar a natureza jurídica, quer seja ele administrado por particulares ou mesmo pelo Estado, e tem importância de buscar a natureza jurídica do ponto de vista doutrinário para que seu valor jurídico tenha as condições concretas no ordenamento (BARROS, 2008).

5. Direito ambiental

O direito ambiental ele está tão presente no nosso dia que, precisamente vivemos num meio ambiente que não notamos, porque ficamos presos em nossas cidades de concreto e asfalto que acaba nos separando no meio ambiente e esquecendo do Direito Ambiental.

O Direito Ambiental tem seus primórdios pelo século XX, compilado de vários institutos e sendo muito recente no nosso direito, com essa demora em o seu surgimento verificou um dano muito grave comprometimento da vida do planeta terra. A Natureza, destruída lenta e gradualmente em centenas de anos atrás, pela ação humana deixando cicatrizes danos irreversíveis em nosso ecossistema e no nosso planeta terra. Portanto com as estruturas abaladas, com imensas cicatrizes e machucados que são evidentes e sentidos por todos os lados da nossa flora e fauna e principalmente por nós humanos que ocupamos um imenso espaço nesse planeta não estando apenas nas palavras de alguns poucos ambientalistas mais à todos as pessoas que protegem de sua maneira o meio ambiente (GRANZIERA, 2011, p.5).

E conforme Granziera (2011), os efeitos dos danos ambientais causados pelas atividades executadas pelo homem, um conjunto de estrutura jurídica tem sido erguido e com um objetivo de crescimento voltado para disciplinar à conduta dos seres humanos no mundo. Nesse entendimento as normas jurídicas têm por finalidade proteger o meio ambiente é chamado Direito Ambiental ou Direito do Ambiente e ainda Direito do Meio Ambiente.

Embora possua relações estreitas com o direito privado, o Direito Ambiental, sobretudo no que se refere à propriedade, aos bens e à responsabilidade, é matéria de direito público, na medida em que seu objetivo constitui bem de interesse comum de todos, conforme estabelecido no art. 225 da Constituição Federal de 1988. Assim o Direito Ambiental constitui o conjunto de regras jurídicas de direito público que norteiam as atividades humanas, ora impondo limites, ora induzindo comportamento por meio de instrumentos econômicos, com o objetivo de garantir que essas atividades não causem danos ao meio ambiente, impondo-se a responsabilização e as consequentes sanções aos transgressores dessas normas (GRANZIERA, 2011, p.6).

A Constituição Federal é a fonte principal do direito ambiental brasileiro. O artigo. 225 é seu fundamento que reflete em todas as demais fontes quando diz:

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 os presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; (Regulamento)

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; (Regulamento) (Regulamento)

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; (Regulamento)

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; (Regulamento)

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; (Regulamento)

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

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. (Regulamento)

§ 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

§ 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5º São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

A lei deve ser vista como a fonte primária do direito escrito seguida de outras fontes de igual importância, é o caso da doutrina e da jurisprudência.

6. Dano ambiental e alguns princípios

Estabelece Barros (2008), quando um dano ambiental acontece, a dúvida jurídica que surge é tentar saber o que aconteceu quem o causou e qual o gestor ambiental competente para responsabilizar o infrator seu dano causado ao meio ambiente. O objetivo garantido pelo ordenamento jurídico é garantir a permanência da vida sobre a Terra, o dano ambiental ou dano ecológico, será qualquer degradação ambiental que reflita no ambiente, independente da intensidade.

Todavia os efeitos do dano ambiental não alcançam somente o homem, dessa forma, a partir da edição da Lei nº 6.938/81, que institui a responsabilidade por dano ao ambiente, mas também todo o ambiente que o cerca, existem duas modalidades ao tratar do tema: o dano ecológico em sentido amplo, tudo o que degrada o meio ambiente; e o dano ecológico em sentido estrito, onde existe a degradação dos elementos naturais.

Portanto o dano ambiental tem características próprias e depende de um poder discricionário da autoridade competente, em cada caso específico, mesmo quando alguns aspectos particulares da sua danosidade atingem individualmente certos sujeitos, e a difícil reparação, daí o papel da responsabilidade pelo dano ambiental causado na qual sempre é insuficiente. É preciso ter razoabilidade e proporcionalidade nas ações, para garantir que a proteção do meio ambiente se efetive, como parte do desenvolvimento econômico e social.

Frente a tanta irresponsabilidade no que diz respeito aos danos ao meio ambiente, podemos elencar alguns princípios importantes para o Direito Ambiental.

O princípio da precaução é um dos mais difundidos princípios do direito ambiental e, no entanto, têm sido evocados, especialmente por organismos ambientais não governamentais, de forma extrema e sem devido os pensamentos com os demais princípios que norteiam o novo direito, como por exemplo, o princípio do desenvolvimento sustentável. A precaução tende a não autorização de determinado empreendimento, se não houver certeza de que ele não causará no futuro um dano irreversível.

O princípio da prevenção, já bem definido em seu nome deve e tem que ser de todos o conhecimento por ser uma maneira mais rápida e eficaz de proteção ao meio ambiente, porque muitas vezes a prevenção acaba sendo muito mais eficaz do que a punição do dano. Com base no princípio da prevenção a degradação como regra é irreparável, e consiste em impedir a superveniência de danos, muitos danos são compensáveis, mas uma forma da elaboração de um plano ou da realização de uma obra ou atividade, sob a ótica da ciência e da técnica, são irreparáveis.

Pedro Lenza (2019) aduz e vem:

entendendo que a forma mais eficiente de se resguardar o direito da coletividade ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é evitando as ações e omissões de terceiros (aí incluindo o Poder Público) que possam feri-lo, diminuir-lo ou aniquilá-lo, o princípio da preservação exige que todas as iniciativas, obras ou atividades que possam causar um dano ambiental sejam impedidas ou interrompidas antes que o dano se concretize. (LENZA, 2019, p.1130)

O princípio do usuário-pagador, da um parecer que todo uso do meio ambiente tem um custo, não, mais sim o uso que é criminoso de forma a

praticar o crime sim pode sofrer sanção no caso multa, esse princípio está positivado na Lei nº 6.938/81.

Ainda, Lenza (2019) elenca esse princípio como:

o princípio do usuário-pagador preceitua que aquele que utilizar recursos ambientais com fins econômicos ou utilizar de forma privativa recursos ambientais escassos deve pagar uma contribuição financeira à coletividade, ainda que de forma indireta [...].(LENZA,2019,p.1133).

O princípio do poluidor-pagador vem embasar a proteção do nosso ambiente, visando ao poluidor arcar com os custos decorrentes da poluição. Nesse sentido, Lenza (2019) relata que são reivindicados investimentos daquele que desenvolve uma atividade potencialmente degradadora, assim se exige daquele que não evitou a degradação à recomposição do meio ambiente.

O princípio do desenvolvimento sustentável ele vem para dar há base de prevenção e segurança do meio ambiente para que o futuro do meio ambiente seja passado pra frente com um olhar de cuidado para as futuras gerações.

Diante de uma breve síntese de todos esses princípios podemos dizer que para termos um ambiente ecologicamente equilibrado à sociedade deve agir de forma cautelosa e equilibrada usando apenas o que realmente precisa, e tendo sempre como parâmetro o direito fundamental da pessoa humana.

7. Sanções administrativas e penais, Lei nº. 9.605/98

Conforme o entendimento de Fiorillo (2014), sendo bem usada, trabalhada e respeitada, a lei nº 9.605/98, atualmente é de maneira muito segura e importante um instrumento destinado a defender, preservar os

bens ambientais, e ainda conforme no artigo. 225, §3º da Constituição Federal já mencionado anteriormente, diz que, determina sanções penais e administrativas contra condutas e atividades que visam lesar o patrimônio ambiental, contando com Delegacias de proteção e vigilância ao meio ambiente, e de acordo com o artigo 2º da Lei⁵ nº 9.605/98, diz que, o sujeito ativo do crime ambiental é quem executa ou determina a execução do ato tipificado como crime: Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a este cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la.

Conforme Artigo 3º da Lei⁶ nº 9.605/98, diz que, as pessoas jurídicas são responsabilizadas administrativa, civil e penalmente nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade; Contudo a responsabilização das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas autoras, coautoras ou partícipes do fato delitivo.

Contudo a responsabilidade administrativa em matéria ambiental se resume com a finalidade de obrigar os órgãos vinculados de forma direta ou indireta aos entes estatais (União, Estados, Municípios e Distrito federal), no qual o dever de defender e preservar os bens ambientais para as gerações presentes e futuras, indicas pela Constituição Federal aos interesses difusos e coletivos em proveito da dignidade da pessoa humana (FIORILLO, 2014, p.152).

⁵ BRASIL, LEI Nº 9.605/98, “Art. 2º Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la.”

⁶ BRASIL, LEI Nº 9.605/98, “Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade. Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato.”

O meio ambiente é um bem fundamental para a vida humana, devendo ser assegurado e protegido para o bem de toda a sociedade.

8. Responsabilidade penal e a aplicação das penas

A responsabilidade penal por dano ambiental tem a aplicação das regras do direito penal, conforme disposição expressa do artigo 79 da Lei⁷ 9.605, que tem a finalidade da aplicação do Código Penal e do Código de Processo penal. A responsabilidade penal da pessoa jurídica tendo em vista que os crimes ambientais cometidos contra a fauna e a flora e seus meios de uso, são cometidos por pessoas que não oferecem periculosidade ao meio social, e que geralmente são levadas a praticar a infração penal por circunstâncias do costume em que vivem, por não terem o conhecimento da lei e também por não conhecerem as medidas restritivas de proteção do meio ambiente.

Conforme Figueiredo (2011), explica as penas aplicáveis à pessoa jurídica que comete crimes ambientais podem ser de três modalidades: multa restritiva de direitos que se subdivide em: Suspensão Parcial e Suspensão total das atividades da empresa; Interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade e Proibição de contratar com o Poder Público, bem como ele obter subsídios, subvenções ou doações; Prestação de serviços a comunidade, subdividindo-se em: Custeio de programas e projetos ambientais; Execução de obras de recuperação de áreas degradadas; Manutenção de espaços públicos e; Contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas.

⁷ BRASIL, LEI Nº 9.605/98, “Art. 79. Aplicam-se subsidiariamente a esta Lei as disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal.”

A Lei 9.605/98 foi criada para dar eficácia plena e consolidar a legislação ambiental, e nos mostrar que as penas tem um caráter jurídico onde os crimes cometidos contra a natureza sofrem sanções estabelecidas em lei, para não deixar passar em punido que as cometeu, visando sempre a teoria em que se encaixa o crime feito ao meio ambiente e sua responsabilidade.

As Penas e as Multas devem ser aplicadas dentro da disponibilidade e capacidade que o Código Penal que dispõe a Lei nº 9.605/98 que criou regras especiais a seu respeito, com os artigos 18 e 79⁸ sobre a multa e os artigos 21, 22, 23 e 24, com sua fixação dentro de certos limites pré-estabelecidos no Código Penal⁹ no artigo 49. Estas seriam as primeiras a serem aplicadas as pessoas jurídicas, pois, sentiria em seu poderio econômico a fixação de uma reprimenda. Como denota sua redação: A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

A lei nº 9.605/98 dispõe sobre a multa e disse:

Art. 18. A multa será calculada segundo os critérios do Código Penal; se revelar-se ineficaz, ainda que aplicada no valor máximo, poderá ser aumentada até três vezes, tendo em vista o valor da vantagem econômica auferida.

A respeito dos artigos mencionados anteriormente, vale consignar no que tange sobre as penas aplicáveis, a Lei nº 9.605/98 expressa o seguinte previsão nos respectivos artigos:

⁸ BRASIL, Código Penal: “Art. 79. Aplicam-se subsidiariamente a esta Lei as disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal.”

⁹ BRASIL, Código Penal:” Art. 49 - A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

§ 1º - O valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário.

§ 2º - O valor da multa será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária.”

Art. 21. As penas aplicáveis isolada, cumulativa ou alternativamente às pessoas jurídicas, de acordo com o disposto no art. 3º, são:

- I - multa;
- II - restritivas de direitos;
- III - prestação de serviços à comunidade.

Art. 22. As penas restritivas de direitos da pessoa jurídica são:

- I - suspensão parcial ou total de atividades;
- II - interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade;
- III - proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações.

§ 1º A suspensão de atividades será aplicada quando estas não estiverem obedecendo às disposições legais ou regulamentares, relativas à proteção do meio ambiente.

§ 2º A interdição será aplicada quando o estabelecimento, obra ou atividade estiver funcionando sem a devida autorização, ou em desacordo com a concedida, ou com violação de disposição legal ou regulamentar.

§ 3º A proibição de contratar com o Poder Público e dele obter subsídios, subvenções ou doações não poderá exceder o prazo de dez anos.

Art. 23. A prestação de serviços à comunidade pela pessoa jurídica consistirá em:

- I - custeio de programas e de projetos ambientais;
- II - execução de obras de recuperação de áreas degradadas;
- III - manutenção de espaços públicos;
- IV - contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas.

Art. 24. A pessoa jurídica constituída ou utilizada, preponderantemente, com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime definido nesta Lei terá decretada sua liquidação forçada, seu patrimônio será considerado instrumento do crime e como tal perdido em favor do Fundo Penitenciário Nacional.

Nesse sentido o ordenamento jurídico-penal vigente, se posiciona sobre a proteção de determinados bens jurídicos, onde o direito penal obtém sua legitimidade quando coloca em prática a sua função.

No que diz respeito às sanções penais aplicáveis às pessoas jurídicas, há que se adequar a punição àquele que será punido, e de uma forma mais objetiva, se o agente é pessoa jurídica, entidade que decorre de uma ficção legal, as penas a serem a ele aplicadas devem adequar-se à sua natureza, assim fica afastada a pena privativa de liberdade, aplicável às pessoas físicas. As sanções penais impostas à pessoa jurídica serão multa, pena restritiva de direitos ou prestação de serviços à comunidade (GRANZIERA, 2011, p. 743).

Contudo direcionada a coletividade a teoria de prevenção geral é voltada para o indivíduo infrator por meio da ressocialização, quando observada em seu aspecto positivo.

Considerações finais

A Lei de Crimes Ambientais veio limitar o comportamento humano perante a natureza, atendendo à sociedade no que tange a doutrina de prevenção e repressão dos delitos praticados contra o equilíbrio ecológico. Ao tutelar bens que já possuem a proteção de outras áreas do direito, o Direito Penal mostra o seu caráter subsidiário acerca do tema.

O despertar da sociedade para os valores ambientais representa sobretudo a sintonia entre os anseios do povo diante dos problemas ambientais vivenciados, visto que vive-se uma mobilização e conscientização crescente da vida social, econômica e política da população em relação ao Estado.

A Lei nº 9.605/98 define um novo segmento no Direito Penal Brasileiro ao tratar da responsabilidade das pessoas jurídicas. Atendendo em seu âmbito alguns preceitos, dentre eles três esferas que tratam da responsabilidade da pessoa jurídica: administrativa, civil e penal. Tais preceitos somados ao tema já estabelecido na Carta Magna formam uma

base jurídica que edifica um sistema de controle ambiental a fim de garantir às futuras gerações um mundo mais saudável e equilibrado.

O que se espera na verdade é o receio por parte das empresas, tendo em vista uma eventual punição mais severa, fazendo com que a lei seja vista como um alerta a ponto de fazê-los buscar alternativas mais certeiras e seguras ao envolver suas atividades, obtendo assim um futuro melhor em relação ao meio ambiente para as próximas gerações.

Referências

BARROS, Wellington Pacheco. **Curso de Direito Ambiental**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

BRASIL, **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 mar. 2020.

BRASIL, **LEI Nº 6.938, DE 31 DE AGOSTO DE 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm. Acesso em: 29 fev. 2020.

BRASIL, **LEI Nº 9.605, DE 12 DE FEVEREIRO DE 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm. Acesso em: 01 mar. 2020.

BRASIL, **LEI Nº 11.516, DE 28 DE AGOSTO DE 2007**. Dispõe sobre a criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade - Instituto Chico Mendes; altera as Leis nºs 7.735, de 22 de fevereiro de 1989, 11.284, de 2 de março de 2006, 9.985, de 18 de julho de 2000, 10.410, de 11 de janeiro de 2002, 11.156, de 29 de julho de 2005, 11.357, de 19 de outubro de 2006, e 7.957, de 20 de dezembro de 1989; revoga dispositivos da Lei nº 8.028, de 12 de abril de 1990, e da Medida Provisória nº 2.216-37, de 31 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11516.htm.

Acesso em: 29 fev. 2020.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. **Curso de Direito Ambiental**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito Ambiental**. São Paulo: Atlas, 2009.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito Ambiental**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

LENZA, Pedro. **OAB primeira fase esquematizado**. Volume único. 6 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

A relação dos direitos coletivos com o fundo de defesa dos direitos difusos: breves considerações

*Evandro Luis Dezordi*¹

*Karine Kostuczenko*²

1 Introdução

O Fundo de Defesa de Direitos Difusos – FDD foi criado em 24 de julho de 1985 pela Lei nº 7.347, e trata-se de um Fundo de natureza contábil, vinculado ao Ministério da Justiça, regulamentado pela Lei nº 9.008, de 21 de março de 1995, por meio do Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos – CFDD. (Brasil, 1985).

Para delimitar este trabalho, trata-se inicialmente de algumas considerações acerca de onde surgem os recursos do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, ou seja, a origem, depois de conceituá-lo.

Num segundo instante busca-se demonstrar que já se obteve ações exitosas em condenações relativas a dinheiro destinadas ao Fundo de Reparação de Direitos Difusos, e de garantia de acesso à democracia e reparação de dano à coletividade, com intuito de não se exaurir no assunto.

¹Professor do Curso de Direito Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões Uri Erechim. E-mail: dezordi@uricer.edu.br

²Acadêmica do Curso de Direito Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões Uri Erechim. E-mail: karinekostuczenko@hotmail.com

2. Ação Civil Pública: primeiras considerações

Antes da Constituição de 1988, a Lei de 1985 que tratou da Ação Civil Pública foi um marco em defesa da coletividade, pois responsabilizando por danos causados ao meio ambiente, aos direitos estéticos, ao patrimônio histórico e muito mais, acabou tornando-se um instrumento de justiça social, cujos legitimados são o Ministério Público, os Estados, os Municípios, a União, bem como Associações, em defesa do coletivo. Segundo Macedo Junior, 2002;

Uma das inovações trazidas pela Lei de Ação Civil Pública, de 1985, foi a Constituição de Fundos Especiais de Defesa de Reparação de Interesses Difusos Lesados, para os quais seriam destinadas verbas indenizatórias derivadas de medidas judiciais e extrajudiciais propostas em favor da tutela dos chamados interesses transindividuais tutelados por aquela lei. (Macedo Junior, 2002, pag.799, 800)

Neste sentido, o fundo constitui-se numa resposta à problemática da destinação das indenizações, servindo de conservação dos bens lesados, e para criação de condições favoráveis para tutela dos direitos difusos.

Criado então inicialmente pelo artigo 13 da Lei de Ação Civil Pública, regulamentado pelo Decreto nº 92.302, de 16 de janeiro 1986, somente no ano de 1996, com a Portaria nº 11, aprovou-se o Regimento Interno do Conselho Federal do Fundo de Direitos Difusos, bem como os critérios para a aplicação dos recursos e a forma do recolhimento com a resolução 15 em 2004.

2.1 Origem e Destino dos Recursos

Os recursos do Fundo dos Direitos Difusos são produtos de arrecadação:

- Das condenações judiciais de que tratam os arts. 11 a 13 da Lei nº 7.347, de 1985;
- Das multas e indenizações decorrentes da aplicação da Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, desde que não destinadas à reparação de danos a interesses individuais;
- Dos valores destinados à União em virtude da aplicação da multa prevista no art. 57 e seu parágrafo único e do produto da indenização prevista no art. 100, parágrafo único, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990;
- Das condenações judiciais de que trata o § 2º do art. 2º da Lei nº 7.913, de 07 de dezembro de 1989;
- Das multas referidas no art. 84 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994;
- Dos rendimentos auferidos com a aplicação dos recursos do Fundo;
- De outras receitas que vierem a ser destinadas ao Fundo;
- De doações de pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras. (Justica.gov.br – Acesso em março de 2020)

Sendo assim, são necessárias algumas considerações sobre a natureza da condenação, bem como se ação civil pública ou coletiva, dependendo do objeto, sendo também um instrumento legal inserido dentro do campo da responsabilidade civil, que, por sua vez, é regida pelo princípio da reparação integral (*restitutio in integrum*) do dano. Sanseverino (2010, p. 19 e 34), em obra que analisa o princípio apregoa:

O princípio da reparação integral ou plena, também chamado de equivalência entre o dano e a indenização, como indicado por sua própria denominação, busca colocar o lesado em situação equivalente à que se encontrava antes de ocorrer o ato ilícito.

A reparação integral está prevista no caput do artigo 944 do Código civil. Porém, se não puder reparar na extensão do dano, ainda no artigo 947 do mesmo, estabelece que poderá reparar em moeda corrente, de acordo com o valor.

É apontado como uma característica a flexibilidade de utilização dos recursos do Fundo de Reparação de Interesses de Direitos Difusos Lesados, ou melhor, a reconstituição não precisar necessariamente o mesmo bem lesado. Essa característica mencionada faz com que o Fundo brasileiro se aproxime e seja comparado ao direito norte-americano chamado de *fluid-recovery*.

O Patrimônio do Fundo de Defesa de Direitos Difusos é regido pelos termos da Lei nº 9.008/95 e o Decreto nº 1.306/94 e é composto pelas receitas provenientes das condenações judiciais decorrentes de danos irreparáveis causados a direitos coletivos ou difusos, das multas e indenizações decorrentes de violações aos interesses não individuais dos consumidores e dos portadores de deficiência, das multas aplicadas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, dos rendimentos auferidos pelas aplicações do Fundo, de doações de pessoas Físicas e Jurídicas, nacionais ou estrangeiras e de demais outras receitas que vieram a ser destinadas ao Fundo.

Ainda, vale ressaltar que as receitas do Fundo podem ser integradas por rendimentos decorrentes de aplicações financeiras, transferências orçamentárias, incentivos fiscais e doações. Também, podem ser destinados ao Fundo os recursos gerados de condenação pecuniária por dano irreparável proveniente de uma ação popular, assim como os recursos oriundos de execução de compromissos de ajustamentos de condutas não cumpridos.

Denota-se que nas fontes dos recursos, além das provenientes de danos específicos causados, não há a existência de danos ocorridos, ou seja, as fontes oriundas das ações determinantes de reparação de danos agregam outras que estão ligadas diretamente aos danos específicos.

Consideram-se também as ações civis indenizatórias que são propostas apenas para danos irreparáveis. Sendo assim, nas ações por danos

reparáveis, o valor da indenização deve reverter-se diretamente para sua reparação. Ademais, a tutela preventiva é de grande importância para os interesses difusos e coletivos, por demonstrarem maior eficácia do que a reparação dos danos.

Sendo esclarecidos a natureza dos danos, a origem e destino de seus recursos, passa-se a entender a sua funcionalidade, sendo que a Lei da Ação Civil Pública, com o objetivo de assegurar maior proteção aos direitos difusos e coletivos, vai além da previsão de pagamento de indenização pecuniária, pois, em seu artigo 13 estabelece a destinação dessa indenização para um fundo federal e seus congêneres nos estados prevendo uma específica finalidade: a reconstituição de bens lesado.

Segundo a Lei n.9.008/1995, a destinação específica do FDD, conforme § 1º do art. 1º, tem por finalidade a reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, por infração à ordem econômica e a outros interesses difusos e coletivos. Como se extrai da Lei da Ação Civil Pública, da Lei n. 9.008/1995 e do Decreto n. 1.306/1994, a primeira destinação dos recursos do FDD deveria ser para recuperação do próprio dano que ensejou a condenação, não sendo possível destinar-se para outras finalidades.

2.2 Administração do Fundo

O Fundo de Defesa de Direitos Difusos é administrado por um colegiado, denominado Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos. O mencionado Conselho possui natureza jurídica de órgão da Administração Direta do Poder Executivo, sendo vinculado ao Ministério da Justiça pela Secretaria de Direito Econômico. Conforme a Lei

9.008/95, o Conselho é composto por dez membros-conselheiros e seus respectivos suplentes.

Percebe-se que há a necessidade que o Conselho tenha membros participativos de todas as áreas que envolvam direitos difusos e coletivos para o melhor cumprimento de sua finalidade, a qual coincide com a finalidade do próprio Fundo. Por ser uma atividade considerada de serviço público relevante, os membros do Conselho não recebem remuneração e devem ser escolhidos pelo Ministro da Justiça.

Outrossim, deve-se mencionar que os representantes são designados pelo prazo de dois anos, sendo admitida uma recondução, com exceção do representante da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, que pode ser reconduzido mais de uma vez.

No artigo 6º do Decreto nº 1.306/94, bem como no artigo 3º da Lei 9.008/95, dispõem-se acerca das funções do Conselho Gestor, sendo primordial zelar pela aplicação dos recursos com observância dos objetivos das leis, as quais dizem respeito às ações civis públicas, às pessoas com necessidades pessoais, à ação por responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários, ao Código de Defesa do Consumidor e ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

As funções Administrativas do Conselho manifestam-se a respeito de convênios e contratos, firmados pela Secretaria – Executiva do Conselho; ao exame e aprovação de projetos de reconstituição de bens lesados; inclusive os de caráter científico e de pesquisa; à promoção, por meio de órgãos da administração pública e de entidades civis interessadas, de eventos educativos ou científicos; à edição, inclusive em colaboração com órgãos oficiais de matérias informativas, sobre as que tratam o Decreto nº 1.306/94, à promoção das atividades e eventos que contribuam para a difusão da cultura, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à livre concorrência, ao patrimônio histórico, artístico, estético, turístico,

paisagístico, entre outros assuntos relacionados aos interesses difusos e coletivos.

O Conselho é o órgão essencial à utilização de tal Fundo, devendo, portanto, ser informado da propositura da ação civil pública, sobre a existência de depósito judicial, sua natureza e sobre os trânsitos em julgado das decisões.

Ressalta-se que todas as receitas destinadas ao Fundo Federal de Defesa de Direitos Difusos são depositadas em um Fundo especial, mantida no Banco do Brasil, denominada “Ministério da Justiça – CFDD – Fundo”, devendo as receitas oriundas de condenações judiciais e de multas administrativas serem identificadas segundo a sua natureza, infração ou dano causado.

Os recursos financeiros que são arrecadados pelo Fundo são distribuídos para a realização das medidas pertencentes à atuação do Conselho Gestor e aplicados na recuperação dos bens lesados. Devem obter relação com a natureza da infração ou do dano causado. Quando não for possível a reparação do dano, os recursos devem ser destinados à promoção de eventos educativos ou científicos ou à edição de material informativo. Sendo inviáveis as alternativas referidas, devem as receitas serem aplicadas na modernização administrativa dos órgãos públicos vinculados às áreas abrangidas pelo Decreto nº 1.306/94 e pela Lei nº 9.008/95.

Ainda, o Regulamento do Fundo Federal de Direitos Difusos introduziu o sistema de comissões e câmaras setoriais para análise de projetos e sobre assuntos relacionados a assuntos específicos, como o meio ambiente, o consumidor, a criança, o adolescente, entre outros. As comissões especiais podem ser temporárias ou câmaras técnicas permanentes.

A constituição dessas câmaras está relacionada ao interesse e à possibilidade de reunir profissionais especializados nas áreas específicas, sendo capacitados de determinar decisões sobre projetos de maior

interesse e as melhores opções de investimento de recursos do fundo. Também as decisões serão realizadas por pessoas ligadas aos interesses difusos, que torna mais fácil o acompanhamento e controle pela sociedade as determinações pelo Conselho Gestor. As câmaras estariam responsáveis por encaminhar propostas de investimento setoriais que dependeriam de confirmação e homologação pela Assembléia geral do Conselho Gestor (Salles, 2003).

Poderão assim receber os recursos do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos as instituições governamentais da administração direta ou indireta, as diferentes esferas do governo, federal, estadual e municipal, bem como as organizações não governamentais, brasileiras, sem fins lucrativos, que tenham os seus estatutos objetivos relacionados à atuação no campo do meio ambiente, do consumidor, de bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico e por infração à ordem econômica.

A introdução de sistemas de comissões e câmaras setoriais voltadas para análises de projetos sobre assuntos de temas específicos, sendo alguns deles; Meio ambiente, Direito do Consumidor, a criança e ao adolescente; entre outros, não obscurece o previsto pela Lei 7.797/89 e regulamentado pelo Decreto n.98.161/89.

A relevância na formação destas camaras, visa à possibilidade de reunir profissionais nas áreas específicas, com total capacidade para tomar frente à decisão dos projetos e a melhor forma de investimento, visando sempre a evitar o gasto indevido do mesmo. Com isso busca-se, também, facilitar uma maior participação da sociedade nas decisões tomadas pelo conselho formado. A principal atribuição das câmaras estaria em encaminhar propostas de investimento em setores que dependem da total homologação pela assembléia geral do Conselho Gestor (Mariotti,2000)

As instituições que poderão ser beneficiadas com os recursos do fundo são; governamentais tanto da administração direta como indireta, com amplitude para todas as esferas de governo; federal, estadual e municipal, visando também às organizações não governamentais, somente brasileiras, sem fins lucrativos, que possuam em seus estatutos fito à atividade no que se designam as câmaras.

Referentemente ao prazo que os órgãos legitimados possam vir a receber verbas provenientes do Fundo deverão expor propostas de julho a setembro do ano previsto para o início do mesmo, visando à recuperação de bens, eventos voltados para a educação social, científicos, e a constituição de material informativo. O todo proposto será avaliado pelo conselho e se estiver de acordo com o proposto pelo fundo, serão apoiados por meio de celebração de convênios (Mazzilli,2001).

3 Da responsabilidade à solidariedade na recomposição dos danos à coletividade

Após o período de autoritarismo militar, que veio a refletir em uma sociedade deficitária, carente de uma estrutura de vida digna, com falta de educação, saúde, saneamento, buscou-se uma maior exigência de atuação do poder público para poder proporcionar uma conjuntura de fatores que possibilitassem o desenvolvimento social.

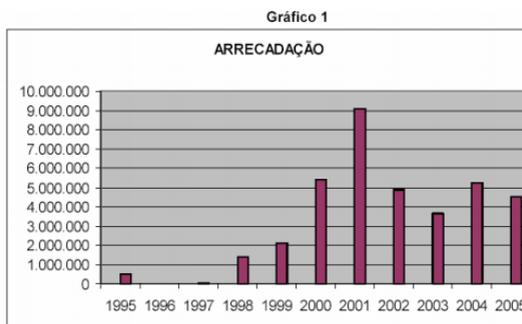
Buscando uma melhor condição ao povo, a Constituição de 1988 inseriu a organização da sociedade, a liberdade de imprensa, junto com isso a liberdade de expressão que havia sido tomada dos cidadãos, criando com isso, uma opinião pública mais consciente, que contribuiu no avanço para a formação dos direitos fundamentais.

Momento antes de ser promulgada a Constituição de 1988 passou a vigorar a Lei de Ação Civil Pública, da qual veio a ser criado um Fundo específico para a mesma, existindo nela, um cunho de força democrática.

O Fundo mencionado acima, aparado pela Lei de Ação Civil Pública, apresenta-se como uma espécie de serviço voltado à reestruturação do patrimônio do povo para o povo, exercitando com isso a solidariedade.

Assim, nota-se que, o Fundo Federal da Ação Civil é instrumento do serviço da democracia, onde adota-se um sistema em que a sociedade participa da efetivação dos recursos, analisando o que se pode fazer preventivamente, ao invés de dar respostas particulares aos que se sentem lesados por certos danos.

O orçamento do Fundo, aprovado pela Lei Federal de 2005 n.º. 11.100, atingiu o valor de R\$ 6.000.000,00, sendo R\$ 5.850.000,00 no programa “Defesa de Direitos Difusos, e R\$150.000,00 no programa “Gestão e Administração do Programa”. Do total destinado a atividades, a previsão orçamentária era de R\$3.463.998,00 para despesas decorrentes de custeio e R\$ 2.536.002,00 para despesas de investimento.



Fonte: Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos – CFDD.

No gráfico, podemos ver a evolução histórica da arrecadação do Fundo nos últimos onze anos.

Os valores recolhidos ao Fundo no exercício de 2005 encontram-se distribuídos de acordo com sua origem. Referente a multas aplicadas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica tem-se 59,92%, sendo este o total arrecadado, e 18,29% teve origem relacionada a multas aplicadas pelo Departamento de Proteção e Defesa do consumidor.

O que podemos ver, é que nesses 11 anos, a crescente aplicação dos recursos do Fundo retrata uma conduta pautada sob ótica de solidariedade e concretização de normas inseridas. Em um sentido, que o Fundo Federal de Defesa de Interesses Difusos é um instrumento a favor da democracia, por garantir aos seus beneficiários a reconstrução de uma sociedade mais justa e igualitária. Segundo Sarlet (2005, p.57), o Fundo de Direitos Difusos, possui como objetivo geral a reparação de danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, e a bens de valor artístico, histórico, estético, e de outros interesses coletivos.

Não se pode omitir que uma boa administração do Fundo, através de um conselho Gestor sério e preocupado, é essencial para que o capital não seja aplicado em contas falsas e projetos inexistentes, à vista que a finalidade deste instrumento é promover a democracia.

Importante destacar, que a Fundação do Fundo de Defesa de Interesses Difusos transforma alguns princípios e garantias contidas na Constituição de 1988, mais próximos de concretização, baseados na busca pela democracia, na assistência e não somente na responsabilidade, pela responsabilização.

4 Considerações finais

Buscou-se, através do presente, abordar os temas propostos, demonstrando o objetivo da estrutura e o real funcionamento dos Direitos Difusos e suas percepções, funções e efetividade, bem como a eficiência das

indenizações pecuniárias destinadas ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD) para colaborar com ações coletivas.

Apresentou-se também concepções nas esferas das ações coletivas que se inserem na área da responsabilidade civil, de uma forma breve e objetiva, com a devida aplicação do princípio da reparação integral, corroborado com o direito constitucional, como garantia de tutela jurisdicional de acesso à justiça e como se ajustam perfeitamente ao direito material.

O Fundo de Direitos Difusos tem a função, e deveria servir como instrumento para a efetiva e adequada tutela de direitos difusos e coletivos, concretizando o direito constitucional de acesso à justiça no seu plano substancial, como garantia de tutela efetiva de direito material violado e reparação do dano violado, no âmbito da responsabilidade civil.

Ainda, no decorrer do trabalho, tratou-se de alguns pontos principais e fundamentais sobre o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, citando-se suas específicas áreas abrangidas, seus responsáveis e sua devida utilização. Abordou-se também acerca da sua eficácia e os seus encargos respectivos, mencionando-se sobre a reparação de interesses lesados como instrumento democrático de recomposição dos danos a coletividade.

O Fundo de Direitos Difusos é uma importante ferramenta para que os princípios e garantias constitucionais se concretizem, com base na solidariedade e na responsabilidade, na busca pela reparação do dano e na melhora da sociedade.

As providências, plenamente justificadas na Constituição Federal e na legislação de regência, que seriam a garantia e os princípios constitucionais, resolvem o problema no âmbito da responsabilidade civil, mas não afastam a necessidade da adoção de medidas judiciais e extrajudiciais para fazer parar o desvio pelo qual vem passando o FDD, pois este tem por finalidade, igualmente, à recuperação de bens difusos e coletivos lesados, ainda que não vinculados a uma ação judicial ou inquérito civil. Quando o

autor é desconhecido, já não mais existe ou não possua condições financeiras para efetivar a reparação, ou seja, é necessário que o Fundo seja utilizado para o fim a que foi criado.

Deste modo, conclui-se que é de extrema relevância a abordagem dos temas expostos, pois é preciso entender a funcionalidade do Fundo, como é gerenciado e quais as áreas abrangidas.

Referências

BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor.**

Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>.

CASAGRANDE. Aline. **O fundo de reparação de interesses difusos como instrumento democrático de recomposição dos danos a coletividade.** 2006. Disponível em <file:///C:/Users/C%3%A3mara%20Erechim/Downloads/ARTIGO%20FUNDO%20DOS%20DIREITOS%20DIFUSOS.pdf>

CONSELHO FEDERAL GESTOR DO FUNDO DE DEFESA DE DIREITOS DIFUSOS. Brasília. DF.2006. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/cfdd>. Acesso em 26. marc.2020.

MACEDO JUNIOR. Ronaldo Porto. **Propostas para a reformulação da lei que criou o Fundo de Reparação de Interesses Difusos Lesados.** In; Milaré, Edis: (coord) Ação Civil Pública: 15 anos.2 ed. Ver. Atua. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2002.p.799-827.

MARIOTTI. Humberto. **As paixões do ego. Complexidade, Política e solidariedade.** São Paulo. Palas Atena. 2000.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos.** 13 ed. ver. Ampla e atual. São Paulo. Saraiva. 2001.

SALLES, Carlos A.de. **Execução Específica e Ação Civil Pública**. In: MILARÉ, Edis (coord.) *Ação Civil Pública Após 20 Anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, pag.85 a 96.

SARLET. Ingo. Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado,1998.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**. São Paulo: Saraiva, 2010.

Cadastro Ambiental Rural (CAR) no contexto da pequena propriedade rural

*Adriano Kolling¹
Vera Maria Calegari Detoni²*

1. Introdução

O Cadastro Ambiental Rural (CAR) é um registro eletrônico obrigatório para as propriedades rurais, tendo a finalidade de compilar todas as informações sobre as áreas ambientais, Áreas de Preservação Permanente (APPs), áreas de Reserva Legal (RL), florestas, vegetações nativas, áreas de uso, bem como de propriedades com posse rural no país (SICAR, 2018). Foi fundado em 25 de maio de 2012 por meio da promulgação da Lei nº 12.651, também denominada Sistema Nacional de Informações sobre o Meio Ambiente (SINAMA), sendo regulado pelo Decreto-Lei nº 7.830, de 17 de outubro de 2012, o qual criou o Sistema de Cadastro Ambiental Rural (SICAR). É objetivo do sistema favorecer para que haja um planejamento adequado das propriedades rurais, com vistas ao melhor uso da terra, proporcionando boas técnicas produtivas e meios de conservação das áreas rurais sem agredir ou degradar o meio ambiente.

Assim, diante desta realidade, este estudo objetivou estabelecer comparações entre o que preconizava a Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965

¹ Graduando em Direito, Uri- Câmpus de Erechim, E-mail: adrianokolling@yahoo.com.br

² Professora da Uri – Câmpus de Erechim, E-mail: vera@uricer.edu.br

(antigo Código Florestal) e a Lei nº 12.561, de 25 de maio de 2012, a qual revogou a instrução anterior. Para tanto foi realizada uma pesquisa de campo de caráter exploratório em duas propriedades rurais, as quais foram selecionadas para este estudo a partir de pesquisa realizada no endereço eletrônico do SICAR, sendo posteriormente visitadas in loco.

2. Da propriedade

2.1 Direito de propriedade e sua evolução

Necessário, antes de adentrar no assunto em tela, definir-se propriedade, o qual é entendido como a posse de um bem. Destarte, o direito de propriedade é o direito de controlar e dispor, com exclusividade, daquilo que se é titular. A posse pode ser caracterizada das seguintes formas: a) Absoluta: o proprietário pode dispor de sua propriedade como bem desejar; b) Exclusiva: o poder sobre a coisa é só do proprietário; e c) Perpétua: com duração ilimitada, passando aos sucessores do proprietário.

O direito de propriedade foi se desenvolvendo ao longo das épocas como uma relação entre um indivíduo e uma coisa, de caráter absoluto, natural e imprescritível. O conceito evoluiu e passou-se a compreendê-lo na forma de uma relação entre um sujeito ativo (que pode ser um indivíduo ou um grupo) e um sujeito passivo universal (formado por todas as pessoas). Desta maneira, revela-se o direito de propriedade como um modo de imputação jurídica de uma coisa a um sujeito (MENESES RIOS, 2014).

2.2 Modelos de propriedade rural

Com relação à estrutura fundiária do espaço agrário, dimensões das terras no espaço rural, tamanho, e outros aspectos são caracterizadas por

latifúndios e minifúndios. Os latifúndios são grandes propriedades rurais privadas. Os minifúndios se constituem pelas pequenas propriedades, geralmente utilizadas para produção familiar ou coletiva (INCRA, 2013).

Com relação ao tamanho da área, os imóveis rurais são classificados em: a) Pequena Propriedade: área compreendida entre um e quatro módulos fiscais; b) Média Propriedade: área superior a quatro e até quinze módulos fiscais; c) Grande Propriedade: área superior a quinze módulos fiscais.

Tal classificação, segundo o Incra (2013) é estabelecida Lei 8.629, de 25 de fevereiro de 1993 e considera o módulo fiscal (e não apenas a metragem), que varia de acordo com cada município. O tamanho e a localização da área rural em relação à cidade são fatores preponderantes para que uma propriedade seja denominada como sítio, fazenda, rancho ou chácara.

2.3 Módulo fiscal rural

O conceito de módulo fiscal rural foi introduzido pela Lei nº 6.746/1979, que alterou alguns dispositivos do Estatuto da Terra (Lei nº 4.504/1964), o qual regula os direitos e obrigação concernentes aos bens imóveis rurais para os fins de execução da Reforma Agrária e promoção da política agrícola.

Módulo fiscal é uma unidade de medida agrária utilizada no Brasil, expressa em hectares e é variável, pois vem sendo fixada para cada município, levando em conta o tipo de exploração predominante no município; a renda com tal exploração e outras explorações existentes, embora não predominantes, sejam expressivas em função da renda ou da área utilizada e o conceito de propriedade familiar. O número de módulos fiscais de um imóvel é utilizado na aplicação da alíquota no cálculo do ITR (Lei 6.746/1970; Decreto 84.685/1980).

A utilização na classificação dos imóveis rurais está presente na lei 8.629/1993 (art. 4, incisos II e III), na definição de pequena propriedade de um a quatro módulos fiscais e médio porte de quatro a 15 módulos fiscais, e os minifúndios entende-se por inferior a um módulo fiscal, e a grande propriedade aquela de área superior a 15 módulos fiscais (EMBRAPA, 2019).

A pequena propriedade e os minifúndios, geralmente, são pertencentes às famílias que se mantêm suas funções na agricultura familiar. Propriedades maiores, geralmente, pertencem a filhos de agricultores que possuem formação na área agrícola, conhecem o mercado financeiro e investem ampliando a produção. A definição de agricultura familiar e empreendedor familiar rural dada pela Lei 11.326/2006 também inclui o conceito de módulo rural fiscal, ao estabelecer que, dentre outros requisitos, este não detenha, a qualquer título, área maior do que quatro módulos fiscais.

No novo Código Florestal, regrado pela Lei 12.651/2012, o valor do módulo fiscal é utilizado como parâmetro legal para sua aplicação em diversos contextos, como na definição de benefícios atribuídos à pequena propriedade ou posse rural familiar, na definição de faixas mínimas para recomposição de área de Preservação Permanente; da manutenção ou recomposição da Reserva Legal, entre outras (BRASIL, 2012).

2.4 Função social da propriedade

O Direito de Propriedade faz da função social um componente essencial, caracterizando, concomitantemente, o enlace entre o social e o privado como meta das políticas públicas. A partir dos ideais de Estado do Bem Estar Social, a propriedade passou a ser encarada como uma forma de garantia para o desenvolvimento da sociedade em todos os aspectos,

seja econômico, social, cultural, entre outros. O sistema jurídico reconheceu que o direito de propriedade, em seu exercício, deveria voltar-se aos interesses gerais da coletividade em detrimento dos interesses particulares, a propriedade funcionalizou-se socialmente. Há, portanto, maior relevância no seu aspecto funcional (elemento externo) do que no estrutural, ou seja, no seu elemento interno, constituído pelos poderes do titular do domínio.

A função social da propriedade e o fim social, na visão de Costa (2003, p. 8586) são bastante distintos, sendo “[...] importante alertar que o reconhecimento de que há na propriedade privada uma função social não é o mesmo que afirmar ter essa um fim social, já que fim e função são conceitos inconfundíveis”.

A função social, indispensável em um contexto político, econômico e social pautado na solidariedade, alcança a própria essência do direito de propriedade, com o poder de modificar seu conteúdo, criar as condições necessárias para a legitimidade das restrições impostas ao domínio.

Para Meneses Rios (2014, p. 2)

[...] o princípio da função social, embora seja de implicação a toda a coletividade, destina-se, precipuamente, ao titular do direito de propriedade, ao legislador ordinário e ao juiz. Ao primeiro porque está adstrito ao exercício das faculdades dominiais, a fim de que possa preservar a tutela jurídica de seu direito mesmo quando se persiga as finalidades sociais. Ao segundo porque deve proceder de maneira que, atento aos proclamos constitucionais, não permita ao titular do domínio, respaldado em normas inferiores, poderes contrários ou abusivos quanto às aspirações sociais. Ao último, pois lhe cabe o mister de interpretar o exercício do direito dominial e da função social. (MENESES RIOS, 2014, p. 2).

Assim, o conteúdo da função social se reveste de um papel de tipo promocional, fazendo com que a propriedade, quaisquer sejam as suas

classificações, assegure a realização dos valores inspiradores do ordenamento jurídico (PERLINGIERI, 1997).

3. Código florestal brasileiro

Teve sua primeira regulamentação em 1934, quando Getúlio Vargas, presidente naquela época, decretou limites para ocupação do solo e uso dos recursos naturais. Tal decreto, de acordo com Souza (2011), estabelecia que as reservas florestais deveriam ser preservados três quartos das matas nativas de um imóvel rural. Trinta e um anos depois, o ex-presidente Castello Branco sancionou, em 1965, o Código Florestal Brasileiro (Lei 4.771/65), que, apesar de algumas mudanças pontuais em anos seguintes, serviu de base para o setor até pouco tempo atrás, quando então surgiu o novo código.

A Lei de 1965 (4.771), com as devidas alterações ocorridas de tempos em tempos, definiu a proteção da Área de Preservação Permanente (APP) e a criação de uma reserva legal de 50% na Amazônia e 20% no restante do país, limitando o uso que o produtor poderia fazer da terra. Em sua última versão, o antigo código previa áreas de Reserva Legal ocupando entre 20% e 80% das propriedades, conforme a região. Às margens de rios, as matas deveriam ser preservadas em faixas de 30 a 500 metros, de acordo com a largura do curso d'água.

A Constituição também dedicou um capítulo específico para a questão ambiental, reconhecendo expressamente que:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (BRASIL, 1988, p. 64).

A tutela do meio ambiente não se restringe ao valor dos recursos naturais para os processos produtivos. A própria Constituição reconheceu que o equilíbrio ambiental é um elemento indispensável para a qualidade de vida sadia.

Em 1996, inicia uma série de mudanças ditadas por medidas provisórias (MP) editadas para alterar o código, sendo que a primeira delas restringiu a abertura de novas áreas em florestas. “As MPs, embora não tenham aumentado a área de reserva legal, passaram a permitir o desmatamento de apenas 20% nas regiões de floresta” (SOUZA, 2011, p. 1). E, a partir da MP 2.080/00, a reserva legal em áreas de floresta passou a ser de 80%.

Em 1998, o código passa a incorporar a Lei de Crimes Ambientais, a Lei 9.605/98, a qual dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, transformando diversas infrações administrativas em crimes. A mudança permitiu que os órgãos de fiscalização ambiental pudessem aplicar pesadas multas aos infratores (BRASIL, 1998).

A dependência da agropecuária para o desenvolvimento do país também contribuiu para essa reformulação deixando a lei mais flexível para que não prejudique os grandes produtores principalmente aqueles que produzem alimentos. Os pequenos proprietários foram mais prejudicados devido a essas mudanças, pois a falta de recursos é evidente e a carência de incentivo do governo agrava a situação. Mas o bem mais afetado será o meio ambiente, o qual é essencial para a vida humana em detrimento do desenvolvimento do país.

3.1 O novo código e as áreas de preservação ambiental e reserva legal

O novo Código Florestal encontra-se inserido no arcabouço jurídico dos instrumentos legais que regulam e disciplinam o manejo e a conservação da terra, seus recursos naturais com vistas à preservação e proteção da natureza e, por conseguinte, do meio ambiente. A Lei nº 12.651/2012 classificou o imóvel rural em módulos fiscais e assegura o uso dos recursos naturais do imóvel para uso econômico da família. Sendo que a área de preservação da fauna e flora seja de uso mínimo de 20% da área do imóvel.

É admitida inclusão de áreas de APP no módulo de Reserva Legal quando: a) O benefício não implique em conversão de novas áreas para o uso do solo; b) As áreas computadas estejam conservadas ou em recuperação, de acordo com a apresentação do projeto ao órgão estadual Sisnama; c) O proprietário esteja incluído, bem como o imóvel, no CAR, segundo a Lei nº 12.651/2012.

As atividades agrossilvipastoris, ecoturismo, turismo rural, que ocorriam antes da promulgação da nova lei, serão respeitadas seguindo a legislação anterior, desde que sejam pequenos agricultores e comprovem que não estão causando danos ao meio ambiente.

As APP se caracterizam por ser protegidas, cobertas ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas. (DIAS, 2019).

O objetivo das APP é assegurar o direito fundamental de todo brasileiro a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, de acordo com o art. 225 da nossa Constituição. As APPs são, portanto, intocáveis,

possuindo limites rígidos de exploração, não sendo permitida a exploração econômica direta.

De acordo com o novo Código Florestal (BRASIL, 2012a) também se inserem nesta categoria as áreas cobertas com florestas ou outras formas de vegetação destinadas à contenção da erosão do solo e mitigação dos riscos de enchentes e deslizamentos de terra e de rocha; bem como a proteção das restingas ou veredas, de várzeas, ao abrigo de exemplares da fauna ou da flora que sejam/estejam ameaçados de extinção, e, ainda, a proteção de sítios de grande valor, quer por sua beleza ou valor científico, cultural ou histórico.

Com relação à Reserva Legal, o novo Código estabelece que:

Art. 3º - [...] III - Reserva Legal: área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, delimitada nos termos do art. 12, com a função de assegurar o uso econômico de modo sustentável dos recursos naturais do imóvel rural, auxiliar a conservação e a reabilitação dos processos ecológicos e promover a conservação da biodiversidade, bem como o abrigo e a proteção de fauna silvestre e da flora nativa; [...] (BRASIL, 2012a).

4. Cadastro Ambiental Rural (CAR) – importância do CAR na pequena propriedade rural do Município de Erechim

A lei ambiental tem como finalidade organizar e reger o uso dos recursos disponíveis e em relação ao meio ambiente. A mudança no uso da terra está diretamente relacionada com as questões ambientais, sendo classificado o uso da terra na região um aspecto fundamental para atender os padrões na organização do espaço, e para apresentar e apontar os efeitos impactantes que podem causar desequilíbrio ambiental (CHUEH; SANTOS, 2004).

Nesse sentido, uma novidade trazida pelo novo Código Florestal é o Cadastro Ambiental Rural (CAR), o qual pode ser definido como um

registro eletrônico, obrigatório para todos os imóveis rurais, formando base de dados estratégica para o controle, monitoramento e combate ao desmatamento das florestas e demais formas de vegetação nativa do Brasil, bem como para planejamento ambiental e econômico dos imóveis rurais.

De acordo com o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA, 2016, p. 1): “A inscrição no CAR é o primeiro passo para obtenção da regularidade ambiental do imóvel”. O art. 29 da Lei 12.651/2012 define o CAR, bem como suas instruções:

Art. 29. É criado o Cadastro Ambiental Rural – CAR, no âmbito do Sistema Nacional de Informação sobre o Meio Ambiente – Sinama, registro público eletrônico de âmbito nacional, obrigatório para todos os imóveis rurais, com a finalidade de integrar as informações ambientais das propriedades e posses rurais, compondo base de dados para controle, monitoramento, planejamento ambiental e econômico e combate ao desmatamento [...] (BRASIL, 2015, p. 888).

O CAR permitirá ao governo federal e aos órgãos ambientais estaduais manterem registro e conhecimento acerca da localização de cada imóvel rural, bem como saber qual é a situação ambiental de cada propriedade. Já o Programa de Regularização Ambiental (PRA) proporcionará que os estados acompanhem os produtores rurais na elaboração e implementação das ações necessárias para a recomposição de áreas com passivos ambientais nas suas propriedades ou posses rurais. (EMBRAPA, 2016).

4.1 Inscrição no CAR

A inscrição no CAR possibilita o planejamento ambiental e econômico do uso e ocupação do imóvel rural. Além disso, acompanhada de

compromisso de regularização ambiental, quando for o caso, é pré-requisito para acesso à emissão das Contas de Reserva Ambiental e aos benefícios previstos nos Programas de Regularização Ambiental (PRA) e de Apoio e Incentivo à Preservação e Recuperação do Meio Ambiente, os quais são definidos pela Lei nº 12.651/2012.

O recebimento, gerenciamento e integração de todos os dados do CAR de todos os entes federativos ficarão a cargo do Sistema de Cadastro Ambiental (SICAR), que foi criado pelo Decreto nº 7.830, de 7 de outubro de 2012, o qual dispõe sobre o CAR e sobre o PRA. A adesão ao CAR é obrigatória e a data para o registro expirou em 31 de dezembro de 2019, porém permite-se a prorrogação por mais um ano, apenas sob ato do Chefe do Poder Executivo, conforme comanda o art. 59, § 2º do Código Florestal.

Os proprietários de imóvel rural ou possuidores deverão apresentar:

I – Identificação do proprietário ou possuidor rural; II – comprovação da propriedade ou posse; III – identificação do imóvel por meio de planta e memorial descritivo, contendo a indicação das coordenadas geográficas com pelo menos um ponto de amarração do perímetro do imóvel, informando a localização dos remanescentes de vegetação nativa, das áreas de Preservação Permanente, das Áreas de Uso Restrito, das áreas consolidadas e, caso existente, também da localização das Reserva Legal. Importante destacar que as informações apresentadas ao órgão ambiental competente são de responsabilidade do declarante que incorrerá em sanções penais e administrativas quando total ou parcialmente falsas, enganosas ou omissas. (BRASIL, 2012c, art. 6º).

Não cabe ao órgão ambiental fiscalizar in loco a propriedade a fim de se assegurar da veracidade das declarações feitas pelo proprietário ou possuidor. Além disso, a inscrição de pequenas propriedades e posses rurais no CAR deverá caracterizar-se por procedimento simples, conforme estabelece o artigo 55 da Lei 12.651/2012 e o artigo 8º do Decreto 7.830/2012, os quais exigem somente a identificação do proprietário ou possuidor, a

comprovação da propriedade ou posse, e o croqui indicando o perímetro do imóvel, as Áreas de Preservação Permanente e os remanescentes que formam a Reserva Legal.

4.2 Reserva legal no CAR

Pelo antigo Código (Lei 4.771/1965), havia necessidade de averbar publicamente a Reserva Legal, fazendo adendo à margem da inscrição de matrícula do imóvel em cartório de registro de imóveis. Com a Lei 12.651/2012 não há mais a obrigatoriedade da averbação, estabelecido pelo art. 18, parágrafo 4º da referida lei. O Código Florestal reconhece que as averbações já realizadas desobrigam o proprietário a fornecer ao órgão ambiental as informações relativas à Reserva Legal necessárias para a inscrição do imóvel no CAR. Ainda deverão ser averbados na matrícula do imóvel no registro de imóveis o instrumento ou termo de instituição da servidão ambiental e o contrato de alienação, cessão ou transferência da servidão ambiental, inclusive na hipótese de compensação de Reserva Legal, quando a servidão deverá ser averbada na matrícula de todos os imóveis envolvidos, conforme comanda o art. 78 da Lei 12.561/2012.

A inscrição da reserva Legal no Cadastro Ambiental Rural deve ser considerada como condição necessária para a transferência do imóvel rural, assim como o era a averbação da Reserva Legal, nos termos do antigo Código Florestal. Desta forma, o CAR configura-se como mais um instrumento de proteção do meio ambiente, equilibrado na medida em que a propriedade rural passa a ter definida geograficamente a sua área ambientalmente protegida inserida no imóvel. A partir da inscrição da área, poderá se verificar uma significativa alteração no comportamento do proprietário/possuidor, que passará então, a zelar pela proteção dos recursos naturais da área protegida (SILVA, 2019).

Desta forma, o registro no CAR representa o primeiro passo para obtenção da regularidade ambiental, constituindo-se em requisito para diversos programas, benefícios e autorizações, conforme os citados a seguir, com base em dados obtidos no endereço eletrônico do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA, 2016, p. 1):

- Acesso ao Programa de Apoio e Incentivo à Conservação do Meio Ambiente e aos Programas de Regularização Ambiental – PRA;
- Obtenção de crédito agrícola, em todas as suas modalidades, com taxas de juros menores, bem como limites e prazos maiores que o praticado no mercado;
- Contratação do seguro agrícola em condições melhores que as praticadas no mercado;
- Geração de créditos tributários por meio da dedução das Áreas de Preservação Permanente, de Reserva Legal e de uso restrito da base de cálculo do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR;
- Linhas de financiamento para atender iniciativas de preservação voluntária de vegetação nativa, proteção de espécies da flora nativa ameaçadas de extinção, manejo florestal e agroflorestal sustentável realizados na propriedade ou posse rural, ou recuperação de áreas degradadas;
- Isenção de impostos para alguns insumos e equipamentos utilizados para os processos de recuperação e manutenção das Áreas de Preservação Permanente, de Reserva Legal e de uso restrito,
- Suspensão de sanções e novas autuações em função de infrações administrativas por supressão irregular de vegetação em áreas de preservação permanente, de Reserva Legal e de uso restrito, cometidas até 22/07/2008, e suspensão da punibilidade dos crimes previstos nos arts. 38, 39 e 48 da Lei de crimes ambientais (Lei nº 9.651/1998) associados a essas áreas.

O imóvel rural deve aderir ao Programa de Regularização Ambiental (PRA), que tem como função regularizar a situação dos proprietários autuados por alguma infração ou de indivíduos processados por crime ambiental cometido até 22 de julho de 2008.

4.3 Cota de reserva ambiental (CRA)

Esta cota está diretamente vinculada com o instituto da compensação de reserva legal, criado pelo antigo Código Florestal, mas que foi mantido na nova lei (12.651/2012) permitindo que uma propriedade rural possa preencher uma parte de sua exigência de reserva legal com cotas de reservas florestais excedentes, desde que cumpra alguns requisitos, tais como, pertencer ao mesmo bioma da área à qual o título está vinculado; ser equivalentes em extensão; se fora do Estado, estarem localizadas em áreas identificadas como prioritárias. A compensação deverá ser averbada em ambas matrículas (do imóvel no qual se situa a área vinculada ao título e na do imóvel beneficiário da compensação) (BRASIL, 2012a).

4.4 A agricultura familiar no âmbito do novo código florestal

O novo código dedicou um capítulo inteiro (XII) pensado para inserir uma série de benefícios e isenções para que o pequeno produtor rural possa manter-se em boa situação diante das tantas exigências das obrigações ambientais, já que este produtor é basicamente frágil economicamente se comparado a grandes produtores, assim recebeu um tratamento diferenciado no novo código (RODRIGUES, 2019).

Algumas vantagens oferecidas ao pequeno produtor da agricultura familiar envolvem a permissão ou intervenção e supressão de vegetação em APPs e Reservas Legais para as atividades eventuais de baixo impacto ambiental, desde que atenda a certas condições: o imóvel deve estar inscrito no CAR; seja declarado ao órgão ambiental competente sobre a referida atividade de baixo impacto. Não há necessidade para os agricultores familiares realizar estudos ou procedimentos de licenciamento.

4.5 Proteção contra desastres

Desde meados da década de 1950 existe uma preocupação internacional com a redução dos riscos de desastres (RRD), culminando em 1987 a publicação de um relatório pela ONU sugerindo a criação de medidas para conter tais impactos e respectivas perdas sociais e econômicas (RODRIGUES, 2019).

No Brasil essa política pública de RRD surgiu por meio do Decreto nº 97.274 de 1988 que organizou o Sistema Nacional de Defesa Civil (SINDEC). Por meio desta política pretende-se estabelecer um programa nacional, em conjunto com o internacional, para prevenir os riscos de desastres, estabelecendo medidas de reparação quando ele não puder ser evitado, a exemplo do que ocorreu na cidade de Mariana-MG, quando do rompimento da barragem de rejeitos de minério da empresa Samarco, em novembro de 2016, causando inúmeros e ainda incalculáveis danos à população e ao meio ambiente. Também recentemente, em 25 de janeiro de 2019, a cidade de Brumadinho enfrentou um grande desastre ambiental. A Barragem 1 da Mina Córrego do Feijão, da mineradora Vale, rompeu-se, desencadeando uma avalanche de lama, a qual destruiu a comunidade próxima e construções da própria Vale. O terrível mar de lama não causou apenas prejuízos financeiros, sendo responsável também pela morte de dezenas de pessoas.

4.6 O CAR na pequena propriedade rural

A pequena propriedade rural é aquela onde a família trabalha e adquire renda para sua subsistência. No contexto familiar este tipo de

agricultura é se suma importância porque vem das origens e mantém o vínculo familiar no campo.

4.6.1 Estudo de caso – Análise comparativa entre duas propriedades rurais do município de Erechim

A propriedade “A” trata-se de um Colégio Agrícola, propriedade que pode ser considerada “modelo” em nosso município, pois possui uma grande área de preservação permanente contendo uma nascente e um córrego, sendo a área utilizada em diversos estudos e levantamentos florestais. É uma área agricultável, para subsistência da própria escola agrícola. Tem como finalidade a formação escolar de alunos para carreiras agrícolas.

A propriedade “B”, escolhida para o estudo, é uma propriedade particular, pequena, caracteristicamente muito semelhante às demais propriedades do nosso município. Neste tipo de propriedade o principal foco é a subsistência da família e a moradia das pessoas que ainda se mantêm na agricultura familiar, nesta região há forte êxodo rural sendo que, geralmente, só permanecem na terra os avós e os pais (1ª e 2ª gerações) da família original, sendo que os filhos, ou seja, a terceira geração prefere residir na cidade e trabalhar em outras atividades, como indústria e comércio.

A área “A” é utilizada para estudos técnicos e de subsistência. Além de formar profissionais, que na sua maioria são filhos de agricultores, para trabalhar nas propriedades da região aplicando as técnicas ali adquiridas. A área “B” é usada para subsistência e moradia da própria família no campo, bem como para visita de seus familiares que não perdem o vínculo familiar na agricultura.

Considerações finais

O Brasil possui uma farta legislação ambiental, considerada moderna e abrangente se comparada a outros países do mundo. Porém, o grande número de leis cria dificuldades na compreensão do tema, bem como a sua aplicação e retorno eficientes para a sociedade. Um exemplo é o Cadastro Ambiental Rural (CAR), criado em 2012, mas que ainda não está em funcionamento efetivo, atuando apenas como um cadastro, ou seja, um banco de dados desconexo das demais atividades que poderia exercer caso estivesse em pleno funcionamento.

O registro no CAR é obrigatório para obter os direitos a crédito rural, além de ser autuado pelo sistema se não fornecer as informações exigidas pelo sistema eletrônico. O proprietário terá um tempo para regularização da área de reposição florestal no prazo de 20 anos, devendo cumprir com suas obrigações e com a legislação em vigor e repor as áreas que estão à mercê e cuidar das nascentes e córregos.

Por outro lado, o produtor do campo, precisa produzir sem que tenha que sacrificar o meio ambiente. O que se busca com o novo Código Florestal é a possibilidade de reduzir o impacto ambiental por unidade de atividade produtiva. Somente políticas que introduzam maior eficiência ambiental nas atividades econômicas podem assegurar a compatibilidade entre o crescimento econômico e a sustentabilidade ambiental.

A questão ambiental não pode se resumir a expressões como é proibido, é vedado, não é permitido, ou então a autuações, embargos, interdições, sanções penais. Deve haver a proposta da construção de conhecimentos por meio da análise das situações reais. Essa forma de agir produziria intervenções humanas adequadas às situações singulares.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Lei nº. 12.651, de 2012**. Vade Mecum. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Coleção Legislação brasileira.

BRASIL. **Lei Nº 12.651, de 25 de maio de 2012a**. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm>. Acesso em: 09 maio 2019.

BRASIL. **Lei Nº 12.727, de 17 de outubro de 2012b**. Altera a Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012, que dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; e revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001, o item 22 do inciso II do art. 167 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, e o § 2º do art. 4º da Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012. D.O.U.: 18.10.2012. Disponível em: <<http://www.normaslegais.com.br/legislacao/lei-12727-2012.htm>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

BRASIL. **Decreto Nº 7.830, de 17 de outubro de 2012c**. Dispõe sobre o Sistema de Cadastro Ambiental Rural, o Cadastro Ambiental Rural, estabelece normas de caráter geral aos Programas de Regularização Ambiental, de que trata a Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Decreto/D7830.htm>. Acesso em: 12 maio 2019.

CHUEH, Anderson Mendes; SANTOS, Leonardo | José Cordeiro. **Análise do potencial de degradação ambiental na bacia hidrográfica do rio Pequeno em São José dos Pinhais/Pr, por meio do DFC - diagnóstico físico conservacionista**. RAE GA, Curitiba, n. 10, p. 61-71, 2004.

DIAS, Aline da Silva. **Novo código florestal**. Disponível em: <<https://www.infoescola.com/direito/novo-codigo-florestal/>>. Acesso em: 14 jun. 2019.

INCRA – Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária. Classificação dos imóveis rurais. 2013. Disponível em: <<http://www.incra.gov.br/tamanhopropriedades-rurais>>. Acesso em: 12 maio 2019.

MENESES RIOS, Thiago. **Direito de propriedade, função social e limitações constitucionais**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3919, 25 mar. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/27032>>. Acesso em: 11 jun. 2019.

MAPA – Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. Serviço florestal brasileiro. **O que é o cadastro ambiental rural (CAR)**. Publicado em: 28 nov. 2016. Disponível em: <http://www.florestal.gov.br/inventarioflorestalnacional/?option=com_content&view=article&id=74&Itemid=94>. Acesso em: 15 jun. 2019.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Tradução brasileira de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Direito ambiental esquematizado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SICAR – Sistema Nacional de Cadastro Ambiental Rural. **Para que serve o cadastro ambiental rural**. Disponível em: <<http://www.car.gov.br>>. Acesso em: 14 nov. 2018.

SILVA, Romeu Faria Thomé da. **Manual de direito ambiental**. 9. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2019.

SOUZA, Murilo. **Histórico do código florestal**. Agência Câmara Notícias. Câmara dos Deputados. 14/03/2011. Disponível em: <[https://www2.camara.leg.br/camara/noticias/noticias/MEIO-](https://www2.camara.leg.br/camara/noticias/noticias/MEIO-AMBIENTE/194355HISTORICO-DO-CODIGO-FLORESTAL.html)

[AMBIENTE/194355HISTORICO-DO-CODIGO-FLORESTAL.html](https://www2.camara.leg.br/camara/noticias/noticias/MEIO-AMBIENTE/194355HISTORICO-DO-CODIGO-FLORESTAL.html)>. Acesso em: 18 jun. 2019.

Desenvolvimento socioambiental: posicionamento, compromisso e ações da Administração Pública frente aos desafios do Direito

*Simone Paula Vesolosi*¹

*Carine Pertuzzatti*²

*Nicole Vicenzi Beutler*³

*Elisandra Fabrícia Bernstein*⁴

1 Introdução

Até pouco tempo atrás a questão ambiental não tinha espaço pra discussões e meramente era alvo de preocupação. Contudo, dia após dia este cenário se modificou e as preocupações a nível ambiental ganham espaço dentro da sociedade democrática de Direito. Ademais, apesar da introdução e medidas que engatinham quanto à preocupação ambiental serem uma postura adequada e urgente, ainda são insuficientes, pois ainda há um longo caminho a ser seguido frente a uma série de mudanças que precisam ser efetivadas.

Partindo dessa premissa, é possível perceber que o egocentrismo ainda consiste dentro da sociedade em algumas esferas, atribuindo ao ser humano uma posição de centralidade em relação a todo o universo, onde

¹ Graduanda do 10º semestre do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, URI Campus de Erechim - RS, Membro integrante do projeto de extensão sobre Políticas Públicas de Inclusão Social e Sustentabilidade Econômica e Ambiental - IMED - Passo Fundo, RS. E-mail: simonels17@hotmail.com

² Graduanda do 10º semestre, Curso de Direito - Uri Campus de Erechim, E-mail: carinepertuzzatti@outlook.com

³ Graduanda do 10º semestre, Curso de Direito - Uri Campus de Erechim, E-mail: nicovicenzi@gmail.com

⁴ Graduanda do 10º semestre, Curso de Direito - Uri Campus de Erechim, E-mail: elisandrafabricia@hotmail.com

tudo gira ao seu redor. Muito embora esse sentido de egocentrismo preponderante, é necessário quebra de ruptura e um posicionamento protecionista e ativista em relação ao cuidado com o meio ambiente.

Sendo assim, questiona-se de que modo o desenvolvimento pode ser pautado na sustentabilidade perante o papel e a atuação da administração pública? Em resposta, o trabalho tem como objetivos: verificar qual o posicionamento da administração pública frente à sustentabilidade; analisar algumas ações de cooperação institucional e a breve competência da administração pública; por fim, averiguar os desafios do direito em relação ao quadro socioambiental contemporâneo. O método utilizado foi indutivo, com pesquisa bibliográfica.

2 Posicionamento da administração pública frente à competência ambiental e ao desenvolvimento sustentável

O meio ambiente é complexo, amplo e multifacetado, diante disso, conceituá-lo se torna uma tarefa dificultosa. Portanto, para muitos doutrinadores, o meio ambiente tem um conceito jurídico indeterminado, regido por uma série de princípios, diretrizes e objetivos.

Como essa conceituação de modo geral fica em aberto, na visão de Farias (2017) essa busca pela procura de conceituação deve obedecer a ditames constitucionais, ditames estes, que visam e consagram a real defesa desse bem como valor fundamental e de extrema importância para a humanidade. O autor supramencionado ressalta que a conceituação de meio ambiente deve ser construída a partir da adaptação às exigências sociais e de modo que concretize o desiderato constitucional de efetividade e também de imprescindibilidade. Utilizar o conceito jurídico indeterminado é o mais correto frente à complexidade das mutações que ocorrem na esfera ambiental.

A Lei 6.938/81 que dispõe sobre a Lei⁵ da Política Nacional do Meio Ambiente, no seu artigo 3º preceitua de certo modo o conceito de meio ambiente. Ainda nessa senda, a própria Constituição Federal⁶ de 1988, no artigo 225 consagra o meio ambiente onde todos têm direito de usufruir bem como todos, tanto o poder público e a coletividade tem o dever de proteger, preservar e defender, não somente para a geração atual, mas principalmente para as futuras gerações, proporcionando uma sadia qualidade de vida, equilíbrio e bem estar para a sociedade e para o meio ambiente em si. Nessa linha, o parágrafo 1º deste artigo mencionado traz consigo várias obrigações que o poder público fica incumbido de

⁵ LEI 6.938/81; “Art 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas;[...]”

⁶ CONSTITUIÇÃO FEDERAL DA REPUBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, “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:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

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.

§ 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

§ 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5º São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

§ 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos”.

promover, fiscalizar, verificar entre outros, para assim assegurar o direito ao meio ambiente equilibrado e saudável.

Segundo Fiorillo (2012) o preceito do artigo 225 da Magna Carta vincula a tutela tanto do poder público como de toda a coletividade, entendendo que esta tutela consiste num dever, e não numa norma moral de conduta.

Assim, temos que o art. 225 estabelece quatro concepções fundamentais no âmbito do direito ambiental: a) de que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; b) de que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado diz a respeito à existência de um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, criando em nosso ordenamento o bem ambiental; c) de que a Carta Maior determina tanto ao Poder Público como à coletividade o dever de defender o bem ambiental, assim como o dever de preservá-lo; d) de que a defesa e a preservação do bem ambiental estão vinculadas não só às presentes como também às futuras gerações, (FIORILLO, 2012, p. 67-68).

A promulgação da Constituição de 1988 trata-se de um verdadeiro marco civilizatório, que resulta de uma evolução emergente em relação a aspectos que tangem o respeito e o cuidado com o meio ambiente. Cada indivíduo é responsável por manter a vida no planeta. Ao mesmo tempo em que todos têm o direito de usufruir de um meio ambiente sadio e equilibrado, este direito aduz consigo um dever, onde o direito de ter entra em conexão com o dever de manter, gerando uma responsabilidade recíproca e complementar.

A manutenção do meio ambiente é fator que integra o processo de desenvolvimento sustentável. Contudo, Milaré (2014) deixa claro que o processo que emana enaltecer o desenvolvimento sustentável requer dentro da sociedade um grande número de atores e agentes ambientais comprometidos em fazer acontecer. Essa movimentação de pessoas

comprometidas gera uma porção de pessoas que pensam na efetividade do desenvolvimento sustentável, gera uma onda verde, perfectibilizando uma comunidade sustentável.

Desse modo, importante esclarecer o entendimento de comunidade sustentável, no qual este conceito é muito bem pontuado por Milaré (2014, p. 65- 66):

É aquela que tem as seguintes características:

- a) sua população tem forte senso de comunidade, solidariedade e iniciativa própria para resolução de seus problemas;
- b) possui elevada capacidade de mobilização;
- c) tem pleno conhecimento de seus direitos;
- d) sua participação é intensa nos espaços e fóruns representativos, disponibilizados para o aperfeiçoamento das políticas públicas (conselhos locais e regionais, assembleias);
- e) garante a subsistência por meio de iniciativas próprias;
- f) vivencia processos participativos diversos e consistentes;
- g) constitui-se num elemento ativo e determinante do seu próprio desenvolvimento;
- h) busca soluções simples e adaptações aos recursos e condições de vida disponíveis no ambiente;
- i) seus valores locais são recuperados e preservados, e os conteúdos desses valores vêm a ser difundidos amplamente através da própria linguagem comunitária;
- j) possui forte organização comunitária e de autogestão;
- l) tem uma rede social atuante, formada por grupos sociais ativos;
- m) demonstra possuir elevada vocação produtiva;
- n) é dotada de alto grau de sensibilização para as questões culturais, sociais, econômicas e ambientais;
- o) demonstra elevada capacidade de gestão, o que se reflete no número, na natureza e no desempenho das organizações sociais atuantes na região.

Além de haver uma comunidade comprometida, o poder público deve ser visionário e mantenedor do desenvolvimento sob o cunho socioeconômico interlaçado com o socioambiental.

Diante disso, a Constituição Federal⁷ elenca no art. 23 um conjunto de competências administrativas comum do poder público dentre eles, proteger e preservar o meio ambiente. Inclusive, determina a fixação de normas que gerem a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os municípios para manter e proporcionar o equilíbrio do desenvolvimento e do bem estar em nível nacional.

Já o art. 24 do texto constitucional⁸ menciona a competência concorrente para legislar sobre variadas matérias, dentre essas, legislar sobre o

⁷ CONSTITUIÇÃO FEDERAL DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público;

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;

IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural;

V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência;

V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação;

VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

VII - preservar as florestas, a fauna e a flora;

VIII - fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar;

IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;

X - combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos;

XI - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios;

XII - estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito.

Parágrafo único. Lei complementar fixará normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional”.

⁸CONSTITUIÇÃO FEDERAL DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;

II - orçamento;

III - juntas comerciais;

IV - custas dos serviços forenses;

V - produção e consumo;

VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;

VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico;

direito urbanístico, florestas, caça, pesca, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle de poluição, proteção ao patrimônio histórico, paisagístico dentro outros. Por mais que o caput do artigo refere-se à competência da União, Estados e Distrito Federal, não mencionando os municípios, não os exclui, mas sim, em matéria ambiental vários doutrinadores entendem que a competência do município é em comum com a União e com o Estado, e tem competência legislativa suplementar.

Em resposta disso, Milaré (2014, p. 214) reforça que a “União legislará e atuará em face de questões de interesse nacional, enquanto os Estados o farão diante de problemas regionais, e os municípios apenas diante de interesse estritamente local”.

Todavia, como preceitua a própria legislação, cumpre deixar claro que além do poder público, a sociedade tem o poder, dever e responsabilidade quanto ao cuidado com a questão ambiental. O poder público atua no cuidado em favor da coletividade, da grande esfera pública e a sociedade na esfera dos interesses menores e particulares, contudo, sincronizados com o bem em comum de todos e para todos.

VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IX - educação, cultura, ensino, desporto, ciência, tecnologia, pesquisa, desenvolvimento e inovação;

X - criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas;

XI - procedimentos em matéria processual;

XII - previdência social, proteção e defesa da saúde;

XIII - assistência jurídica e Defensoria pública;

XIV - proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência;

XV - proteção à infância e à juventude;

XVI - organização, garantias, direitos e deveres das polícias civis.

§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§ 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

3 Ações de cooperação institucional e o compromisso ambiental da Administração Pública

De acordo com o entendimento de Amado (2019) o poder público detém um grande potencial capaz de gerar transformações significativas no que tange o meio ambiente.

Para Barata *et al* (2007) o poder público como as instituições e as empresas públicas, tem a missão direta de promover o bem estar da sociedade, e deveriam ser as precursoras para tomar a iniciativa e implantar um sistema eficiente de gestão ambiental. Perfectibilizar essas iniciativas em instrumentos capazes de melhorar o desempenho ambiental repercutiria numa série de vantagens econômicas como exemplo, a redução de custos, diminuição das chances da incidência de ônus imprevisível e indesejável, minimizaria o surgimento de catástrofes devastadoras, enfim, são muitas as vantagens se os órgãos da administração pública assumissem o verdadeiro compromisso de velar pela preservação, conservação e manutenção dos recursos naturais juntamente com a qualidade do meio ambiente.

Como essa necessidade de se preocupar com o meio ambiente ainda é de certa forma nova, tanto para a sociedade bem como para o poder público, essa necessidade acaba se tornando um requisito, um ‘passaporte’ para manter e dar continuidade a vida como um todo em nosso planeta. O passar dos anos exigiu e continua exigindo uma mudança drástica e como resposta a nova realidade, a administração pública busca se reestruturar e criar alternativas para se adequar a realidade ambiental com o propósito de mudar o contexto contemporâneo desestruturado e fragilizado.

Neste íterim, Amado (2019) traz uma série de considerações quanto a esta reestruturação da administração pública, iniciando pela inovação da adoção de

novos conceitos e critérios nas compras públicas e exercer sua responsabilidade como grande consumidor, principalmente pelo poder de compra e análise dos possíveis impactos relacionados, o poder público pode impulsionar o desenvolvimento nacional sustentável. Pode induzir e ampliar a oferta de produtos mais sustentáveis no mercado. Além de impulsionar o consumo sustentável, os governos podem fomentar a inovação, desempenhando um papel importante de desenvolvimento e disseminação de novas tecnologias, (AMADO, 2019, p. 988).

É importante frisar a consideração deste autor quando ele orienta e explicita a importância não somente do papel fundamental diante do fomento mercadológico inovador, com o intuito mais sustentável, bem como a relevância e a preocupação com a “educação, mobilização e conscientização da sociedade de um modo geral”, (AMADO, 2019, p. 988).

Nessa senda, em busca pela inovação, Santos (2017) salienta a mudança começa pela saída da zona de conforto, além da reformulação do sistema atual preexistente. O poder público deve ter a capacidade de sintetizar o ônus e o bônus que toda mudança gera, porém, essa mudança é imprescindível, devendo haver ruptura de padrões antigos e fixados por um novo padrão, mais benéfico, mais adequado e extremamente necessário, mudanças que devem ser trabalhadas no ente público para sensibilizar e espalhar dentro da sociedade.

Amado (2019) salienta que essas mudanças devem ocorrer em prol de um desenvolvimento nacional saudável e sustentável. Ademais, este autor explicita a importância da Agenda Ambiental da Administração Pública, conhecida como A3P, na qual se trata de

um programa que busca incorporar os princípios da responsabilidade socioambiental nas atividades da administração pública, através do estímulo a determinadas ações que vão, desde uma mudança nos investimentos, compras

e contratação de serviços pelo governo, passando a sensibilização e capacitação dos servidores, pela gestão adequada dos recursos naturais utilizados e resíduos gerados, até a promoção da melhoria da qualidade de vida no meio ambiente de trabalho, (AMADO, 2019, p.1002).

Nesse diapasão, Amado (2019) complementa que a A3P tem o objetivo central pautado na sensibilização dos gestores públicos quanto à importância ambiental, e tem o intuito de estimular estes a incorporar princípios e critérios de gestão ambiental no dia a dia, em todas as atividades de rotina, no qual adotem práticas sustentáveis.

Sendo assim, a A3P elenca responsabilidade e tem vários objetivos, contudo, o maior desafio consiste na concretização do que é idealizado em algo que se concretize e se torne sólido, pois, como bem dito a mudança exige uma postura prática e atitudes diferentes.

A A3P é um programa de intenções. Ele motiva e oferece condições para que a administração pública, em todas as instâncias de governo, federal, estadual ou municipal, reflita, debata, e por fim, adote iniciativas visando a sustentabilidade. A A3P atua para que a administração pública implemente uma política de Responsabilidade Socioambiental na forma de programas e projetos adequados ao órgão. Enquanto postura de governo, a A3P sugere aos órgãos públicos que implementem uma agenda que contemple determinadas diretrizes socioambientais, organizadas em seis eixos temáticos:

- 1- Uso racional dos recursos naturais e bem públicos
- 2- Gestão adequada dos resíduos gerados
- 3- Qualidade de vida no ambiente de trabalho
- 4- Sensibilização e capacitação do servidor
- 5- Licitações sustentáveis
- 6- Compras sustentáveis. (AMADO, 2019, p. 1003).

De tal maneira, é importante esclarecer que Amado (2019) considera que os eixos temáticos, retratem e elevem a administração pública a um

patamar de modernidade, preocupada na eficiência de como oferece os serviços à comunidade a qual esta inserida, preocupada com a qualidade e bem estar das pessoas que prestam estes serviços. Além do mais, salienta-se que a A3P deve ser vista como mecanismo e instrumento de transformação da administração pública com o propósito claro de adoção da sustentabilidade socioambiental e com efeitos nítidos e positivos para a coletividade.

Em que pese tais informações bem mencionadas quanto à importância e todos os eixos temáticos de organização da A3P, vale trazer a baila os meios para a implementação. Sendo assim, a administração pública, especificamente os entes públicos que desejam implementar a A3P devem primeiramente:

- A) Criar uma comissão gestora, conforme modelo que a instituiu no Ministério do Meio Ambiente;
- B) Promover o diagnóstico que revele a situação ambiental do órgão nos seis eixos da A3P:
 - 1) levantamento do consumo de recursos naturais;
 - 2) levantamento dos principais bens adquiridos e serviços contratados pela instituição;
 - 3) levantamento das obras realizadas;
 - 4) levantamento das práticas de descarte adotadas pela instituição
 - 5) levantamento de práticas ambientais já adotadas, principalmente com relação ao descarte de resíduos;
 - 6) levantamento das necessidades de capacitação, entre outras, conforme decisão da Comissão gestora.
- C) Elaborar um Plano de Gestão Socioambiental, que deve contemplar objetivos gerais e específicos, responsabilidades, prazos, medidas de monitoramento e recursos disponíveis;
- D) Deverá ser promovida a capacitação de servidores;

E) Promover a avaliação do projeto, a fim de criação de um sistema de avaliação do Plano de Gestão Sustentável pela Comissão Gestora, (AMADO, 2019, p. 1006-1007).

É importante ressaltar, segundo Araújo *et al* (2015) os desafios são muitos, ainda se tem um longo caminho pela frente para que a A3P venha a integrar a responsabilidade socioambiental dentro das decisões estratégicas e faça parte do planejamento das organizações públicas. Para os autores, a A3P é inovadora e retrata as demandas de responsabilidade ambiental que são emergentes, e contextualizada na administração pública, ela se demonstra como uma proposta vanguardista e com grandioso potencial para se tornar diretriz de gestão na esfera pública. Porém, o maior desafio em consolidar a A3P está relacionado com a disponibilidade de investimento a longo prazo, após superar esse desafio será possível propiciar o desenvolvimento sustentável pautado na contribuição de todos e na capacidade de estimular e perpetuar o compromisso duradouro da administração pública com a responsabilidade socioambiental.

Ainda, quanto a A3P, vale consignar a importante colação que Amado (2019) lança em relação à adoção a política dos 5 Rs – Repensar, Reduzir, Reaproveitar, Reciclar e Recusar. Repensando a necessidade de consumo e quais padrões estão sendo adotados tanto de produção bem como de descarte. Reduzindo os desperdícios de modo generalizado, consumindo apenas os produtos necessários e de modo consciente. Reaproveitar o que estiver bom, criar algo novo a fim de utilizar de maneira diferente o produto que seria descartado. Importante também, reciclar, ou seja, transformar o produto usado em outra matéria prima. Por fim, não menos importante, mas saber recusar o consumo desnecessário e produtos que vão ocasionar danos ambientais potencialmente significativos.

É importante a administração pública, os próprios servidores e a sociedade se sensibilizar e de fato conhecer os 5Rs e por em prática. Pequenas atitudes dia após dia proporcionam ganho à sociedade, e essa mudança de atitude gera uma tendência de mudança que abarca a sociedade no geral. Obviamente a mudança não ocorre da noite para o dia, ela é gradativa, mas vai acontecendo naturalmente. Cada vez que o cidadão sente a preocupação, tem a responsabilidade e dever com a qualidade socioambiental, gera ganhos e maximiza boas práticas, além de aumentar as chances de cobrar mudanças de postura de outros cidadãos e do próprio ente público.

Nesse aspecto, Silva *et al* (2017) apontam que a responsabilidade que a administração pública tem na sensibilização, na conscientização e na indução de mecanismos no âmbito ambiental, farão toda a diferença na sociedade e reforçam a relação indissociável do homem e meio ambiente. Deste modo, os autores supramencionados, ressaltam que quanto mais engajada a administração pública estiver com as ações ambientais, mais eficiente e sustentável serão os sistemas operacionais dentro e fora do poder público, com isso, será possível perceber avanços significativos ao que tange o desenvolvimento sustentável, não somente na esfera social e econômica, mas repercutirão indiretamente em toda a convivência entre sociedade e governantes.

4 Desafios do Direito em relação ao meio ambiente e a postura do ente público *versus* coletividade

Segundo Pereira *et al* (2015) diante do atual quadro ambiental visível no país, é necessário que hajam metas definidas e estruturadas através de um planejamento e de um acompanhamento periódico, pois a sustentabilidade e o compromisso socioambiental são de extrema importância na administração pública e vem ganhando força na aplicabilidade que devem

ser conduzidos de modo natural e cultural dentro da sociedade a fim de obter resultados transformadores e positivos a curto, médio e longo prazo.

Milaré (2014) afirma que quanto mais consciente estiver a administração pública e a coletividade, será possível fazer avançar a sociedade em um patamar socioambiental diferenciado e que, por consequência, produzirá resultados duradouros. Na contemporaneidade, o panorama do planeta não é visto com bons olhos, há muita mudança a ser estabelecida e concretizada.

Ao discorrer quanto às ações efetivas relacionadas ao contexto ambiental, toda a preocupação e ruptura do cenário atual e das mudanças que devem ser assumidas pela administração pública, Amado (2019) assevera que a União de fato, se destaca como atuante em relação à questão ambiental, principalmente nas licitações e compras sustentáveis. Todavia, quanto à administração pública estadual e municipal, percebe-se que são mínimas as práticas sustentáveis.

Em *stricto sensu*, a atuação, o poder-dever e a responsabilidade que tange toda a esfera ambiental, não se presume somente a União, ao Estado ou ao Município, ao mesmo tempo em que cada ente tem sua responsabilidade, ambos tem uma responsabilidade solidária, compartilhada, pois o Direito ambiental trata de direitos difusos, e preserva o direito de todos, sem distinção.

Como bem pontua Milaré (2014), a condução para uma gestão ambiental em qualquer esfera, tanto na pública como na particular, decorre de uma metodologia estruturada e ferramentas adequadas a fim de conduzir um planejamento assertivo, que na prática seja contínuo e progressivo, que se renova e se atualiza, além de mobilizar a própria administração pública e a coletividade para alcançar seus intentos.

Como bem difuso e de uso coletivo, o meio ambiente é impessoal e não pode gerir-se por si mesmo, ele carece de proteção. A salvaguarda lhe vem do Poder Público, seu tutor qualificado, já que se trata de patrimônio público. É oportuno lembrar que a tutela administrativa, em muitos casos, encontra ressonância e reforço na Ética e na Moral. Desde as mais remotas culturas e civilizações, exercer a tutela era uma forma de administrar a justiça e velar pelos fracos e indefesos. Em se tratando do meio ambiente, esta observação é plenamente válida, seja pela natureza do bem tutelado e sua fragilidade ecológica, seja em função do interesse e dos aspectos sociais que acompanham a ação tutelar, (MILARÉ, 2014, p. 638).

O desenvolvimento econômico é necessário e imprescindível, com isso, aumenta a responsabilidade e sensibilização da administração pública e de cada cidadão aderindo conceitos, atitudes e mudanças positivas para minimizar impactos ambientais que não são poucos.

Nesse compasso, Sen (2011) acredita que o ajuste de comportamento humano e discussões públicas podem e devem proporcionar mudanças significativas. Cada cidadão tem o poder, o dever e o compromisso de racionalizar sobre os próprios erros e tentar não repeti-los.

Ademais, Milaré (2014) salienta que todos os órgãos da administração pública devem estabelecer critérios proativos e críticos, assumindo decisões políticas e ambientalmente corretas. Planos, programas devem ser postos em prática. Para o autor mencionado, o maior desafio talvez esteja na efetividade de vários programas existentes implementados, cujo não tem plena palpabilidade e existência prática, estando apenas no papel, sem um cumprimento eficaz e visível no mundo fático.

Este é, sem dúvida, um belo desafio para o poder público e para a gestão ambiental. E se trata de um desafio revestido do caráter de urgência das decisões político-administrativas verdadeiramente sábias, porquanto nenhum comandante ou estrategista deve partir para a luta com a aceitação antecipada ou suposta da derrota, (MILARÉ, 2014, 671).

Assim, conforme relata Sen (2010), o uso das tecnologias pode favorecer a sociedade e assim deve ser empregada. A responsabilidade pelo bem-estar deve ser mútua e recíproca. Sendo assim, os atores públicos e as próprias pessoas devem se conscientizar que as coisas estão mudando, saindo do convencional, exigindo uma conjuntura de ações de grande magnitude que impulsionem o desenvolvimento sustentável. Desse modo, “o senso de responsabilidade ecológica é parte de uma nova tendência que transpõe teoria e prática”, (SEN, 2010, p. 66). A partir do momento que o ser humano desenvolve a capacidade de pensar, valorizar e agir, será possível conceber o cidadão como agente, em vez de meramente recipiente, tornando as discussões ambientais mais críticas e ampliando o entendimento da real situação socioambiental.

Nesta seara, Guimarães e Camargo (2011) afirmam que o contexto político exige novos atores que levem em conta a igualdade, a liberdade, a solidariedade e a qualidade de vida. Sendo assim, a intervenção da administração pública e a ação decisiva do Estado em regular e regulamentar a gestão socioambiental com regras claras e transparentes é imprescindível e se mostra essencial para efetivar a demanda desse segmento. Propiciar a sustentabilidade institucional, canais de facilitam a interlocução entre sociedade e Estado, legitimidade e garantia na participação da construção das políticas públicas e continuidade destas, ações e instrumentos jurídicos claros e efetivos, sustentabilidade dos recursos humanos, criação de salvaguardas contra a descontinuidade por meio de colegiados, responsabilizar e gerar comprometimento dos tomadores de decisões, avaliar periodicamente os impactos das políticas públicas efetivadas, dentre outras medidas envolvem a atuação da administração pública, de cada pessoa, da sociedade em si, exige além da persistência, a inovação e o ativismo.

Para os autores supramencionados, os desafios são vários, mas deve preponderar a importância e a fragilidade que o meio ambiente tem diante da sociedade e para todo o contexto social, econômico, ecológico e ambiental, estas devem ser as motivações a serem levadas em conta e sopesadas na busca e na luta por um Estado de Direito e de justiça sensibilizado e comprometido com o cuidado, com a preservação e a manutenção socio-ambiental.

Nesse viés, Sen (2011) ressalta que o desenvolvimento do meio ambiente é fundamental, contudo não se trata apenas de preservação, mas de uma busca ativa, no poder de intervir com eficácia e com raciocínio, e tudo isso começa com ações que mudam o cenário:

a disseminação da educação escolar e as melhorias em sua qualidade podem nos tornar ambientalmente mais conscientes. Uma melhor comunicação e uma mídia mais ativa e bem informada podem nos tornar mais conscientes da necessidade de pensar com orientação ambiental. (SEN, 2011, p. 283).

Desse modo, é importante que se haja iniciativa e participação efetiva nas questões e ações ambientais por parte do poder público. Assim, Sen (2010) em outra obra de grande expressividade enfatiza que o maior desafio é o fortalecimento do comprometimento e do processo de participação, não sendo uma causa insignificante, onde poder público e instituições devem desempenhar um papel inspirador e transformador, juntamente com o esforço compromissado de cada cidadão, de Ongs e da mídia.

Todo o contexto que envolve a atuação da administração pública em si vai além dela, pois envolve a atuação também de cada cidadão, exigindo muito mais que persistência, exige mudança de postura no modo de agir e pensar e além do mais, exige efetivamente o comprometimento em fazer acontecer, em instaurar uma mudança significativa capaz de demonstrar

e promover uma onda positiva, resignificando o cenário socioambiental fragilizado.

Considerações finais

O cuidado com o meio ambiente além de importante é imprescindível. Obviamente cada cidadão tem o compromisso de manter a proteção e ser responsável frente às questões ambientais, mas, a administração pública tem o papel primordial em efetivar a legislação vigente, fiscalizar, criar políticas públicas entre outras atividades de proteção e minimização dos impactos ambientais.

A conscientização e a utilização dos recursos naturais deve se pautar nos princípios ecológicos a fim de propiciar uma vida digna para todo o ser vivo, onde o interesse econômico não prevaleça sobre o interesse de sobrevivência da sociedade e do próprio planeta em si. Compatibilizar a questão ambiental com o avanço e o desenvolvimento pressupõe considerar os problemas gerados ao meio ambiente dentro de um planejamento minucioso e adequado às exigências de ambos, observando a inter-relação a cada cenário político, econômico, sociocultural e ambiental.

No concernente ao tema, resta cristalino que o meio ambiente é um direito de todos e ao mesmo tempo ele é indivisível, transindividual. Forçoso concluir que, diante do panorama até aqui exposto, à realidade ambiental é mutante, evolutiva e merece a atenção de todo o cidadão, em especial da administração pública, haja vista deter poderes, voz para se pronunciar e vez para criar meios que proporcionem a escuta da coletividade por meio de políticas públicas.

Como a administração detém poderes que somente é conferido a ela, cabe se posicionar e fazer o uso de todas as artimanhas para se adequar e

fazer efetivar os princípios, premissas, normas e tudo o que estiver ao alcance e que venha somar positivamente ao contexto socioambiental.

Por fim, resta claro que os desafios são variados, mas não infinitos, e diante disso, devem prevalecer os princípios e a real significância que o meio ambiente e a questão socioambiental tem para a administração pública e para a sociedade democrática que deve presar para manter a sadia qualidade de vida e todas as prerrogativas para garantir a efetividade, o comprometimento, o compromisso e o cuidado socioambiental para a atual e para as futuras gerações.

Referências

AMADO, Frederico. **Direito ambiental**. 10^o ed. Ver., atual e ampl. Salvador: Juspodivm, 2019.

ARAÚJO, Carolina Lopes; LUDEWIGS, Thomas; CARMO, Eliane Almeida do. **A agenda ambiental na administração pública: desafios operacionais e estratégicos**. Disponível em: file:///D:/Dados%20PC/Downloads/2554-Texto%20do%20artigo-23827-1-10-20151005.pdf. Acesso em 30 jul. 2020.

BARATA, Martha Macedo de Lima; KLIGERMAN, Débora Cynamon; GOMEZ, Carlos Minayo. **A gestão ambiental no setor público: uma questão de relevância social e econômica**. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232007000100019#:~:text=A%20gest%C3%A3o%20ambiental%20na%20administra%C3%A7%C3%A3o%20op%C3%BAblica&text=Visa%20a%20colocar%20as%20empresas,de%20oservi%C3%A7os%20dos%20%C3%B3rg%C3%A3os%20governamentais. Acesso em 25 jul. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 09 jan. 2020.

BRASIL. **Lei 6.938, de 31 de Agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Diário Oficial da União: República Federativa do Brasil, DF, 31 ago. 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm. Acesso em 08 jan. 2020.

FARIAS, Talden. **Uma perspectiva constitucional do conceito de meio ambiente**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-out-07/ambiente-juridico-perspectiva-constitucional-conceito-meio-ambiente>. Acesso em 25 jul. 2020.

GUIMARÃES, Ana Paula Fonseca Valadares; CAMARGO, Serguei Aily Frando de. **Consumo e sustentabilidade: um desafio para a administração pública**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-ambiental/consumo-e-sustentabilidade-um-desafio-para-a-administracao-publica/>. Acesso em 31 jul. 2020.

MILARÉ, Édís. **Direito do ambiente**. 9 ed. Ver., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

PEREIRA, João Paulo; MARCOMINI, Gilson Rogério; BENEDITO, Camila ZAZINI, PEREIRA, Roselaine Ferreria Rodrigues; GONÇALVES, Mônica Maria. **O desafio da sustentabilidade na administração pública**. Disponível em: http://revistapensar.com.br/administracao/pasta_upload/artigos/a113.pdf. Acesso em 31 jul. 2020.

SANTOS, José Carlos Mota dos. **Desafios da implementação da agenda ambiental na administração pública (A₃P): O caso da Pernambuco participações e investimentos S/A**. Disponível em: <file:///D:/Dados%20PC/Downloads/2802-12624-1-PB.pdf>. Acesso em 25 jul. 2020.

SILVA, Irene Aparecida dos Santos da; SILVA JUNIOR, Igor Pereira da. **Agenda ambiental da administração pública: uma análise da aplicabilidade da gestão do uso racional dos recursos naturais e bens públicos**. Disponível em: https://app.uff.br/riuff/bitstream/1/11938/1/Igor_Irene_AC.pdf. Acesso em 30 jul. 2020.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. 5^o Reimpressão. São Paulo: Companhia de Letras, 2011.

SEN, Amartya. **As pessoas em primeiro lugar**: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado. Tradução Bernardo Ajzenberg, Carlos Eduardo Lins da Silva. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

Do bem de família: surgimento, instituição e exceções à impenhorabilidade

*Alessandra Regina Biasus*¹

*Evandro Carlos Schenatto*²

1 Introdução

No Direito brasileiro, o bem de família é o imóvel de um casal, ou de uma entidade familiar, que, por proteção legal, não pode ser penhorado. Desse modo, o bem de família é tido como a propriedade destinada à residência e moradia da família que recebe o benefício da impenhorabilidade, ou seja, este bem não pode ser penhorado e não pode sofrer nenhuma forma de apreensão. E assim não responde por dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam.

Nesta senda, esta pesquisa se traduz num estudo a respeito do instituto da impenhorabilidade do bem de família, desde sua origem, trazendo conceito sobre o assunto abordado, formas e exceções do instituto, além de referenciar o entendimento jurisprudencial e as mudanças que o mesmo vem sofrendo nos julgados dos tribunais superiores.

¹ Graduada em Direito, Especialista em Administração e Direito na Gestão Pública, Professora da Uri – Campus de Erechim. E-mail: alebiasus@hotmail.com

² Graduando do Curso de Direito, Uri – Campus de Erechim. E-mail: evandro.ere@hotmail.com

Desse modo, o conteúdo que tange a pesquisa foi realizado em artigos, dissertações, livros e site relacionados ao tema, utilizando a metodologia indutiva e o método analítico-descritivo. Buscou-se de modo simples, numa pesquisa não exaustiva, aclarar questões a respeito de um tema tão abrangente e de extrema importância para cada ser humano.

2 Do bem de família

Trata-se de um instituto jurídico com intuito de proteção do direito de moradia, garantindo asilo da entidade familiar. Neste interim, este bem de família pode ser conceituado como o imóvel utilizado como residência da entidade familiar, decorrente de casamento, de uma união estável, da própria entidade monoparental, ou entidade de outra origem, protegido por previsão legal específica.

2.1 Conceito do instituto do bem de família

O instituto jurídico do bem de família é bastante moderno no Direito, e seu objetivo é proteger a habitação da família, família esta, que é considerada pela nossa Constituição, como base da sociedade. O bem de família é na verdade um direito, não se confundindo com a residência sobre o qual incide.

O bem de família pode ser conceituado como o imóvel utilizado como residência da entidade familiar, decorrente de casamento, união estável, entidade monoparental, ou entidade de outra origem, protegido por previsão legal específica (Lei nº 8.009/90). A impenhorabilidade em regra, é o elemento fundamental do instituto do Bem de Família, sendo o bem resguardado contra execução por dívidas. Na realidade jurídica nacional faz-se interpretação extensiva da proteção da moradia para atingir o imóvel

onde reside pessoa solteira, separada ou viúva de acordo com o entendimento Superior Tribunal de Justiça exarado na Súmula 364.

De acordo com Azevedo, o bem da família é “um meio de garantir um asilo à família, tornando-se um imóvel onde a mesma instala domicílio impenhorável e inalienável, enquanto forem vivos os cônjuges e até que os filhos completem sua maioridade”. (AZEVEDO, 2010, p. 80).

A Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990, que dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família, também define um conceito do instituto:

Art. 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, (grifo nosso) é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei. (BRASIL, 1990).

O conceito, segundo o Código Civil em seu Art. 1.712:

O bem de família consistirá em prédio residencial urbano ou rural, com suas pertenças e acessórios, destinando-se em ambos os casos a domicílio familiar, e poderá abranger valores mobiliários, cuja renda será aplicada na conservação do imóvel e no sustento da família. (BRASIL, 2002).

2.2 História do instituto do bem de família.

Ao contrário dos vários institutos jurídicos existentes no direito, o bem de família não tem sua origem no antigo direito romano, sua origem é bem mais recente, é do direito americano, remonta a metade do século XIX, e, segundo (AZEVEDO, 2010, p.12), “após saírem do domínio da Inglaterra, os Estados Unidos era um território pobre, mas que tinha um solo muito fértil, em que sua civilização aproveitou destas riquezas para favorecer o crescimento e desenvolvimento econômico”.

Em determinado momento o Texas ficou independente do México, anexou-se aos Estados Unidos, e promulgou-se então a *Lei Homestead Exemption Act*, permitindo que ficasse isenta de penhora a pequena propriedade, sob a condição de sua destinação à residência do devedor. (AZEVEDO, 2010).

Sistemas similares também foram adotados em países como a Suíça, Espanha, Portugal e Chile, claro que sempre adaptando as peculiaridades locais.

No Brasil esta ideia surgiu no ano de 1900, porém somente no ano de 1916 o instituto do bem de família foi introduzido no Código Civil, no Livro II, intitulado “Dos Bens”. Posteriormente o Decreto Lei nº 3.200/41, também tratou da matéria.

Alguns dispositivos legais posteriores também começaram a tratar do bem de família, como a Lei nº 6.015/73 (Lei dos Registro Públicos), e o Código de Processo Civil de 1973.

A constituição Federal de 1988 dispõe em seu art. 5º, XXVI, o seguinte: “a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento”, ampliando assim o conceito para a propriedade rural. (BRASIL, 1988).

Já o Art. 4º, da Lei nº 8.009/90, em seu § 2º reforça, disciplina e limita a respeito da propriedade rural, vejamos:

Art. 4º...

[...]

§ 2º - Quando a residência familiar constituir-se em imóvel rural, a impenhorabilidade restringir-se-á à sede de moradia, com os respectivos bens móveis, e, nos casos do art. 5º, inciso XXVI, da Constituição, à área limitada como pequena propriedade rural. (BRASIL, 1990).

Em 1990 com a Lei nº 8.009/90, surge o chamado “Bem de Família Obrigatório”, uma imposição do Estado, decorrente da lei, independente de vontade das partes, com intuito de resguardar o imóvel que abriga o casal ou a entidade familiar, e, sobretudo proteger juridicamente a sua moradia.

O Código Civil de 2002, trata da matéria nos Arts. 1.711 a 1.722, e descreve a forma de implantação do Bem de Família Voluntário ou Convencional.

Art. 1.711. Podem os cônjuges, ou a entidade familiar, mediante escritura pública ou testamento, destinar parte de seu patrimônio para instituir bem de família, desde que não ultrapasse um terço do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição, mantidas as regras sobre a impenhorabilidade do imóvel residencial estabelecida em lei especial.

Parágrafo único. O terceiro poderá igualmente instituir bem de família por testamento ou doação, dependendo a eficácia do ato da aceitação expressa de ambos os cônjuges beneficiados ou da entidade familiar beneficiada.

Art. 1.712. O bem de família consistirá em prédio residencial urbano ou rural, com suas pertenças e acessórios, destinando-se em ambos os casos a domicílio familiar, e poderá abranger valores mobiliários, cuja renda será aplicada na conservação do imóvel e no sustento da família.

Art. 1.713. Os valores mobiliários, destinados aos fins previstos no artigo antecedente, não poderão exceder o valor do prédio instituído em bem de família, à época de sua instituição.

§ 1º Deverão os valores mobiliários ser devidamente individualizados no instrumento de instituição do bem de família.

§ 2º Se se tratar de títulos nominativos, a sua instituição como bem de família deverá constar dos respectivos livros de registro.

§ 3º O instituidor poderá determinar que a administração dos valores mobiliários seja confiada a instituição financeira, bem como disciplinar a forma de pagamento da respectiva renda aos beneficiários, caso em que a responsabilidade dos administradores obedecerá às regras do contrato de depósito.

Art. 1.714. O bem de família, quer instituído pelos cônjuges ou por terceiro, constitui-se pelo registro de seu título no Registro de Imóveis.

Art. 1.715. O bem de família é isento de execução por dívidas posteriores à sua instituição, salvo as que provierem de tributos relativos ao prédio, ou de despesas de condomínio.

Parágrafo único. No caso de execução pelas dívidas referidas neste artigo, o saldo existente será aplicado em outro prédio, como bem de família, ou em títulos da dívida pública, para sustento familiar, salvo se motivos relevantes aconselharem outra solução, a critério do juiz.

Art. 1.716. A isenção de que trata o artigo antecedente durará enquanto viver um dos cônjuges, ou, na falta destes, até que os filhos completem a maioridade.

Art. 1.717. O prédio e os valores mobiliários, constituídos como bem da família, não podem ter destino diverso do previsto no art. 1.712 ou serem alienados sem o consentimento dos interessados e seus representantes legais, ouvido o Ministério Público.

Art. 1.718. Qualquer forma de liquidação da entidade administradora, a que se refere o § 3^o do art. 1.713, não atingirá os valores a ela confiados, ordenando o juiz a sua transferência para outra instituição semelhante, obedecendo-se, no caso de falência, ao disposto sobre pedido de restituição.

Art. 1.719. Comprovada a impossibilidade da manutenção do bem de família nas condições em que foi instituído, poderá o juiz, a requerimento dos interessados, extingui-lo ou autorizar a sub-rogação dos bens que o constituem em outros, ouvidos o instituidor e o Ministério Público.

Art. 1.720. Salvo disposição em contrário do ato de instituição, a administração do bem de família compete a ambos os cônjuges, resolvendo o juiz em caso de divergência.

Parágrafo único. Com o falecimento de ambos os cônjuges, a administração passará ao filho mais velho, se for maior, e, do contrário, a seu tutor.

Art. 1.721. A dissolução da sociedade conjugal não extingue o bem de família. Parágrafo único. Dissolve a sociedade conjugal pela morte de um dos cônjuges, o sobrevivente poderá pedir a extinção do bem de família, se for o único bem do casal.

Art. 1.722. Extingue-se, igualmente, o bem de família com a morte de ambos os cônjuges e a maioridade dos filhos, desde que não sujeitos a curatela. (BRASIL, Código Civil, 2002).

2.3 Bem de família legal ou obrigatório e convencional ou voluntário

O Bem de Família Legal ou Obrigatório está disciplinado na Lei nº 8.009/90, e determina que o imóvel residencial próprio de uma entidade familiar, bem como seus acessórios, são impenhoráveis e não responderão por qualquer dívida, sendo assim considerados “bens de família” por lei e não por vontade das partes.

Já o Bem de Família Convencional ou Voluntário é aquele que a família escolhe para ser seu bem protegido, depende de ato voluntário, ou seja, os interessados devem declarar a fim de gerar a impenhorabilidade.

Vale dizer, que em que pese um bem de família seja impenhorável, existem possibilidades de penhora em determinados casos que iremos tratar mais adiante.

2.4 Forma de instituição

A instituição do Bem de Família Voluntário ou Convencional se dá por escritura pública ou testamento, pode ser declarada pelos cônjuges, pela entidade familiar ou por terceiro. Quando for instituído por terceiro os cônjuges devem aceitar expressamente o benefício.

Mesmo em casos de imóvel com valor inferior a trinta salários mínimos a forma de instituição deve ser pela escritura pública ou testamento, de acordo com o preceito do Art. 108 do Código Civil que menciona a possibilidade de dispensa da escritura pública, salvo quando expresso em lei; vejamos:

Art. 108. Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência,

modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País. (BRASIL, 2002).

Já o Bem de Família Legal ou Obrigatório, o que determina sua impenhorabilidade é a lei, não depende de escritura e nem de registro, existe como forma de proteção ao princípio da dignidade da pessoa humana, assegurando um mínimo de direitos patrimoniais.

3 Exceções à impenhorabilidade

O Art. 3º da Lei 8.009/90 descreve em cada um de seus incisos as exceções à impenhorabilidade, vejamos:

Art. 3º. A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza salvo se movido:
I - revogado (pela Lei Complementar nº 150 de 2015);
II - pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato. (BRASIL,1990).

A edificação, com base em empréstimo contraído em instituição financeira, seja para adquirir, construir, reformar ou ampliar, não isenta o imóvel de penhora na execução por inadimplência do respectivo empréstimo.

O inciso III, do Art. 3º, da Lei 8.009/90 descreve outra situação de exceção:

III - pelo credor da pensão alimentícia, resguardados os direitos, sobre o bem, do seu coproprietário que, com o devedor, integre união estável ou conjugal, observadas as hipóteses em que ambos responderão pela dívida. (BRASIL, 1990).

O credor de pensão alimentícia, seja decorrente de alimentos convencionais, legais ou indenizatórios, pode, em processo de execução pleitear a penhora e conseqüente venda em hasta pública. A respeito dos alimentos indenizatórios, a questão não é pacífica, muito embora tende ao entendimento pela exceção a impenhorabilidade.

Esse inciso justifica-se, pois, a satisfação da necessidade alimentar é mais importante que a de moradia, ainda assim, não importa se os alimentos não serem destinados para atender diretamente as necessidades primárias da vida, ocorrerá a exceção a impenhorabilidade do imóvel se os alimentos forem direcionados à manutenção da condição socioeconômica ou do status do alimentando.

O inciso IV, do Art. 3º, da Lei 8.009/90 prevê a seguinte exceção: “IV - para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar”. (BRASIL, 1990).

Quando há menção às contribuições relativas ao imóvel, segundo a jurisprudência, estão incluídas as dívidas decorrentes do condomínio, já que este inciso trata das obrigações *propter rem*.

Devemos observar ainda o Art. 184 do Código Tributário Nacional, que prevê que mesmo com cláusula de inalienabilidade ou impenhorabilidade o imóvel servirá para pagar dívida tributária. A exceção aqui se refere ao IRPF, pois este não tem relação com o imóvel, agora se a dívida for decorrente de IPTU o proprietário corre o risco de perder seu bem de família em processo de execução. (BRASIL, 1966).

O inciso V, do Art. 3º, da Lei 8.009/90 destaca a seguinte exceção: “V - para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar”. (BRASIL, 1990).

Situação em que o devedor, na constituição de um contrato de mútuo, oferece seu bem de família como garantia real. O STJ tem afastado a penhora nos casos de hipoteca oferecida por membro da família visando

garantir dívida de sua empresa individual, exceto em casos que a dívida é no interesse de ambos os cônjuges ou de toda a entidade familiar.

Outra exceção à regra é os casos de pequena propriedade rural, dada em garantia, o STJ dando interpretação restritiva, concluiu que a norma não encontra proteção, visto que vai contra o Art. 5º, XXVI da Constituição Federal:

XXVI - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento. (BRASIL, 1988).

No inciso VI, do Art. 3º, da Lei 8.009/90 descreve a seguinte exceção: “VI - por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens”. (BRASIL, 1990).

Se o bem de família foi adquirido com produto do crime, não resta dúvida que o mesmo responde em sua totalidade, dada a origem criminosa dos valores despendidos em sua aquisição, tratando-se apenas de execução de sentença penal condenatória a ressarcimento ou indenização devida por um dos membros da entidade familiar, por ela somente responde a sua parte ideal, já que os demais não participaram da prática do ato delituoso. O perdimento de bens, da mesma forma, somente atingirá a parte ideal do condenado criminalmente.

O inciso VII, do Art. 3º, da Lei 8.009/90 prevê outra exceção, vejamos: “VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação”.

Este inciso foi acrescentado pela Lei nº 8.245/91 (Lei do Inquilinato), objetivando viabilizar as locações em geral, e, sempre foi motivo de

divergência entre doutrina e jurisprudência. A problemática foi muito debatida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) entre os anos de 2005 e 2006.

O então Ministro Carlos Velloso entendia pela inconstitucionalidade da norma como podemos ver na obra de TARTUCE:

O primeiro argumento é a festejada proteção da moradia e da dignidade humana, retiradas do art. 6.º do Texto Maior. O segundo argumento é a lesão à isonomia e à razoabilidade, uma vez que o locatário, devedor principal, não perde o bem de família, ao contrário do fiador. Ora, sabe-se que a fiança é contrato acessório e, como tal, não pode trazer mais obrigações que o contrato principal. (TARTUCE, 2015, p. 164).

Porém, em fevereiro de 2006, por maioria de votos o plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu pela constitucionalidade da norma, na síntese de TARTUCE:

Primeiro, porque a lei do bem de família é clara ao prever a possibilidade de penhora do imóvel de residência de fiador de locação de imóvel urbano, sendo esta regra inafastável. Em suma, quando o fiador assina o contrato sabe que pode perder o bem de família. Ademais, entendeu-se que a norma protege o mercado imobiliário, devendo ainda ter aplicação, nos termos do art. 170 da CF/1988. (TARTUCE, 2015, p. 164).

Em relação ao Inciso VII da Lei nº 8.009/90 a posição doutrinária do autor (TARTUCE), é clara no sentido de se declarar a norma “inconstitucional” e “desequilibrada”, não devendo prevalecer no sistema jurídico nacional.

Ainda como exceção a impenhorabilidade, o Art. 4º da Lei 8.009/90 dispõe que:

Art. 4º Não se beneficiará do disposto aquele que estando insolvente, adquire de má-fé imóvel mais valioso para transferir a residência familiar, desfazendo-se ou não da moradia antiga.

§ 1º Neste caso, o juiz poderá, na respectiva ação do credor, transferir a impenhorabilidade para a moradia familiar anterior, ou anular-lhe a venda, liberando a mais valiosa para execução ou concurso, conforme a hipótese. (BRASIL, 1990).

Proteção essa, no sentido de garantir o princípio da boa fé dos negócios jurídicos, e como forma de prevenir fraude a credores, desde que devidamente comprovada.

Estabelece ainda, em seu parágrafo 2º que:

[...] §2º Quando a residência familiar constituir-se em imóvel rural, a impenhorabilidade restringir-se-á à sede de moradia, com os respectivos bens móveis, e, nos casos do art. 5º, inciso XXVI, da Constituição, à área limitada como pequena propriedade rural. (BRASIL, 1990).

Nesse sentido foi o voto da Ministra Nancy Andrichi no julgamento do REsp 1.299.580/RJ em 2012:

Não há, em nosso sistema jurídico, norma que possa ser interpretada de modo apartado aos cânones da boa-fé. Todas as disposições jurídicas, notadamente as que confirmam excepcionais proteções, como ocorre com a Lei 8.009/1990, só têm sentido se efetivamente protegerem as pessoas que se encontram na condição prevista pelo legislador. Permitir que uma clara fraude seja perpetrada sob a sombra de uma disposição legal protetiva implica, ao mesmo tempo, promover uma injustiça na situação concreta e enfraquecer, de maneira global, todo o sistema de especial de proteção objetivado pelo legislador. (BRASIL, 2012).

Percebe-se que a proteção da lei não pode ser forma de garantir injustiças, e o entendimento dos julgadores muda com o decorrer do tempo.

Considerações finais

A impenhorabilidade do bem de família constitui proteção ao direito de moradia em sentido mais amplo (propriedade mais moradia), direito disponível, que pode ser relativizado em confronto com institutos de maior valoração, nesse sentido surgem os conflitos, sendo o mais recente no plano jurídico o conflito com o instituto da fiança.

O entendimento pacífico da jurisprudência era no sentido da possibilidade da penhora do imóvel bem de família quando este servir de garantia em contratos de locação, independentemente de residencial ou comercial.

Nas locações residenciais esse entendimento não mudou, apenas nas locações comerciais, depois do julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 605.709 SP, que se adotou esse posicionamento, posicionamento este possível de sofrer alteração, visto que o acórdão partiu de uma das Turmas do STF, não estando sumulado.

Existe a possibilidade de que seja invocado o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, visto a quantidade de processos que possam ter entendimento alterado depois deste acórdão, portanto passível de se mudar o entendimento, ou que possa ser emitida uma súmula nesse sentido.

Compreende-se que o Direito está em constante evolução, reage sempre que provocado, nos forçando a encontrar formas de adequar cada situação com intuito de garantir segurança jurídica na elaboração de contratos e em todos os negócios jurídicos.

Referências

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de Família**: com comentários a Lei 8.009/90. 1 ed. São Paulo: Atlas. 2010.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 de out. 2019.

BRASIL. **Decreto lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941**. Institui o Bem de Família. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3200.htm. Acesso em: 17 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm. Acesso em: 19/12/2019.

BRASIL. **Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990**. Dispõe sobre a Impenhorabilidade do Bem da Família. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8009.htm. Acesso em: 17 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991**. Institui a Lei do Inquilinato. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245.htm. Acesso em: 17 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 17 ago. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). **SÚMULA 364**. EMENTA: O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúva. 15 de outubro de 2008. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#TIT1TEMA0>. Acesso em 06 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3 Turma). **REsp 1.299.580/RJ**. Desconsideração da personalidade jurídica; Penhora e alegação de bem de família. Recorrente: Tito Donati. Recorrido: Reinaldo Valadares Theodoro. Min. Nancy Andrighi, 20 de março de 2012. Disponível em: http://www.gaeta.eng.br/e107_files/downloads/protecao-bemfamilia.pdf. Acesso em: 14 out. de 2019.

TARTUCE, Flávio. **Teoria Geral dos contratos e contratos em espécie**. 10^a ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. Volume único. 5^a ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

Sistema de *compliance* na Administração Pública: desafios e implicações

*Karine Kostuczenko*¹
*Giana Lisa Zanardo Sartori*²

1 Introdução

A falta de integridade e ética nunca foram tão notórias como no momento atual, em que notícias de corrupção e fraude envolvendo o relacionamento entre o público e privado, trazem para evidência a falta de uma política corporativa que visam minimizar e até resolver essas questões, as quais deixam de ser problemas locais e passam a ser um problema mundial.

Quanto a Administração Pública e empresas privadas, apenas em 2013, o Brasil cria a Lei 12.846, que é a Lei Anticorrupção, trazendo questões das empresas em relação ao sistema administrativo, na prevenção dos crimes praticados contra a Administração Pública, incentivando as empresas a criarem programas de controle interno e auditorias, e o *compliance* surge como método para minimizar e controlar atos ilícitos e fraudes dentro das empresas.

1 Graduada do Curso de Direito na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - Uri Erechim. Endereço Eletrônico: karinekostuczenko@hotmail.com

2 Orientadora da pesquisa, professora do Curso de Direito na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - Uri Erechim, Doutora em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI - Campus de Santo Ângelo/RS. Endereço Eletrônico:sgiana@uricer.edu.br

Especificamente ao que se refere à Administração Pública, ainda há muitos questionamentos e um longo caminho a ser percorrido para que métodos e sistemas anticorrupção sejam instalados e efetivos e, mais do que isso, sejam aceitos. Sendo assim, nos vemos diante de uma grande controvérsia, pois a administração pública pune atos ilícitos, mas não dá exemplo aplicando a mesma lei, ou o mesmo sistema em sua gestão, com métodos preventivos.

Assim, o objetivo da pesquisa é analisar a legislação existente acerca da matéria, ou seja, a Lei 12.846 de 2013, bem como o sistema de *compliance*, a Administração Pública e seus princípios, para posterior análise de aplicação deste sistema e sua funcionalidade, vantagens ou desvantagens. Ainda, para avaliar porque não está sendo suficiente para coibir, as condutas criminosas de corrupção e como encontrar meios para resolução dessa problemática. Para tanto, utiliza-se o método dedutivo, através de pesquisa qualitativa, por meio de procedimentos técnicos bibliográficos.

Para tanto, o artigo inicia apresentando noções sobre a Lei anticorrupção passando pela conceituação do *compliance* e histórico, destacando os seus fundamentos. Na sequência analisa as implicações para a aplicação do sistema de *compliance* na Administração Pública, vantagens e desvantagens, sem deixar de enfatizar questões éticas e morais que envolvem esta discussão, e uma possível solução para a situação em questão.

2 Legislação anticorrupção: Lei 12.846 de 2013

Importante nesta contextualização trazer a ideia de corrupção, que por sua complexidade não se conceitua de uma única forma, pois depende de onde está inserida, podendo ser um simples ato de “furar fila”, até um ato ilícito maior, não se limita apenas a grandes fenômenos, tratando do crime organizado, da fraude e do suborno, pequenos desvios cotidianos,

também são classificados como corrupção, e acabam passando despercebidos aos nossos “olhos viciados”, como se a sociedade se acostumassem a conviver com o errado.

Outra definição importante e que se relaciona com o objeto de pesquisa é dada pelo Banco Mundial (1997), que define a corrupção como “o abuso do cargo público para benefício privado”, relacionando-a, a prática de atos ilícitos e fraudes dentro da administração pública, que envolve funcionários públicos. Outrossim, no ordenamento jurídico brasileiro penal, existe indiretamente uma definição de corrupção ativa e passiva, nos artigos 317 e 333 do Código Penal respectivamente:

Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:

Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício: (BRASIL,1940)

Em ambos os casos, tanto na ativa quanto passiva, quem sai prejudicado é o cidadão, havendo uma inversão de valores, em que alguns obtêm vantagens, condicionando a atuação pública aos estímulos ilegais fornecidos aos agentes públicos. No Brasil, segundo afirma Araújo (1996) a definição de corrupção tem uma forte ligação com o setor público, espaço onde mais casos ocorrem.

A corrupção no Brasil não se encontra em níveis de término. Segundo dados do relatório sobre a corrupção, a Transparência Internacional (2019) destaca que o Brasil ocupa hoje a 106^a lugar nas posições no chamado Índice de Percepção de Corrupção (IPC)³ entre os 180 países, e a

³ O Índice de Percepção da Corrupção (IPC) é a mais duradoura e abrangente ferramenta de medição da corrupção no mundo. Ela existe desde 1995 e reúne resultados de 180 países e territórios. A pontuação indica o nível percebido de corrupção no setor público numa escala de 0 a 100, em que o (zero) quer dizer que o país é considerado altamente corrupto e 100 (cem) que o país é considerado muito íntegro.

pontuação do Brasil é 35 pontos, em uma escala de 0 a 100, nas percepções. Enquanto no ano 2016, pontuava 40, já no ano de 2018, possuía 35 pontos e ocupava a 105ª posição entre os 180 países, mantendo a pontuação em 2019.

Sendo assim, a corrupção é ainda um grave problema a ser resolvido, alcançando altos índices e, mesmo que não exista corrupção zero, faz-se necessário criar e fortalecer mecanismos que previnam e monitorem e mais do que isso, que controlem a corrupção na administração pública, com o objetivo maior de reduzir a percepção de impunidade por meio de uma justiça mais rápida e eficiente, reduzindo assim comportamentos oportunistas.

Surgem então diversas regulamentações que visam combater ou minimizar a corrupção, como a Lei 12.846 de 2013 que em nosso país, regulamenta o sistema de *compliance*, criada em 1º de agosto de 2013, trazendo a responsabilização objetiva das pessoas jurídicas, em relação a desvio de condutas e fraudes.

No Brasil, após a observação deste panorama, a OCDE recomendou uma reforma legislativa para a responsabilização das pessoas jurídicas pelos delitos de imoralidade administrativa que envolvessem funcionários públicos estrangeiros, e, portanto, em 2013 o Brasil aprovou a Lei 12.846, que é a Lei Anticorrupção, que trata em seu parágrafo único, a quem se aplica.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta Lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente. (BRASIL, 2013)

Tratando-se, portanto, a aplicabilidade desta lei às sociedades empresárias, às sociedades simples, bem como, a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, brasileiras ou estrangeiras mesmo que constituídas de forma temporária, aplica-se a lei anticorrupção. E já, no artigo 5º, descreve quais seriam os atos lesivos praticados contra a administração pública que cabem punição, utilizando-se de termos como, manipular, fraudar, obter vantagem.

Já no artigo 7º, inciso VIII, trata especificamente dos mecanismos e procedimentos internos de integridade, inclusive no próprio artigo, buscando a criação de auditorias e incentivando a denúncia de irregularidades, para aplicação dos códigos de conduta e de ética no contexto da pessoa jurídica. Para esse fim, é que sistemas como o *compliance* se regulamentam, pois funcionam como programas que visam combater a corrupção e denunciar irregularidades, incentivando a boa conduta e a aplicação e efetivação do código de ética.

3 Breve resgate histórico e conceitual sobre o *compliance*

O *Compliance* é um sistema que originalmente surgiu na legislação estrangeira que busca a harmonia entre a ética individual e a coletiva:

A ideia surgiu por intermédio da legislação norte-americana, com a criação da Prudential Securities, em 1950, e com a regulação da Securities and Exchange Commission (SEC), de 1960, onde se fez menção à necessidade de institucionalizar os programas de *compliance*, com a finalidade de criar procedimentos internos de controle e monitoramento das operações entre pessoas. Alguns anos depois, precisamente em nove de dezembro de 1977, registrou-se na Europa a Convenção Relativa à Obrigação de Diligência dos Bancos no Marco da Associação de Bancos Suíços, instituindo as bases de um sistema de autorregulação de conduta, vinculando as instituições, cujo descumprimento

resultaria na aplicação de sanções como multas e outras penalidades. (CERVINI, 2011, p. 337).

Inúmeras leis e ações internacionais surgiram no sentido de combater a corrupção e ao terrorismo, sendo o Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI), criado em 1989, junto à OCDE⁴, para elaborar políticas de reformas legislativas e regulatórias, com recomendações reconhecidas internacionalmente no combate à lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo.

Ainda, a Lei Sarbanes Oxley (SOX), que monitora e previne práticas lesivas, aumenta o controle e a transparência, cria o Órgão de Supervisão do Trabalho dos Auditores Independentes, eleva as penas para os crimes de colarinho branco. (SOXLAW, 2002).

A própria ONU, Organização das Nações Unidas, criada em 31 de outubro de 2003, na Convenção das Nações Unidas contra a corrupção que aconteceu em 2006, foi o primeiro marco com consecução jurídica-global e com abrangência de 178 estados, sendo hoje um dos meios mais importantes para combater a corrupção. Ela trata da prevenção, criminalização das práticas de corrupção, recuperação de recursos e cooperação internacional, e adaptações legislativas. Ratificada no Brasil pelo Decreto Legislativo de número 348, de 2005 e promulgada pelo Decreto Presidencial de número 5687, de 2006. (MENDES e CARVALHO, 2017, p.12-13).

Destaque nesse âmbito foi a Resolução nº 2.554, em 1998, do Banco Central do Brasil (BACEN), que foram incorporadas as regras internacionais do Comitê de Basileia e do SEC - Securities and Exchange Commission, ao sistema de *compliance*, para dar os primeiros passos para avançar na

⁴ A Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) constitui foro composto por 35 países, dedicado à promoção de padrões convergentes em vários temas, como questões econômicas, financeiras, comerciais, sociais e ambientais. Suas reuniões e debates permitem troca de experiências e coordenação de políticas em áreas diversas da atuação governamental. (Site Itamaraty. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/diplomacia-economica-comercial-e-financeira/15584-o-brasil-e-a-ocde>. Acesso em: 14. abr. 2020).

prevenção da corrupção no Brasil, com o avanço nos controles internos. (BRASIL,1998).

Em caráter nacional, o sistema de *compliance* passou por diversas legislações até a Lei 12.846 de 2013, citam-se algumas dessas legislações que têm por finalidade combater ou reduzir significativamente as possibilidades de existência de corrupção nos mais diversos espaços.⁵

Ressalta-se ainda, a recente Portaria de nº 1.089, de 2018, que estabelece que os órgãos e entidades da administração pública e autarquias, adotem procedimentos para estruturação, execução e monitoramento de seus programas de integridade, falando especificamente da Administração Pública.

Existindo também outras legislações estaduais e algumas municipais que irão regulamentar programas de integridade e de transparência e questões éticas, que não serão objeto de estudo deste trabalho, apenas serão citadas no decorrer da escrita do artigo, nos exemplos de cidades que já utilizam o sistema de *compliance* na administração pública.

⁵ a)Decreto Lei nº 2.848 de 1940 de 7 de dezembro, decretou o Código Penal Brasileiro e no título XI, trata dos crimes contra a administração pública. (BRASIL,1940).

b)Lei nº 7.492 de 1986, dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, (BRASIL,1986).

c)Lei nº 8.137, de 1990, dos crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e contra as Relações de Consumo. (BRASIL,1990).

d)A Lei nº 8.429, de 1992, da Improbidade Administrativa, da responsabilização dos agentes públicos por atos de improbidade. (BRASIL,1992).

e)Lei nº 8.443 de 1992, da questão Orgânica do Tribunal de Contas da União. (BRASIL,1992).

f)Lei nº 8.666 de 1993, das Licitações e Contratos Administrativos, tratando dos impedimentos e idoneidades. (BRASIL,1993).

g)Lei nº 9.605 de 1998, dos Crimes Ambientais. (BRASIL,1998).

h)Resolução nº 2.554 de 1998, do Banco Central do Brasil, que inaugurou o Compliance no Brasil, que se deu através da regulação das instituições financeiras ao mercado internacional, interligado com o Comitê da Basileia para Supervisão Bancária e com a *Securities and Exchange Commission (SEC)*. (BRASIL,1998).

i)Lei Complementar nº 135 de 2010, da Ficha Limpa. (BRASIL, 2010).

j)Lei nº 12.529 de 2011, da Defesa da concorrência Brasileira. (BRASIL, 2011).

k)Lei nº 12.683 de 2012, dos Crimes de Lavagem de Dinheiro, esta lei altera a lei 9.613/1998, pois passa a punir a lavagem de dinheiro oriunda de qualquer origem ilícita. (BRASIL,2012).

l)O Guia Prático da ONU de 2013. (ONU,2013)

m)E, finalmente, a Lei nº 12.846 de 2013, a Lei Anticorrupção, que implementa e regulamenta normas de combate a corrupção no Brasil. Sendo que é com esta lei que o *compliance* passa a existir no Brasil. (BRASIL, 2013).

4 Conceito e fundamentos do *compliance*

O conceito de *compliance* pode ser entendido como o fato de cumprir regras ou regramentos. A palavra vem do verbo inglês “*to comply*” que quer dizer, fazer cumprir, ou seja, fazer cumprir a lei, fazer cumprir as regras e regulamentos, ser justo, ser ético, fazer o que é certo.

Coimbra e Manzi (2010), apresentam a definição de *compliance*:

O termo *Compliance* origina-se do verbo inglês *to comply*, que significa cumprir, executar, obedecer, observar, satisfazer o que lhe foi imposto. *Compliance* é o dever de cumprir, de estar em conformidade e fazer cumprir leis, diretrizes, regulamentos internos e externos, buscando mitigar o risco atrelado a reputação e o risco legal/regulatório (MANZI, 2010, p. 2).

O fato de que segue no cumprimento de regras, a sua definição é ainda mais ampla, é algo que está ligado ao caráter do ser humano, a questão ética, ao comportamento social.

Portanto, o *compliance* serve para criar mecanismos de controle e monitoramento, tendo em vista a aplicabilidade de leis e regulamentos internos, difundindo uma cultura ética e treinando os funcionários para seguirem as regras. Para isso, é necessário difundir uma cultura de ética na organização e treinar os funcionários para que eles sigam tais regras.

O *compliance* é um sistema que foi inicialmente pensado para empresas privadas. Segundo a Legal Ethics Compliance – LEC, o *compliance* tem 9 (nove) pilares que seriam: Suporte da Alta Administração, todos participam do sistema; Avaliações de riscos, adaptados a administração pública; Código de conduta e políticas de *compliance*. Controles internos, Treinamento e comunicação, de todos os funcionários, Canais de denúncia, sempre anônimos, Investigações internas. Due diligence. Auditoria e monitoramento. (SIBILLE E SERPA, 2020).

O que se pretende de forma prática, é estar em conformidade com as leis e com as normas, ou seja, ser correto, ser ético. A aplicação do *compliance* fica condicionada a esses nove princípios acima descritos, garantindo transparência na atuação dos órgãos.

Para que possa ser aplicado na administração pública, precisa alinhar-se a integridade e a governança, pois todos os integrantes, desde a alta gestão, ou seja, o prefeito, o governador, o presidente, estarão inseridos no sistema de *compliance* e, também serão monitorados, independente do cargo que ocupam. O comitê de *compliance* é ponto fundamental para que o sistema funcione e obtenha sucesso.

Porém o *compliance* ainda não é uma obrigação legal, ou seja, é uma sugestão, mas que, com a Portaria de nº 1.089, de 2018, fica mais evidente a sua normatização, criada em 25 de abril de 2018, através do Ministério do Estado da Transparência e Controladoria da União, que em sua emenda:

Estabelece que órgãos e entidades da administração pública federal direta, autarquia e fundacional adotem procedimentos para a estruturação, a execução e o monitoramento de seus programas de integridade e dá outras providências. (BRASIL, 2018).

A implementação do sistema de *compliance* na Administração Pública, através da Portaria 1.089 de 2018, deixa específico que os órgãos e entidades da administração pública adotem procedimentos e monitorem programas de integridade, tendo em vista que o procedimento já se encontra normatizado por esta. O que antes era apenas uma adaptação da Lei 12.846 de 2013, que se destinava ao sistema privado, agora é para a Administração pública se adequar as normas e criar sistemas de combate e para minimizar atos ilícitos e fraudes dentro da própria Administração Pública.

5 Implicações da aplicação do sistema de *compliance* na Administração Pública

A Administração Pública é um ramo do Direito Público, que possui como tarefa principal no âmbito do Estado zelar toda parte administrativa da questão pública. Quanto a essa definição, Meirelles refere:

Administração Pública – Em sentido formal, é o conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do Governo; em sentido material, é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral; em acepção operacional, é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade. (MEIRELLES, 2011, p. 65).

Segundo Di Pietro (2012) a Administração Pública é conceituada, no sentido subjetivo e objetivo, formal e material, conforme segue:

- 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).

Mas a mesma pode ser resumida como sendo como o conjunto de órgãos, entidades e agentes públicos que desempenham a função administrativa do Estado.

A evolução da Administração Pública é um processo que merece ser estudado, dada a sua importância dentro do ordenamento público e sua

importância para contar a história da evolução da sociedade. Em sua evolução, a Administração Pública passou por diversos “modelos”, o patrimonialista, burocrático e gerencial, sendo que em cada momento deste processo de evolução, são marcados por acontecimentos e por características distintas.

Sendo ainda, dividida como Administração Pública direta e indireta, em que a União, os Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, prestam serviços públicos por seus próprios meios, fazem parte da Administração Direita, enquanto as autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas públicas.

Quando o Estado busca maior agilidade e liberdade, cria as pessoas privadas, porém como existe interesse público, há uma derrogação, ou seja, o direito privado derogado⁶ pelo direito público. Mas ainda, a principal diferença entre pessoas públicas e privadas está nas prerrogativas e restrições próprias do regime jurídico administrativo.

Juridicamente esta caracterização consiste, no Direito Administrativo, segundo nosso modo de ver, na atribuição de uma disciplina normativa peculiar que, fundamentalmente se delinea em função da consagração de dois princípios: a) supremacia do interesse público sobre o privado; b) indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos. (MELLO, 2005, p. 55).

Tratando, portanto, de respeitar princípios, leis e normas da Administração Pública, da supremacia do interesse público e da indisponibilidade pela Administração, que mesmo implícito tem a mesma força que os explícitos.

⁶ Derrogação é revogação parcial.

6 Princípios da Administração Pública

Inseridos no art. 37 da Constituição Federal de 1988, os princípios da Administração Pública é que delimitam e fundamentam a sua atuação;

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 [...]. (BRASIL, 1988).

E, quando se pensa em Administração Pública, logo coloca-se em evidência a moralidade administrativa. Porém, importante destacar também os princípios da eficiência, razoabilidade ou proporcionalidade, pois o Estado, precisa ser ao mesmo tempo eficiente e razoável. (BUOSO, 2012).

Dizer, que “[...] ao administrador público é dado fazer somente o que a lei expressamente prevê e aos particulares é possível fazer tudo aquilo que a lei não proíbe” (MEIRELLES, 2011), tornou-se uma frase simplista e não explica mais a relação entre o cidadão particular, a empresa e a Administração Pública. Os princípios previstos no artigo 37 da Constituição Federal de 1988 já estão imersos na sociedade.

Assim sendo e a partir da explanação do que é a Administração Pública e dos seus princípios, torna-se oportuna a reflexão de como seria a aplicação do sistema de *compliance* junto a Administração Pública.

7 Vantagens da aplicação do sistema de *compliance*

O fato é, que não existe uma coação normativa, da aplicação do sistema de controles internos, apenas uma requisição (CARVALHOSA, 2015). Sendo assim, o que os governos podem fazer é recomendar e incentivar as empresas a desenvolver o controle interno adequado, com comitês e códigos de conduta, programas de ética e *compliance*.

Na Administração Pública, cada organização teria suas regras e seriam responsáveis pelo sistema *compliance*, inicialmente devendo ser implementado na esfera federal para, posteriormente, ser disseminado nas demais.

Inicialmente seriam nomeadas pessoas para iniciar o sistema de *compliance*, integrantes da corregedoria ou jurídico, que são as mais indicadas. Após, segue-se para uma cultura de desenvolvimento organizacional, um código de conduta, para enraizar a prática, incluindo o alto escalão do governo.

A Administração Pública, adotando o sistema de *compliance*, passa a dar exemplo, torna-se mais eficiente e mais próxima dos princípios emitidos no artigo 37 da Constituição Federal de 1988, da moralidade, publicidade, legalidade, eficiência, impessoalidade, proporcionalidade e responsabilidade objetiva, o que presume a uniformização dos critérios de avaliação dos mecanismos de integridade, sendo exemplo para as empresas privadas que irão negociar com a administração, podendo assim cobrar boas condutas.

Outro benefício, que pode ser visto tanto no *compliance* público quanto privado é a segurança de trabalhar em uma empresa ou em uma administração idônea, sem contar que a partir do momento em que há o envolvimento pela melhora no sistema da administração pública, diminuem os gastos com questões jurídicas, pois tanto os funcionários não precisam cobrar, quanto a administração estará trabalhando de forma correta.

8 Desvantagens ou dificuldades da aplicação do sistema de *compliance*

O sistema de *compliance* é uma sugestão, não sendo obrigatória a sua adoção, existindo também a questão burocrática, pois o código de conduta

deve ser feito através de lei e posteriormente decreto para regulamentar. E, ainda, passando por cursos e treinamentos, a questão de educação, que talvez seja o aspecto mais difícil de se alcançar na esfera pública, uma vez que o funcionário público não tem a intenção de arrumar provas contra si mesmo e, até explicar e incentivar as denúncias espontâneas, leva-se um longo tempo de treinamentos.

A questão do monitoramento das condutas é algo que precisa e não pode ser esquecido. Para que o sistema de *compliance* possa ser implementado, no ambiente de controle público, inclusive tratando-se de alta gestão, todos serão monitorados, incluindo os políticos. E, assim, parte-se para a investigação das condutas nos moldes do *compliance*, que poderá ser mais difícil por questões de comodismo que existe no sistema público, bem como, resistências que podem surgir, para fazer as denúncias.

As punições seguirão a Lei 8.112 de 1990, que trata do regime jurídico dos funcionários públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. E, por fim, uma resposta a sociedade, através das investigações e punições que o sistema *compliance* fará no sistema da Administração Pública.

Outro ponto a ser abordado que talvez não se trate de uma desvantagem, mas uma fragilidade na aplicação do *compliance* público é o elemento humano. As licitações públicas, as contratações públicas, o exercício do poder de polícia e a fiscalização exercida pelos órgãos de regulação têm se evidenciado uma porta aberta para fraudes e desvios de conduta.

Assim, surgiria um possível enfrentamento, relacionamentos duvidosos, pois inclusive a alta gestão passa pelo sistema de *compliance*. A troca de governo a cada 2 (dois) ou 4 (quatro) anos, que ocorre na Administração Pública, também demanda uma observação mais concisa. Os políticos passariam pelo sistema também, tendo que se adaptar, e a cada nova gestão, novas pessoas são colocadas na Administração pública, os

“Cargos de Confiança”, sendo necessário um canal transparente para com o cidadão, e mesmo assim, não existiria 100% de segurança, de que tudo estaria sendo feito em conformidade com a lei.

Existem estados e cidades em que o sistema está sendo aplicado e em fases de adaptação, com início de funcionamento.

9 Exemplos de locais que já implementam o sistema de *compliance* na Administração Pública

Depois da explanação sobre o sistema de *compliance*, é importante colocar que existem exemplos de cidades que já implementaram ou que estão em processo de implementação do sistema na Administração Pública, tratando-se, portanto, de exemplos que trazem mais vantagens que desvantagens.

Um exemplo é no Estado do Paraná, o qual implementou o sistema de *compliance*, através do Decreto nº 2.902 de 2019, instituindo o programa de integridade e *compliance* da Administração Pública Estadual.

Tratando-se, neste sentido, no âmbito estadual, e especificando no próprio decreto de que se trata do sistema de *compliance*, e de integridade, do combate a corrupção, destacando neste sentido a importância do sistema para a Administração pública.

Outro exemplo que pode ser visto, é a nível municipal, no município de Balneário Camboriú, o qual implementou o sistema de *compliance* no ano de 2019, através do Decreto nº. 9.560. Contando ainda com o apoio do Sebrae e da Subseção da OAB e com o Observatório Social, os membros do comitê de *compliance* passam por treinamentos e capacitações periódicas para que estejam sempre alinhados ao modelo de normas internacionais de boas práticas.

São exemplos como esses que abrem possibilidades de aplicação do *compliance* na administração pública, buscando um maior controle e eficácia no processo de transparência na atuação dos órgãos governamentais.

10 Considerações finais

O sistema de *compliance*, praticamente tomou conta do sistema privado atualmente, e seu objetivo principal consiste em combater atos ilícitos e fraudes contra a Administração Pública.

Para que a ação pública tenha legitimidade, é necessário estar em conformidade com mecanismos e procedimentos internos de integridade e governança, detectando e corrigindo desvios de conduta e fraudes, irregularidades e atos ilícitos, promovendo dentro da administração pública um ambiente ético e dando exemplo para a sociedade, interessando-se em fazer uma gestão pública eficiente e transparente, e voltada para os interesses dos cidadãos, que pagam seus impostos.

A partir da análise da Lei 12.846 de 2013, e do sistema de *compliance* implementado no Brasil através desta, inicialmente para empresas privadas e após adaptada a Administração Pública e com a Portaria nº 1.089 de 2018, ficou ainda mais evidenciado que a Administração Pública e seus órgãos e entidades podem e devem adaptar-se aos programas de integridade e auditorias internas.

E ainda, com a análise do surgimento do sistema de *compliance*, que emerge para barrar fraudes e desvios de condutas, e dos princípios da administração pública, norteadores dos sistemas anticorrupção, de forma indireta, que também norteiam a Lei 12.846, que é a própria Lei anticorrupção, chega-se a denominador de que sistemas de auditorias internas, como o *compliance* são de interesse da gestão pública para manter um

ambiente ético e voltado para a transparência e bom exemplo para a sociedade.

Através dos exemplos apresentados pode-se perceber que já existem processos de implementações que estão dando certo e com a Lei 12.846 de 2013 e com a Portaria 1.089 de 2018, que especifica a regulamentação de sistemas de auditorias e transparência em órgãos públicos estaremos cada vez mais próximos, de que em todas as repartições públicas existam um sistema de auditorias internas e de transparência.

Um sistema de *compliance* que possa regular e fazer cumprir as regras de conduta e de ética, dentro da Administração Pública é o ideal a ser perseguido, uma vez que, promove credibilidade, respeita e valoriza a sociedade e cumpre com os princípios do artigo 37 da Constituição Federal.

Referências

ARAÚJO, Marcelo; SANCHEZ, Oscar. **A corrupção e os controles internos do estado**. Lua Nova, vol. 65, p. 137-173, 1996.

BENTO, Leonardo Valles. **Governança e governabilidade na reforma do estado**. Editora Manole Ltda. Barueri. 2003.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 2848 de 7 de dezembro de 1940**. Publicado em: 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 10. fev. 2020.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

BRASIL. **Lei n. 7492 de 16 de junho de 1986**. Publicada em: 16 de junho de 1986. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7492.htm. Acesso em: 10. fev. 2020.

BRASIL. **Lei n. 8137 de 1990**. Publicada em: 27 de dezembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8137.htm. Acesso em: 10. fev. 2020.

BRASIL. **Lei n. 8443 de 16 de julho de 1992**. Publicada em: 16 de julho de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L8443.htm. Acesso em: 8. fev. 2020.

BRASIL. **Lei n. 8429 de 1993**. Publicado em: 2 de junho de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8429.htm. Acesso em: 2. fev. 2020.

BRASIL. **Lei n. 8666 de 1993**. Publicado em: 21 de junho de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8666cons.htm. Acesso em: 2. fev. 2020.

BRASIL. **Lei n. 9605 de 1998**. Publicado em: 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9605.htm. Acesso em: 2. fev. 2020.

BRASIL. **Resolução n. 2554 de 1998 do Banco Central do Brasil**. Publicado em: 29 de setembro de 1998. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1998/pdf/.pdf>. Acesso em: 2. fev. 2020.

BRASIL. **Lei n. 9613 de 1998. Publicado em: 3 de março de 1998**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9613.htm. Acesso em: 2. fev. 2020.

BRASIL. **Lei n. 10467 de 11 de junho de 2002**. Publicada em: 11 de junho de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10467.htm. Acesso em: 10. fev. 2020.

BRASIL. **Decreto n. 5687 de 31 de janeiro de 2006**. Publicado em: 31 de janeiro de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm. Acesso em: 20. jan. 2020.

BRASIL. **Lei Complementar n. 135 de 4 de junho de 2010**. Publicada em: 4 de junho de 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp135.htm. Acesso em: 10. jan. 2020.

BRASIL. **Lei n. 12529 de 2011**. Publicado em: 30 de novembro de 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em: 2. fev. 2020.

BRASIL. **Lei n. 12683 de 9 de julho de 2012**. Publicada em: 9 de julho de 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12683.htm. Acesso em: 12. fev. 2020.

BRASIL. **Lei n. 12846 de 1º de agosto de 2013**. Publicada em: 1º de agosto de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 21. jan. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.846/2013, de 01 de agosto de 2013**. Casa Civil da Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 12. Mar. 2020.

BRASIL. **Portaria 1.089 de 25 de abril de 2018**. Disponível em <https://www.cgu.gov.br/noticias/2018/04/cgu-lanca-regulamentacao-para-programas-de-integridade-no-governo-federal/portaria-cgu-1089-2018.pdf> Acesso em: 21. Jan. 2020.

BRASIL. Decreto nº 9.560 de 16 de setembro de 2019. **"Institui o Comitê Municipal de Compliance e Boas Práticas Administrativas, e dá outras providências"**. Disponível em <https://leismunicipais.com.br/a/sc/b/balneario-camboriu/decreto/2019/956/9560/decreto-n-9560-2019-institui-o-comite-municipal-de-compliance-e-boas-praticas-administrativas-e-da-outras-providencias-2019-09-19-versao-compilada>. Acesso em: 29. jan. 2020.

BREI, Zani Andrade. **A corrupção: causas, consequências e soluções para o problema**. Revista Brasileira de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 30, n.3, p. 103-115, 1999. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/8128/6943>. Acesso em: 25. jan. 2020.

BUOSO, Elena. **Proporzionalità, efficienza e accordi nell'attività amministrativa**. Milano: CEDAM, 2012.

CARVALHOSA, Modesto. **Considerações sobre a Lei Anticorrupção das pessoas jurídicas**: Lei 12.846 de 2013.1ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,2015. p. 336.

CERVINI, Raul. **Quo vadis? El cumplimiento normativo**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 92, ano 11, p. 337.

COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi (Coord.). **Manual de Compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações**. São Paulo: Atlas, 2010.

CUNHA, Rogério Sanches; SOUZA, Renee. **Lei anticorrupcao empresarial**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 18 e 19.

DEBBIO. Alessandra. D. MAEDA.Bruno. C. AYRES. Carlos. H. da S. (orgs). **Lei de Anticorrupção e Compliance**. Rio de Janeiro. Elsevier. 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 14^a ed., São Paulo: Atlas, 2012.

FATF. **Financial Action Task Force**. Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/about/>. Acesso em: 20. jan. 2020.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LAMBOY.Christian.K.de. **Manual de Compliance**. São Paulo: Via Ética, 2018.

LEI SARBANES-OXLEY. **Um guia para a Lei Sarbanes – Oxley. ACT 2002**. Disponível em:< <http://www.soxxlaw.com/>>. Acesso em: 10. jan. 2020.

LUZ, Yuri Corrêa da. **O combate a corrupção entre direito penal e direito administrativo sancionador**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 18, n. 89, 2011, mar. p. 429-470.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19. Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

MENDES, Francisco Schertel; CARVALHO, Vinícius Marques de. **Compliance: concorrência e combate à corrupção**. São Paulo: Trevisan Editora, 2017, p. 12 e 13.

NEGRÃO. Celia. L. PONTELO. Juliana. F. de. **Compliance, Controles Internos e Riscos. A Importância da Área de Gestão de Pessoas**. Ed. Senac, 2017.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. Relatório sobre aplicação da convenção sobre o combate ao suborno de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais e a recomendação revisada de 1997 sobre o combate ao suborno em transações comerciais internacionais da OCDE de dezembro de 2007. p. 63. Disponível em: http://www.cgu.gov.br/ocde/publicacoes/arquivos/avaliacao2_portugues.pdf. Acesso em: 21. jan. 2020

PEIXOTO. Celso. **Compliance e boas práticas chegam ao serviço público**. Disponível em <https://www.terra.com.br/noticias/dino/compliance-e-boas-praticas-chegam-ao-servico-publico,f87a909b6a9237099346682ffd9d707fjtahslad.html> Acesso em: 02. Fev. 2020.

PORTAL DO GOVERNO BRASILEIRO. **Justiça e Segurança Pública**. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-protECAo/cooperacao-internacional/atuacao-internacional-2> . Acesso em: 20. jan. 2020.

SIBILLE. Daniel. SERPA. Alexandre. **Os pilares do Programa de compliance**. Uma breve discussão. E-Book. Disponível em https://www.editoraroncarati.com.br/v2/phoca-download/os_pilares_do_programa_de_compliance.pdf . Acesso em: 10. fev. 2020.

SILVEIRA, Luciana Dutra de Oliveira; CASTRO, Cristiana Roquete Luscher. **A nova lei anticorrupção no Brasil e os exemplos estrangeiros**. Publicado em: 9 de janeiro de

2014. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI193224>, Acesso em: 22. jan. 2020.

TRANSPARENCIA INTERNACIONAL BRASIL. **Índice de percepção da corrupção 2019.**

Disponível em <http://doe.transparenciainternacional.org.br> Acesso em 23. Fev. 2020.

A legalidade do inquérito das *fake news*: investigação sobre a liberdade de expressão

*Nicole Vicenzi Beutler*¹
*Elisandra Fabrícia Bernstein*²
*Simone Paula Vesoloski*³
*Carine Pertuzzatti*⁴

1 Introdução

A conjuntura política nacional compreendida atualmente é fomentada de escândalos, inconsistências e ingerências que conferem o descrédito de diversas instituições.

Concomitante a essa realidade, verificamos a utilização popularizada das redes sociais, relevante marco da atualidade, possibilitando, de forma exponencial e inédita, o compartilhamento de opiniões e informações livremente. Em virtude de sua novidade, é somente de forma superficial abordada pela legislação e jurisprudência nos âmbitos nacional e internacional.

¹ Acadêmica do décimo semestre do curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI Campus Erechim. E-mail: nicovicenzi@gmail.com

² Acadêmica do décimo semestre do curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI Campus Erechim. E-mail: elisandrafabricia@hotmail.com

³ Acadêmica do décimo semestre do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, URI Campus de Erechim - RS, Membro integrante do projeto de extensão sobre Políticas Públicas de Inclusão Social e Sustentabilidade Econômica e Ambiental - IMED - Passo Fundo, RS. E-mail: simonels17@hotmail.com

⁴ Acadêmica do décimo semestre do curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI Campus Erechim. E-mail: carinepertuzzatti@outlook.com

Nesse contexto, foi deflagrada uma investigação acerca do uso de robôs e algoritmos para a propagação de *fake news* e ameaças contra o Supremo Tribunal Federal, seus membros e seus familiares. Diante disso, foi instaurado um inquérito a fim de identificar os responsáveis e responsabilizá-los, uma vez que atribuíram a Suprema Corte e a integridade de seus membros.

Afronta à liberdade de expressão foi argumento decisivo contra o referido inquérito. A ponderação dessa garantia fundamental já foi objeto da discussão do STF na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 187, na qual sobressaiu à apologia ao crime.

Este estudo visa investigar a legalidade do referido inquérito e sua ponderação com a liberdade de expressão, comparando com o representativo aresto anterior.

2 Conceito e contexto das *fake news*

Não obstante a ampla divulgação do termo *fake news*, insta mencionar, mesmo que brevemente, seu conceito e até mesmo sua evolução. Gelfert evidencia, em seu estudo, a antiguidade desse tipo de conteúdo e a adaptação à tecnologia:

[...] *the faking of news stories has been around for a long time, and every iteration of technological advancement, from the telegraph in the 19th century to contemporary social media algorithms, has unleashed new possibilities of deception and fabrication.*⁵ (GELFERT, 2018, p. 8).

Tandoc Jr., Wei Lim e Ling (2017, p. 12) culminam por definir *fake news* como conteúdos que se escondem, sob aparência forjada de

⁵ “[...] a falsificação de notícias já existe há um muito tempo e toda iteração de avanço tecnológico, do telégrafo no século 19 ao social contemporâneo algoritmos de mídia, lançou novas possibilidades de decepção e fabricação” tradução livre.

veracidade e legitimidade, e visam angariar a credibilidade de uma notícia real. Himma-Kadadas (2017, p. 2) se manifesta no mesmo sentido, destacando ainda a sua utilização em uma “*information war*”⁶.

Recuero e Gruzd (2019) expõem, em seu estudo, requisitos para conceitualização de *fake news*, sendo eles:

[...] o componente de uso da narrativa jornalística e dos componentes noticiosos; o componente da falsidade total ou parcial da narrativa e a intencionalidade de enganar ou criar falsas percepções através da propagação dessas informações na mídia social. (RECUERO e GRUZD, 2019, p. 2).

Abordadas as características, é necessário entender como notícias falsas conseguem alcançar tantas pessoas e disseminar-se a tal ponto de, pela ampla divulgação, apresentar aparência de veracidade. Para tanto, é necessário destacar o estudo de Kumar *et al.* (2017, p. 9), que identificaram características do *sockpuppets*⁷ – termo utilizado para definir contas falsas em redes sociais, que visam a disseminação de informações e opiniões em grupos de discussão – que foram vislumbrados em discussões políticas nos EUA.

Os autores elencam peculiaridades gerais dos *sockpuppets*, dentre as quais destaca-se a diversidade de contas que eram controladas por uma pessoa – o *puppetmaster*⁸.

Nesse sentido, Shao *et al.* (2018, p. 1) estabelecem que “*the massive spread of digital misinformation has been identified as a major global risk and has been alleged to influence elections and threaten democracies*”⁹.

⁶ “guerra informacional” tradução livre.

⁷Fantoches de Meia. Tradução livre.

⁸Mestre de marionetes, pessoa que opera o fantoche. Tradução livre.

⁹ “A propagação massiva de desinformação digital é identificada como o maior risco global e alegadamente influencia eleições e ameaça democracias” tradução livre.

Partindo do pressuposto de que boa parte das informações consumidas provêm da internet e de que não há garantia de veracidade dos conteúdos, são compreensíveis os danos causados pela disseminação de notícias inverídicas.

Shao *et al.* (2018) ainda discorrem sobre a emissão de tais notícias mediante o uso de robôs, que fabricam as notícias e as propagam nas contas falsas – ou *sockpuppets*:

Bots can tailor misinformation and target those who are most likely to believe it, taking advantage of our tendencies to attend to what appears popular, to trust information in a social setting, and to trust social contacts. Bots alone may not entirely explain the success of false news, but they do contribute to it.¹⁰ (SHAO *ET AL*, 2018, p. 2)

Esse entendimento confirma o proposto por Kumar *et al.* (2017, p. 3), uma vez que a utilização de algoritmos auxiliam no direcionamento do conteúdo com base nos interesses e opiniões do usuário, realçando o posicionamento e diminuindo, por sua vez, o contato com informações contrárias às predileções.

Cumpra salientar, por fim, os estudos de Recuero e Gruzd, que analisaram os efeitos da disseminação de notícias falsas em dois casos emblemáticos da política brasileira: o julgamento e a prisão do ex-presidente Lula. Os autores apontaram que a propagação de *fake news* resultaram por aumentar “o extremismo e as crenças políticas, o que contribui para constituir uma esfera pública parcial, com falsa percepção de consenso” (Recuero e Gruzd, 2019, p. 15).

¹⁰ “Os robôs podem adaptar as informações erradas e direcionar às pessoas com maior probabilidade de acreditar, aproveitando nossas tendências para atender ao que parece popular, confiar nas informações em um ambiente social e confiar nos contatos sociais. Os robôs por si só podem não explicar inteiramente o sucesso das notícias falsas, mas contribuem para isso” tradução livre.

Essa descoberta corrobora o entendimento da nocividade dessa ferramenta. Na política internacional, diversas consequências da desinformação generalizada podem ser mencionadas, dentre as quais é importante mencionar a pesquisa de Shao *et al.* (2018, p. 4), que detectou e mapeou conteúdos virais de *fake news* durante as eleições presidenciais dos Estados Unidos e de Tandoc *et al.* (2017, p. 1), que identificou várias modalidades de manipulação.

É uníssona a percepção dos prejuízos da dispersão de notícias falsas. Goldman e Baker apontam que “*made-up news*” was identified by more Americans than terrorism, illegal immigration, racism, and sexism as “a very big problem in the country today”¹¹.

Realidade percebida nas investigações alusivas ao “gabinete de ódio”, que culminou, mediante decisão do STF, na derrubada de diversas contas em redes sociais, diante da comprovação de seu uso para fins fraudulentos, de controle político e de divulgação de notícias falsas. Diante disso, passa-se ao estudo do inquérito das *fake news*, seu desdobramento para a jurisprudência e política nacional.

3 Inquérito das *fake news* e gabinete de ódio: análise da mitigação da liberdade de expressão no caso concreto

Alocados brevemente o conceito e a utilização das ferramentas de propagação de notícias falsas, passa-se à análise do inquérito nº 4.781, objeto do presente estudo. A portaria GP nº 69, de 4 de março de 2019, evidencia a existência de *fake news* contendo denúncias caluniosas e ameaças visando a “honorabilidade e a segurança do STF, de seus membros e familiares” (Toffoli, 2019, p.1), parecer ratificado pelo Ministro

¹¹ “notícias fabricadas” foram identificadas por mais americanos como o maior problema do país, superando o terrorismo, imigração, racismo e sexismo”. Tradução livre.

Gilmar Mendes, que elencou os atentados sofridos pela corte (Mendes, 2020, p. 5-6).

No curso da investigação, mediante provas e laudos, bem como depoimentos de diversos políticos brasileiros, erigiu-se a suspeita de um:

[...] complexo esquema de disseminação de notícias falsas por intermédio de publicações em redes sociais, atingindo um público diário de milhões de pessoas, expondo a perigo de lesão, com suas notícias ofensivas e fraudulentas, a independência dos poderes e o Estado de Direito. (MORAES, 2020, p. 11)

É de se mencionar que ficou suficientemente comprovada a disseminação simultânea – que apontou a utilização de robôs – de mensagens visando desacreditar o STF e seus membros por parte de contas vinculadas a pessoas públicas e políticas do Brasil (Moraes, 2020, p. 3-23).

Diante da superveniência desses fatos, a corte, amparada nos argumentos da necessidade de afastamento de garantias individuais, tais quais a inviolabilidade domiciliar e o sigilo bancário e fiscal, determinou duas medidas muito significativas à política brasileira foram a busca e apreensão e o bloqueio de diversas contas em redes sociais, em maio do corrente ano (Moraes, 2020, p. 25-32).

Assim, cumpre analisar mais profundamente de que forma a liberdade de expressão foi limitada, na decisão do STF. A decisão divide-se em duas partes: inicialmente, traduzindo a liberdade de expressão como direito individual garantidor do Estado Democrático de Direito (Moraes, 2020, p. 24).

Em seguida, é apontado a ponderação entre direitos e garantias individuais, que limitam-se mutuamente. Constatado o conflito entre esses bens jurídicos, cabe a ponderação entre eles, a fim de harmonizá-los:

[...] o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua. (MORAES, 2020, p. 24).

Por fim, são elencados o caráter não absoluto das garantias individuais, e indicadas cumpridos os requisitos para as diligências determinadas no art. 240 do Código de Processo Penal¹², suficientes para afastar as garantias constitucionais de liberdade e inviolabilidade de domicílio, resultando na supramencionada determinação de busca e apreensão, bloqueio de contas em redes sociais e afastamento do sigilo bancário (Moraes, 2020, p. 26-29).

Nesse contexto, foi proposta a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 572, sustentando violação à liberdade, à garantia do devido processo legal, à dignidade da pessoa humana, à prevalência dos direitos humanos, à legalidade, e à vedação a juízos ou tribunais de exceção (Mendes, 2020, p. 1).

4 Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 572

O conceito de liberdade de expressão foi amplamente utilizado na discussão acerca da ilegalidade da disseminação de *fake news*. De fato, não há positivação que consiga delimitar taxativamente quais são os limites da liberdade de expressão e quais são os parâmetros do discurso de ódio que

¹² “Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal. § 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para: [...] e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu; [...] h) colher qualquer elemento de convicção.” (BRASIL, 1941)

possa, com simples análise, definir um discurso como contrário a lei. A análise, como há muito se sabe, depende do caso concreto.

Em 2011, vislumbrou-se a discussão sobre a liberdade de expressão pelo judiciário brasileiro. O notório julgado da ADPF nº 187, decidiu, por unanimidade que nos eventos relacionados e apologéticos à “Marcha da Maconha” não houve indício de ilegalidade, mas puramente exercício das liberdades constitucionais de liberdade de expressão e de reunião, para tanto, destaca-se trecho do acórdão, que evidencia esse entendimento:

A liberdade de expressão representa, dentro desse contexto, uma projeção significativa do direito, que a todos assiste, de manifestar, sem qualquer possibilidade de intervenção estatal “a priori”, as suas convicções, expondo as suas ideias e fazendo veicular as suas mensagens doutrinárias, ainda que impopulares, contrárias ao pensamento dominante ou representativas de concepções peculiares a grupos minoritários. (MELLO, 2011, p. 106)

A ADPF nº 572 busca a declaração de inconstitucionalidade da Portaria GP nº 69, que abriu o inquérito das *fake news*. Sustentou-se no argumento de direito: violação do preceito fundamental da liberdade individual (SANTOS, 2019, p. 5).

O remédio constitucional foi julgado improcedente. Aborda-se agora, de forma abreviada, a relação estabelecida pela Corte para justificar a legalidade do atos controladores de liberdades individuais.

O voto do Ministro Celso de Mello atrelou a liberdade de expressão ao regime democrático e apontou, outrossim, a finalidade do inquérito como sendo estritamente identificar os financiadores das “*fake news*” que assolaram o STF e seus membros (Mello, 2020, p. 33-36).

Nesse mesmo sentido sustentou-se o voto do Ministro Gilmar Mendes, que rejeitou a alegação de ofensa à liberdade de expressão:

[...] não se trata de liberdade de expressão. O uso orquestrado de robôs, recursos e pessoas para divulgar, de forma sistemática, ataques ao STF, ameaças pessoais aos Ministros e a seus familiares, passa longe da mera crítica ou manifestação de opinião (MENDES, 2020, p. 10)

A liberdade de expressão é, como destaca o Ministro Dias Toffoli “um dos grandes legados da Carta Cidadã” (2020, p. 4), no entanto, não é garantia plena: seu abuso, mediante discurso de ódio e desinformação não é respaldado pela Lei Maior, que, inclusive, veda o anonimato¹³.

O Ministro Relator da ADPF, Alexandre de Moraes, destacou a rudimentalidade do judiciário e do legislativo ao lidar com *fake news* (2020, p.15), no entanto, na análise do caso concreto, considerou, em conformidade com o entendimento do colégio, que a liberdade de expressão, apesar considerada no caso, não se superpõe a ameaças e desinformação, pelo que determinou o prosseguimento do inquérito, na extensão de suas razões.

Dessa forma, resta evidente a razão que assiste o inquérito, uma vez que configurada o discurso lesivo e inverídico, conjugado a ferramentas de dispersão de informações, que atribuiu a segurança e a estabilidade de instituições muito caras ao Estado Democrático de Direito.

Considerações finais

A utilização de robôs, *sockpuppets* e algoritmos para a difusão de informações e conteúdos carece de balizadores legais. O uso dessas ferramentas como comprovado por Shao *et al.*(2018, p. 4), é extremamente nociva e passível de originar uma guerra informacional (Himma-Kadadas, 2017, p. 2).

¹³ “Art. 5º, IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”. (BRASIL, 1988)

No Brasil, a propagação de *fake news* envolvendo o STF e seus membros possibilitou uma discussão acerca dos limites da liberdade de expressão, assunto visitado pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 187, marcada pela ponderação da liberdade de expressão.

A diferença fundamental na análise das duas Arguições de Preceito Fundamental centra-se na posição que ocupa a liberdade de expressão. Na ADPF nº 187, verificou-se que sua não prejudicialidade em detrimento de seu valor social e cultural, enquanto na ADPF nº 572, a garantia constitucional foi superada em face de seu caráter ofensivo e inverídico.

De forma mais específica, o discurso de ódio e a desinformação foram os propulsores da ADPF nº 572, que buscou, sem sucesso a consideração de ilegalidade do inquérito aberto pelo Supremo Tribunal Federal para investigar a utilização de robôs e algoritmos na propagação de *fake news*, apoiando-se na liberdade de expressão.

Como forma de combate à utilização de algoritmos na disseminação de notícias inverídicas, giza-se o entendimento de Shao *et al.* (2018, p. 11), que propõe duas medidas, a primeira pauta-se no implemento, pelas plataformas de veiculação de notícias e opiniões, de ferramenta de detecção e dos algoritmos de propagação de desinformação. A segunda medida é o emprego de *CAPTCHAS*, a fim de determinar se, de fato, trata-se de um usuário humano.

Ainda, no Brasil, como consequência da discussão acerca da utilização de *fake news*, tramita, com aprovação no Senado Federal, o Projeto de Lei nº 2.630/2020, que visa a implementação de mecanismos de transparência, coibindo a utilização de redes sociais e plataformas de notícias para manipulação de informações.

Apesar de não estruturada a melhor forma de controlar a disseminação de conteúdos falsos e ofensivos, tem-se que a discussão levantada pelo

Inquérito nº 4.781/19 é de extrema relevância, eis que acompanha uma tendência mundial de estudo acerca de consequências das *fake news*.

Nesse sentido, a decisão de improcedência da ADPF nº 572 torna-se um marco na proteção das instituições e pessoas contra os prejuízos da desinformação, ao limitar a liberdade de expressão.

Referências

BRASIL. **Código de Processo Penal**. decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 22 jul. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm. Acesso em: 26 jul. 2020.

BRASIL. Senado Federal. **Parecer 73** – Distrito Federal. Relator: Senador Angelo Coronel. 2020. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8127630&ts=1593563767152&disposition=inline>. Acesso em: 26 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 187**. Brasília, 15 de junho de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5956195>. Acesso em: 25 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito 4.781** – Distrito Federal. Relator: Alexandre de Moraes. Decisão, 26 maio 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/inq-4781.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Portaria GP 69** – Distrito Federal. Ministro: Dias Toffoli. Decisão, 14 de março de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/comunicado-supremo-tribunal-federal1.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2020.

GELFERT, A. **Fake News: A Definition**. *Informal Logic*, 38 (1), 84–117. Disponível em: <https://www.erudit.org/en/journals/informallogic/2018-v38-n1-informallogic4379/1057034ar.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2020.

GOLDMAN, Alvin I; BAKER, Daniel. **Free Speech, Fake News and Democracy**. *First Amendment Law Review*. V. 18. 2019. p. 69. Disponível em: https://fal-runc.files.wordpress.com/2020/01/goldman_baker_falrv18.pdf. Acesso em 26 jul. 2020.

HIMMA-KADAKAS, Marju. **Alternative facts and fake news entering journalistic content production cycle**. Disponível em: <https://epress.lib.uts.edu.au/journals/index.php/mcs/article/view/5469/6103>. Acesso em: 25 jul. 2020.

KUMAR, S., CHENG, J.; LESKOVEC, J.; SUBRAHMANIAN, V.S. **An army of me: Sockpuppets in online discussion communities**. In: *Proceedings of the 26th International Conference on World Wide Web*, 2017. Disponível em: <https://arxiv.org/pdf/1703.07355.pdf>. Acesso em 25 jul.2020.

MELLO, Celso de. Ministro do STF. 18 de junho de 2020. **Voto na Medida Cutelar de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 572**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/inquerito-fake-news-celso-mello.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2020.

MENDES, Gilmar. Ministro do STF. 18 de junho de 2020. **Voto na Medida Cutelar de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 572**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-ministro-gilmar-mendes1.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2020.

MORAES, Alexandre de. **Supremo Tribunal Federal. Voto do Relator Alexandre de Moraes na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 572**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/investigacao-supremo-nao-usual.pdf>. Acesso em: 25 jul.2020.

RECUERO, Raquel; GRUZD, Anatoliy. **Cascatas de Fake News Políticas: um estudo de caso no Twitter**. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/galaxia/article/view/39035/28669> Acesso em: 25 jul. 2020.

SANTOS, Danilo Morais dos. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental** – Brasília, 21 de março de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/rede-adpf-inquerito-ameacas-ministros.pdf> . Acesso em 26 jul. 2020.

SHAO, C.; CIAMPAGLIA, G.L.; VAROL, O.; FLAMMINI, A & MENCZER, F. **The spread of low-credibility content by social bots**. Disponível em: <https://arxiv.org/pdf/1707.07592v4.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2020.

TANDOC JR., E. WEI LIM, Z & LING, R. **Defining “Fake News”**. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4948550/mod_resource/content/1/Fake%20News%20Digital%20Journalism%20-%20Tandoc.pdf. Acesso em: 25 jul. 2020.

TOFFOLI, Dias. Ministro do STF. 18 de junho de 2020. **Voto na Medida Cutelar de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 572**. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF572VotoDT.pdf> Acesso em: 25 jul. 2020.

Estado Democrático de Direito, democracia e direitos políticos: o Direito-dever ao voto

*Ana Julia Spegiarin*¹

1. Introdução

Constantemente, e principalmente nos períodos eleitorais, ouvimos questionamentos sobre o porquê da necessidade e obrigatoriedade do voto, comumente em um tom crítico ao direito constitucional de exercício do sufrágio universal. Com efeito, a controvérsia é antiga e, quase sempre, tem relação com as crises institucionais e econômicas, que geram insatisfação, descrédito e desconfiança na população em relação aos poderes governamentais do Estado, justificados por recorrentes notícias de corrupção, indecorosidade e ultraje dos representantes políticos com a coisa pública. No entanto, pouco se reflete a respeito do direito ao voto como um exercício da soberania popular e o seu poder de mudança na própria sociedade.

Nesta senda, o presente artigo tem por objetivo abordar a importância do voto, não apenas como um direito que alicerça a consolidação de uma democracia constitucional pautada nos preceitos de liberdade, igualdade e justiça, que tem por escopo principal a consecução dos direitos fundamentais que asseguram a dignidade humana – mas também um

¹ Acadêmica do curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Campus Erechim, 10^o Semestre. E-mail: juliaspegiarin@hotmail.com

dever cívico de intervir e decidir sobre o Estado e os interesses gerais da coletividade.

Assim, num primeiro momento, analisando a origem e evolução do Estado até se chegar em uma concepção do nosso Estado Democrático de Direito, estudar-se-á a relação entre a estrutura organizacional da sociedade e a construção de um sistema político que ainda reflete na atualidade.

Neste íterim, aprofundar-se-á nos fundamentos do Estado Democrático de Direito, analisando os (ou alguns dos) conceitos da democracia, tanto no seu aspecto político como social, bem como a relação do povo e o governo, que decorre da participação política dos cidadãos no Estado por meio do regime democrático indireto, com a garantia do sufrágio universal e o voto secreto, direto e periódico como essência da democracia.

Por fim, abordar-se-á o exercício do sufrágio pelo voto, tanto como um direito subjetivo assegurado constitucionalmente para o cidadão participar das decisões políticas do Estado de forma livre e igualitária, pautado na soberania popular, com o poder escolher quem vai deliberar os anseios sociais; bem como um dever social e jurídico, que impõe ao cidadão a responsabilidade de decidir individualmente, e com a sua consciência, questões de interesse geral da sociedade, contrapondo argumentos pela obrigatoriedade e facultatividade.

2. O Estado Democrático de Direito

2.1 Origem e conceito de Estado

Com efeito, importa destacar, de plano, que não existe (e provavelmente não há de existir – dada a volatilidade da própria sociedade) uma definição exata do que é o Estado, tampouco de sua origem, e, não sendo

este o estudo central do presente trabalho, cabe-nos, destacar, ainda que de forma breve, as principais acepções pela doutrina.

Quanto à origem do Estado, Dalmo de Abreu Dallari (2011, p. 48) aporta três teorias básicas. A primeira delas defende que a sociedade e o Estado surgiram simultaneamente, tendo o homem desde sempre convivido em uma organização social. Para a segunda tese, a sociedade existiu sem o Estado por um determinado período, o qual se constituiu posteriormente diante das necessidades e conveniências humanas. Por fim, um terceiro grupo de estudiosos alega que o Estado se configura apenas a partir da sociedade política dotada de determinadas características, como a soberania, por exemplo.

Ainda, seguindo no estudo sobre a origem do Estado, é relevante ao estudo a abordagem sobre as teorias contratualistas de Thomas Hobbes (1588-1679) e Jean-Jaques Rosseau (1712-1778), cujo entendimento baseia-se na ideia de que a figura do Estado surgiu a partir de um acordo entre os indivíduos. Embora consonantes na ideia principal, os filósofos partiram de princípios diferentes.

Hobbes, em sua ideologia absolutista, entendia que a única forma de defender os interesses dos homens e protegê-los era unindo-se e, por meio de uma votação, reduzir as suas vontades a uma apenas, seja no perfil de um único homem ou uma assembleia, transferindo-lhe o poder de governar os demais.

Rousseau, por sua vez, julga o Estado como o resultado da vontade geral, manifestada individualmente pela maioria dos indivíduos, e que, neste sentido, a nação, como vontade geral, era superior ao rei, de maneira que não correspondendo ele aos anseios da sociedade, teria a nação o direito de refazer o contrato e substituí-lo. Embora Rosseau fosse cético quanto à democracia, serviriam tais teorias posteriormente como premissas do surgimento de movimentos democráticos.

Enfim, todas as acepções chegam, em sua maioria, a um denominador comum da atualidade quanto à definição de Estado como, em verdade, a organização política de um grupo de indivíduos reunidos, não sendo, necessariamente, manifestada em sua integralidade.

2.2 Evolução do Estado

Preliminarmente, é válido mencionar – e esta é a intenção deste tópico – que o Estado modificou a sua organização ao longo dos séculos, de acordo com a evolução das sociedades e suas divisões do estrato social e que isso influenciou na consecução dos direitos fundamentais – e políticos – do cidadão.

De tal maneira, faz-se necessário estudo histórico do Estado em todas as formas, especialmente, no Estado Antigo, Estado Grego, Estado Romano, Estado Medieval e do Estado Moderno, em todas as suas versões, ao menos no aspecto da organização política da sociedade e a evolução da estruturação do Estado a partir disso, para então, compreender a estruturação do Estado Democrático de Direito e seu funcionamento na contemporaneidade.

2.2.1 Estado Antigo

O Estado Antigo, também conhecido como Oriental ou Teocrático, é a referência mais antiga conhecida pelos autores sobre a figura do Estado. Alguns autores, como Dalmo Abreu Dallari, destacam a sua natureza “unitária”, uma vez que o poder se concentrava em apenas uma pessoa, sem divisão interior, nem mesmo de funções; e a natureza “teocrática”, em razão da influência predominante da religião das ações individuais e coletivas e, também, pelo Estado-rei (DALLARI, 2011, p. 57).

A partir desta interação, a figura do Estado atuava de duas maneiras: na primeira hipótese, o governo atuava de forma unipessoal, por meio de uma pessoa que representava a divindade, confundindo-se com própria em alguns casos; em outras conjunturas, o representante do governo é limitado pela vontade da divindade, expressada pela classe sacerdotal (DALLARI, 2011, p. 57).

De qualquer forma, inexistia participação popular nas decisões do Estado com a coletividade, desconhecendo-se qualquer espécie de democracia, concentrando-se o poder nas mãos de poucas pessoas ligadas à religião.

2.2.2 Estado Grego

No Estado Grego foi onde iniciaram os primeiros ensaios da democracia, especialmente a partir de lições trazidas pelos filósofos da época. Já nesta época, a Polis – cidade-Estado – era vista como a expressão da sociedade política (DALLARI, 2011, p. 58), caracterizada, especialmente, pelo vínculo comunitário e a aderência à ordem política e de cidadania (BONAVIDES, 2000, p. 73). Ou seja, a existência do Estado se fundava na organização política da sociedade grega e pelo exercício da cidadania pela participação popular.

No entanto, importa destacar que a estrutura da sociedade era baseada na condição individual da pessoa, o que restringia a participação popular a algumas pessoas, permitindo que somente a elite – os chamados “cidadãos gregos” – participasse das decisões políticas e demais assuntos de interesse público (DALLARI, 2011, p. 58). De tal maneira, o povo grego referido nos tratados sobre a democracia, especialmente por Aristóteles, era constituído, tão somente, por homens livres, excluindo-se da sociedade os escravos que, a propósito, representavam a maioria.

Outrossim, além da condição econômica, por exemplo, o gênero do cidadão também definia a sua participação ou não nas decisões políticas. De tal maneira, não eram em todas as Polis em que as mulheres participavam dos atos de cidadania.

2.2.3 Estado Romano

O Estado Romano tinha como sustentação o Cristianismo e a família, regida por uma figura patriarcal, que influenciava, por conseguinte, na estrutura social. Ademais, a época restou marcada pela concessão de privilégios às famílias patrícias, aquelas originárias do território de Roma, e seus descendentes. Os plebeus, que eram pessoas vindas de territórios conquistados, e não eram considerados cidadãos, e as mulheres, em razão da influência patriarcal, eram excluídos da organização política.

Assim, noção de povo, e por conseguinte a participação nas decisões políticas do Estado, era muito restrita às condições do indivíduo. Os governos, que eram representados por magistrados, eram ocupados somente pelos patrícios. Apenas no final do Império Romano buscou-se a integração desses povos conquistados, mas puramente por questões políticas, para fortalecer o Estado; religiosas, para atrair novos fiéis à Roma; e fiscais, para aumentar a arrecadação de tributos.

2.2.4 Estado Medieval

Entre os anos de 476 a 1453 d.C. perdeu a figura do Estado Medieval, que manteve-se sob a forte influência da Igreja Católica, com o poder centrado nas mãos dos líderes religiosos, embora já se buscasse uma ideia de universalidade política e inclusão de todos os homens ao comportamento individual e coletivo, objetivando, justamente, a expansão do

Cristianismo. Importa destacar que tal fato – a universalidade – não ocorreu, haja vista as desavenças havidas entre os Imperadores e o Papado, que não se submetiam ao poder do outro, respectivamente.

Além disso, o período restou marcado pela organização feudal, estando a organização social diretamente ligada com o poder patrimonial e territorial. Assim, por vezes, os senhores feudais, ao concederem uma fração de suas terras ao servo, ou ainda, ao oferecer-lhes proteção em caso de invasões ou guerras, passavam a possuir direito sobre a vida e a morte sobre este e sua família, podendo, inclusive, ditar regras sobre o comportamento particular ou social.

Tal conjuntura evidencia, portanto, que o grande corpo social não detinha qualquer poder político nas decisões do Estado, que era dividido entre o Imperador e a Igreja Católica, mantendo-se este nas mãos de poucas autoridades, com diferentes ordens no âmbito político e religioso, somado ao feudalismo, que, na realidade, escravizava os indivíduos de menor poder aquisitivo.

2.2.5 Estado Moderno

2.2.5.1 Estado Absolutista

O Século XIII se iniciou com o rompimento entre Estado e Igreja Católica, passando o poder a concentrar-se exclusivamente nas mãos do rei, que se reconhecia também como autoridade eclesiástica, constituindo, de fato, um Estado Absolutista que detinha o monopólio dos serviços essenciais e administrativos.

Dessa maneira, a primeira versão do Estado Moderno restou marcada pelo absolutismo monárquico, onde o rei (monarca) permanecia como chefe até a morte.

Por conseguinte, não comportava aos cidadãos decidirem politicamente sobre o Estado, uma vez que esta era a função autônoma da própria autoridade estatal na figura do rei.

2.2.5.2 Estado de Direito: o Estado Liberal e o Estado Social

Com o crescimento da burguesia e o surgimento de uma nova ordem social, econômica e política contra o absolutismo, fundada em premissas iluministas e racionais que marcaram o positivismo jurídico, o absolutismo perde forças a partir do século XVII.

Nesse sentido, algumas revoluções europeias foram cruciais tais transformações, a se destacar, a Revolução Gloriosa, de 1688, na Inglaterra, e a Revolução Francesa (ou Burguesa), em 1789, emergidas da necessidade de submeter os governantes às leis, sendo estas o “(...) produto da vontade geral do povo ou da nação, mas com o objetivo de manter o poder público na passividade, respeitando as liberdades fundamentais do indivíduo (...)” (SILVA, 2005, p. 6), pautadas nos preceitos de igualdade, fraternidade e liberdade, com atuação estatal limitada pela lei e um governo escolhido representativamente pelo povo, que exerceria a soberania de forma igual, indistintamente etnia ou gênero.

No entanto, tais ideais não passaram de ficção aos idealistas liberais, não sendo eles realizados na prática. Isso porque, em primeiro lugar, embora iniciado na premissa de igualdade, o Estado Liberal foi controlado pela burguesia, ou seja, a elite minoritária permanecia decidindo pela maioria. Então, o próprio Estado, que possuía uma função limitada, permitia a exploração de um indivíduo sobre o outro, obstando a realização dos direitos fundamentais prometidos, de modo que, embora teoricamente livres, os cidadãos encontravam-se escravizados materialmente.

Com efeito, o contexto criado pela burguesia dominante do Estado de Direito, especialmente em sua versão liberal, fez com que a sociedade clamasse pelo fim do abstencionismo estatal e solucionasse as injustiças sociais, com uma atuação estatal mais forte. Deste modo, e a partir de movimentos sociais, como a luta de classes embasada no século XIX por Karl Marx, que promoveu “(...) a ascensão de trabalhadores a certos direitos políticos, especialmente ao voto e elegibilidade, com uma tendência à universalização do sufrágio” (SILVA, 2005, p. 11), surgiu o Estado Social.

No entanto, tal organização não restou isenta de críticas. Para Ênio Moraes da Silva, embora essa formação estatal tenha sido importante do ponto de vista social, o Estado, ao assumir um papel tão paternalista, acaba por limitar os direitos individuais do cidadão, característico de sistemas autoritários, como ocorreu na Alemanha nazista, na Itália fascista, e até mesmo o Brasil da década de 1930 eram tidos como países de Estado Social, com um paternalismo difundido em uma política autocrática, apresentadas como uma pseudodemocracia, invalidando seu propósito de justiça social (SILVA, 2005, p. 13).

De qualquer maneira, embora não seja a democracia em sua plenitude, pode-se afirmar o seu surgimento no corpo da sociedade, com a ampliação – e não universalização– dos direitos políticos e, por conseguinte, da participação coletiva nas decisões do Estado e dos interesses comuns.

2.2.6 Estado Democrático de Direito

Na expectativa de mudanças que pudessem conciliar as ideologias predecessoras do Estado de Direito, clamadas pela sociedade que demandava a garantia de direitos individuais e sociais, nasce o Estado Democrático de Direito, que congrega o Estado de Direito, protetor das

liberdades individuais, e o Estado Social, protetor do bem comum (DI PIETRO, 2019). Assim, além destes direitos e garantias, os Estados passam a nortear-se por três princípios de bases democráticas, quais sejam, a soberania popular, com a participação popular no governo a ampliação do sufrágio e a mudança nos sistemas eleitorais; a liberdade; e a igualdade de direitos (DALLARI, 2011, p. 131).

Pode-se dizer, então, que este modelo de Estado, que vem a reparar as deficiências do Estado de Direito Liberal e Social, tem em suas aspirações na “(...) incorporação de todo o povo nos mecanismos de *controle das decisões*, e de sua *real participação nos rendimentos da produção*.” (SILVA, 2001, p. 122).

Ou seja, essa concepção de Estado Democrático envolve, além dos princípios herdados dos Estados Liberal e Social, os conceitos de soberania popular, exercida efetiva legitimamente da participação política do povo nas decisões do Estado em todos os seus aspectos, de forma livre e igualitária. (SILVA, 2005, p. 14), amparado nos princípios da justiça social, da igualdade, da divisão de poderes, constituindo, assim, um sistema de direitos e garantias fundamentais (SILVA, 2001, p. 126).

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 proclamou expressamente o Estado Democrático de Direito logo no caput do primeiro artigo, sustentado justamente na soberania (I), na cidadania (II), na dignidade da pessoa humana (III) e no pluralismo político (V). Ainda, de forma literal, o parágrafo único do mesmo dispositivo que o poder emana do povo e por ele é exercido, por seus representantes eleitos ou de forma direta (BRASIL, 1988). Neste sentido, a nossa Lei Maior assegura o exercício dos direitos individuais e sociais, firmada em um regime amplamente democrático, onde o povo exerce o seu poder soberano de decisão sobre o Estado, por meio do sufrágio universal – como o direito de votar e ser votado –, voto direto e secreto, garantidos no artigo 14 da Constituição Federal – e que

serão abordados posteriormente –, direitos estes que anteriormente eram reservados às autoridades clericais e minorias elitizadas.

3. Democracia e direitos políticos

A fundação do Estado Democrático de Direito restaurou os ideais da democracia, inaugurados pela Grécia Antiga em seu formato restritivo. Este modelo de Estado, adotado expressamente pela Constituição Federal de 1988 – que marcou a transição de um regime autoritário-, pressupõe um regime político democrático, pautado, essencialmente, nos princípios da soberania popular, onde o poder emana do povo; da liberdade; e da igualdade entre os indivíduos, para a sua busca incessante pela consecução de outros direitos fundamentais individuais e sociais, especialmente, a justiça social.

No entanto, embora visíveis os seus princípios, a definição democracia torna-se complexa pela própria variação e evolução das sociedades. Ela advém de um processo demorado e difícil, conquistadas por reivindicações sociais que, em sua maioria, foram violentas. Assim, embora seja exercida pelo povo, não é sempre pelo mesmo povo.

Diante da variabilidade, José Afonso da Silva defende que “a democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um *processo* de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história” e, transladando o discurso de Abraham Lincoln, firma a concepção de democracia, como regime político, como “*governo do povo, pelo povo e para o povo*”. (SILVA, 2001, p. 130). E, de fato, a democracia como regime político permite estabelecer essa relação entre povo e governo, tal como o próprio autor parafraseia, no sentido de explicar que

Governo *do povo* significa que este é fonte e titular do poder (*todo poder emana do povo*), de conformidade com o princípio da soberania popular que é, pelo visto, o princípio fundamental de todo regime democrático. Governo *pelo povo* quer dizer governo que se fundamenta na vontade popular, que se apoia no *consentimento popular*; governo democrático é o que se baseia na adesão livre e voluntária do povo à autoridade, como base da legitimidade do exercício do poder, que se efetiva pela *representação política* (*o poder é exercido em nome do povo*). Governo *para o povo* há de ser aquele que procure liberar o homem de toda imposição autoritária e garantir o máximo de segurança e bem-estar. (SILVA, 2001, p. 139)

Tal definição não apenas evidencia como também ressalta o poder que o povo tem em mãos em relação às decisões políticas do Estado, tendo a possibilidade de escolher quem o representará os interesses comuns na ordem política, ou, ainda, dispor-se à serviço do Estado e da sociedade para representar diretamente, submetendo-se ao consentimento popular para tanto.

Mas, deve-se alertar que a definição da democracia moderna não se restringe a isso. A autora Darcy Azambuja ressalva que o seu conceito atual ainda está em construção e, que diante da crise moral e intelectual transpassada, a sua estabilidade ainda é remota. Ainda, assegura que, muito além de um povo que tem a capacidade de governar a si mesmo – direta ou indiretamente, a democracia é uma forma de vida social, um sistema de coexistência dos indivíduos de uma organização estatal, pressupondo, para tanto, a liberdade e a igualdade de seus cidadãos. Neste sentido, a cientista política refere-se tanto à liberdade política, que se resume no direito de escolher seus representantes, como a liberdade civil, que abrange o direito à vida e a liberdade de pensamento, por exemplo; da mesma forma, refere-se à igualdade dos indivíduos perante a lei, reconhecendo as desigualdades naturais da sociedade. Em suma, para ela, a democracia não

deve ser apenas política, mas também social para que atinja os seus objetivos (AZAMBUJA, 2004, p. 213-223).

Nesta senda, pode-se afirmar que a democracia não se restringe ao poder de decisão política sobre o Estado, mas também faz parte da consecução das garantias fundamentais individuais e sociais, direitos estes que se modificaram e se aprofundaram através da história, especialmente a liberdade e igualdade. A própria democratização – no sentido da universalização – das prestações sociais são parte de um Estado Democrático de Direito, não esgotando o seu conceito tão somente na escolha da decisão política sobre o Estado. José Afonso da Silva (2001, p. 136) refere, inclusive, que a sua ineficácia em realizar os seus valores não invalida a democracia, sendo ela um conceito histórico.

Diante disso, algumas classes ainda buscam deslegitimar a democracia, aduzindo que a sociedade não está pronta para decidir sobre como ser governada e, porquanto, sobre a administração do Estado, tanto no seu nível intelectual, como cultural e econômico. É o que a doutrina chama de “teoria elitista” ou “elitismo democrático”, da qual intenta retomar o poder à uma minoria elitista, que se fundamenta na ideia de um sufrágio restritivo e qualitativo. Tal argumento entra em própria contradição, pois, além de limitar o próprio exercício democrático, que pressupõe a liberdade e igualdade, a democracia é, conforme mencionado alhures, um estilo de vida, sendo a educação, cultura e a justiça social seus consectários e não seus preceitos propriamente.

Com efeito, a democracia não é um sistema perfeito e não se pode afirmar que um dia será. E tal afirmativa, associada às crises institucionais vivenciadas nos últimos anos, que geram desconfiança do povo sobre a idoneidade das organizações estatais, cria um cenário conveniente ao aparecimento de políticos demagogos que flertam com regimes antidemocráticos e prometem a justiça social em troca das liberdades e

garantias individuais e sociais, tratando direitos fundamentais como disponíveis e negociáveis em troca do monopólio do poder. Ou seja, um retrocesso a regimes que não funcionaram em nível coletivo e, tão somente, geraram opressão às classes vulneráveis.

Assim, conclui-se valer muito mais o investimento em uma democracia prematura como a brasileira, que nasceu propriamente em 1988 – com uma Constituição Federal que marcou o fim de uma ditadura militar -, do que retroceder a sistemas que restringem os mais comezinhos direitos do seu povo.

Por óbvio, e como bem menciona Luís Roberto Barroso, ainda há muito o que fazer com essa democracia constitucional conquistada em 1988, especialmente em termos de justiça social, mas, também deve-se celebrar a democracia e o afastamento da nação de três formas políticas: “o autoritarismo, o populismo e o golpismo” (BARROSO, 2020, p. 413).

Ainda, a respeito das lições desenvolvidas supra, é importante destacar os principais valores fundantes da democracia como regime político, quais sejam, a igualdade e a liberdade, porque ambos libertam o cidadão das coações políticas e econômicas para definir o seu destino, indistintamente de seu gênero ou classe social. Ela dá a todos o direito subjetivo de exercer o poder de decisão sobre o Estado, que se resume à vontade da maioria – e não mais da minoria -, ou seja, da vontade geral:

O que dá essência à democracia é o fato de o poder residir no povo. Toda democracia, para ser tal, repousa na vontade popular no que tange à fonte de exercício do poder, em oposição aos regimes autocráticos em que o poder emana do chefe, do caudilho, do ditador. (SILVA, 2001, p. 137)

Tem-se, portanto, a partir das considerações tecidas, que o poder emana do povo, representado pela vontade geral, qual seja, a maioria dos cidadãos – que estão aptos legalmente para votarem e serem votados,

possuindo, assim, como princípios fundamentais a soberania popular e a participação – direta ou indiretamente – do povo no poder, pautados nos valores da liberdade e da igualdade.

Neste sentido, tendo em vista o exercício deste *Jus Civitatis* – direitos cívicos -, originaram-se três espécies de regime democrático, quais sejam: a) *democracia direta*, sendo aquela em que o povo exerce por si o poder, sem representantes; b) a *democracia indireta* ou *democracia representativa*, por meio da qual o povo, em seu pleno exercício de soberania e poder, elege seus representantes e lhes outorga os poderes para que, em nome do povo e para o povo, administrem a coisa pública; c) *democracia semidireta* ou *democracia participativa*, da qual trata-se, em verdade, de um “sistema híbrido” pelo qual o povo participa diretamente nas funções de governo, seja por plebiscito, referendo, iniciativa popular e ação popular.

O Brasil, a exemplo das democracias modernas, adota as espécies de democracia indireta e semidireta, expressado no parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal, cumulado com o artigo 14². A escolha decorre simplesmente por conveniência, haja vista que, considerando a extensão do território físico, seria impossível reunir os seus cidadãos para governarem diretamente o Estado.

Com efeito, a democracia indireta, ou representativa, é, por seus próprios termos, a participação popular formal, regular e indireta nas decisões do Estado, que ocorre por meio dos sistemas eleitorais para a escolha dos representantes que irão governar o Estado. Ela se realiza pelo

² “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] Parágrafo único. **Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente**, nos termos desta Constituição. [...]”

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo **sufrágio universal** e pelo **voto direto e secreto**, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - **plebiscito**; II - **referendo**; III - **iniciativa popular**.” (BRASIL, 1988, grifo nosso)

sufrágio, onde todos os cidadãos – em seu pleno gozo dos direitos políticos – podem votar e serem votados.

A valer, esse poder de participação do povo na escolha de seus governantes demanda a estruturação de normas que regulamentem e assegurem o seu exercício, o que chamamos de direitos políticos, que incluem o direito ao voto – universal, direto, secreto e periódico – e o direito de elegibilidade, respeitados os seus critérios constitucionais.

3.1 Direitos Políticos

No Brasil, pode-se afirmar que as prerrogativas políticas só foram universalizadas ao povo com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Como é consabido, preteritamente, o exercício ao poder democrático encontrava barreiras sociais – renda, gênero, escolaridade, etnia, faixa etária -, de modo que apenas a minoria da população participava do processo eleitoral.

Com efeito, a Constituição de 1824 estabelecia o voto indireto e censitário, além da restrição às mulheres. Inobstante a isso, em 1881 foi editada a Lei Saraiva (Decreto n.º 3.029), que vedou o voto aos analfabetos, e instituiu a eleição direta de acordo com os critérios econômicos, de maneira que apenas 150 mil, do total de 12 milhões de habitantes, gozavam dos direitos políticos.

A Primeira República se instituiu em 1889 e findou as restrições relativas à renda, mantendo apenas aos analfabetos. No entanto, importa mencionar que o período foi marcado pelo coronelismo, com as oligarquias rurais e latifundiárias e, por conseguinte, no âmbito eleitoral, por práticas fraudulentas e manipuladoras visando à manutenção do poder.

Os direitos políticos da Constituição de 1930 nasceram do anseio de pôr fim a tais práticas desmoralizadoras e instituir uma verdade eleitoral, ideais fortalecidos pelo Código Eleitoral de 1932, que estabeleceu o alistamento eleitoral para abolir a duplicidade de votos, o voto secreto e o voto feminino, sendo o princípio da universalidade do sufrágio e a ideia do voto como um direito e também como um dever cívico (SOBRINHO apud ROMÃO, 2015, p. 09). Importa mencionar que, embora tenha sido conquistado o sufrágio feminino em 1932, constitucionalizado em 1934, poucas foram às vezes em que as mulheres exerceram o seu direito político democraticamente até a Constituição Federal de 1988, haja vista as

ditaduras implantadas no Estado Novo (1937-1945) e o Regime Militar (1964-1985). Além disso, o Código Eleitoral de 1932, em consonância com a Constituição de 1891, restringia o voto aos indivíduos maiores de 21 anos, excluindo os mendigos, analfabetos e praças de pré.

A Constituição de 1934, por sua vez, tão somente reduziu o critério da faixa etária para 18 anos, mantendo as demais exclusões (BRASIL, 1934). A Constituição de 1946 manteve a restrição aos analfabetos, acrescentando à lista aqueles que não sabiam expressar a língua nacional. Mas, de outro norte, garantiu o sufrágio universal, com o voto secreto, direto e obrigatório (BRASIL, 1946).

A Constituição de 1967 manteve tais termos quase em sua integralidade, mas duraria até o ano de 1968, quando o país sofreu o duro golpe antidemocrático com a promulgação do AI-5 e o fechamento do Congresso Nacional, permanecendo assim até 1969, período em que os direitos políticos sofreram restrições significativas, especialmente no tocante à universalidade do sufrágio.

Ademais aos traumas sofridos no período, os já restritos direitos políticos ainda eram suprimidos pelo fator de escolaridade, termos suplantados somente pela Constituição Federal de 1988.

Por conseguinte, por um longo período vigorou o sufrágio restrito, impedindo que pobres, negros, analfabetos, jovens e mulheres – independente de classe social – participassem das decisões políticas e governamentais do Estado, impulsionando regimes elitistas, oligárquicos e, principalmente, injustos e desiguais.

Nesta perspectiva, a atual Constituição Federal foi irretocável ao certificar os direitos políticos como direitos fundamentais de um Estado Democrático de Direito que objetiva o alcance de uma sociedade justa, fraternal e solidária, assegurando que o poder emana do povo, que o exercerá

diretamente por meio de seus representantes eleitos. Não poderia assim ser senão através da democracia.

Com efeito, a Carta Magna cuidou dos direitos políticos ao dedicar um capítulo para instituir um conjunto de normas constitucionais que asseguram ao povo o seu direito de participação política, especificamente no artigo 14 e subsequentes, que se dividem, basicamente, entre direitos políticos ativos, como o direito de votar, e os direitos políticos passivos, com o direito de elegibilidade.

É importante salientar, neste interim, que o pleno gozo dos direitos políticos de votar e ser votado é o que torna o indivíduo um cidadão efetivamente. Assim, o *status* da cidadania, que se adquire com o alistamento eleitoral, está diretamente ligado à ordem política, muito além da própria nacionalidade, embora subjugada a esta. Nos termos de Bonavides,

A cidadania é a prova de identidade que mostra a relação ou vínculo do indivíduo com o Estado. É mediante essa relação que uma pessoa constitui fração ou parte de um povo. [...] é um status que define o vínculo nacional da pessoa, os seus direitos e deveres em presença do Estado e que normalmente acompanha cada indivíduo por toda a vida. (BONAVIDES, 2000, p.93)

Nestes termos, e tendo em vista a relação entre a nação e Estado, Lenio Luis Streck e José Luis Bolzan de Moraes enunciam que a democracia e a cidadania há muito superaram a ordem política para tornarem-se parte de outros setores, como o social – com a consecução de direitos ligados à educação, saúde, gênero, as relações jurídicas, etc. (BOLZAN; STRECK, 2014, p. 103), corroborando a afirmativa de que o exercício do poder político vai além da escolha de um candidato pelo cidadão no dia das eleições.

De qualquer modo, conforme já mencionado, o título de cidadão brasileiro adquire com o alistamento eleitoral, que é obrigatório, independentemente do gênero, tal como o voto, aos maiores de 18 e

menores de 70 anos (art. 14, §1^o, I), e facultativo aos maiores de 16 e menores de 18 anos, aos maiores de 70 anos e aos analfabetos (ART. 14, §1^o, II), sendo restrito aos estrangeiros e conscritos, nos termos no art. 14, §2^o da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Por conseguinte, os direitos políticos formam parte de uma das maiores conquistas do regime democrático, permitindo a participação popular nas decisões do Estado como um direito subjetivo de cada cidadão, respaldado nos preceitos da soberania popular, da nacionalidade, da cidadania e do sufrágio universal, que concede ao cidadão o direito de votar e ser votado e participar da atividade estatal, condicionado a questões de ordem técnica, como a nacionalidade e idade, e não mais de ordem discriminatória, a exemplo dos regimes anteriores.

4. Voto: um Direito-dever

O sufrágio universal é instituto basilar de um regime político democrático e representa a soberania popular nas decisões de Estado, constituído pela participação de todos os nacionais de um país, sem restringir tal direito subjetivo a condições de natureza econômica, social, de gênero ou escolaridade.

Essa universalidade, que também é igualitária – com o mesmo poder de decisão para cada cidadão –, evidencia a importância que cada cidadão possui dentro da própria sociedade. Por isso, o seu exercício – do sufrágio – é, na verdade, um exercício de cidadania, podendo ser manifestado ativamente, por meio do voto, do plebiscito, do referendo, pela iniciativa popular de projetos de lei, ou, ainda, pela propositura de ação popular, nos termos dos arts. 5^o, inciso LXXIII, e 14 da Constituição Federal.

Neste sentido, o voto, como exercício do sufrágio, ou seja, “é o ato político que materializa, na prática, o direito público subjetivo de sufrágio.”

(SILVA, 2001, p. 360). Mas, também, como exercício da própria soberania popular, ele denota uma função, quer dizer, é uma decisão individual de importância coletiva para decidir sobre o Estado. É um exercício de cidadania.

Urgem, portanto, duas vertentes: o direito e o dever. Paulo Bonavides explica que a visão do voto-direito está atrelada à concepção de soberania popular, onde cada indivíduo, como parte da sociedade política, é titular de uma fração da soberania; enquanto a ideia do voto-dever se associa à corrente da soberania nacional e veem o eleitor como mero instrumento para a formação de um “corpo representativo” do poder soberano (BONAVIDES, 2000, p. 295).

A autora Flávia Bahia assinala que o direito ao voto tem, em verdade, natureza híbrida, sendo, simultaneamente, “(...) direito público subjetivo, uma função social (função da soberania popular no regime democrático adotado pelo Brasil) e um dever sócio-político (na eleição dos governantes) e um dever jurídico, pois o seu descumprimento gera sanções jurídicas no país.” (BAHIA, 2017, p. 237). Associando-se a este conceito, podemos dizer que o voto é um direito, enquanto garantia de uma participação livre e igualitária do cidadão na coisa pública, mas também um dever enquanto exercício da cidadania, pois exige do eleitor a responsabilidade. Nestes termos, ratifica-se a reflexão trazida por Dalmo de Abreu Dallari:

É, sim, uma *função*, mas *função da soberania popular*, na medida em que traduz o instrumento de atuação desta. Nesse sentido, é aceitável a concepção de que seja “uma *função social*, que justifica a sua imposição como um dever. (DALLARI 2011, p. 162)

Não obstante, o autor José Afonso da Silva acrescenta que o voto é, de fato, um dever político-social, uma vez que “sendo necessário que haja governantes designados pelo voto dos cidadãos, como é da essência do

regime representativo, o indivíduo tem o dever de manifestar a sua vontade pelo voto.” (SILVA, 2001, p. 361)

Assim, pode-se dizer que o ato de votar para eleger um representante do povo para governar o Estado e decidir quais as políticas públicas serão adotadas para a consecução dos direitos fundamentais individuais e coletivos intentados pelo Estado Democrático de Direito é um dos deveres do cidadão para com a sociedade. Mesmo porque, conforme lecionado por José Afonso da Silva (2001, p. 142), o voto é um ato formal de decisão política, não sendo mera função designatória, mas sim um instrumento para consentir, aderir e legitimar uma política governamental.

De tal maneira ocorre que o direito ao voto – de maneira direta, secreta, universal e periódica – não está atrelado apenas ao Direito Eleitoral. Ele vai além. É um direito político constitucional, resguardado como cláusula pétreia da Constituição Federal³, de forma a impedir a sua supressão e corroborar o seu *status* de direito fundamental dentro de uma democracia constitucional. Neste sentido, Luís Roberto Barroso assinala que

Esta é a única limitação material expressa que não é apresentada com o teor de uma cláusula geral principiológica, mas sim como uma regra, uma prescrição objetiva. É que, por circunstâncias históricas brasileiras (...), o voto direto passou a ser o símbolo essencial do regime democrático. Por metonímia, o que se deve ler é que os elementos essenciais do Estado democrático são intangíveis. Note-se que a referência ao voto secreto visa a proteger a liberdade de participação política, que deve estar imune a injunções externas indevidas. A qualificação universal abriga a ideia de igual participação de todos e o caráter periódico reverencia um dos aspectos do ideal democrático-republicano, que é o controle popular e a alternância do poder. (BARROSO, 2020, p. 180, grifo nosso)

³ Art. 60, §4º: § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

Portanto, tem-se que esse cerceamento constitucional acerca das garantias constitucionais envolvidas ao exercício do sufrágio pelo voto, tem como escopo a intangibilidade do regime democrático, bem como o endosso da sua eficácia política como expressão da vontade e soberania popular.

Além disso, tem-se, claro, a obrigatoriedade do voto, que não está expresso no art. 6º, §4º da Constituição Federal, mas está assegurado seu art. 14, §1º, como um direito político que aproxima a sociedade da atividade Estatal e garante a universalidade do sufrágio, base do regime democrático, o que torna, portanto, o direito ao voto também um dever social, conforme mencionado anteriormente.

Entretanto, dessa obrigatoriedade, conforme mencionado por José Afonso da Silva, também deriva um dever jurídico, haja vista que o não comparecimento do cidadão às urnas eleitorais resulta em uma sanção jurídica, implicando a aplicação de multa e restrição a outros direitos conexos aos direitos políticos, previstos nos art. 7º, §1º do Código Eleitoral, em caso do não pagamento da multa e a ausência de justificativa.

Neste toar, convém fazer a ressalva que a “(...) obrigatoriedade não impõe ao eleitor o dever jurídico de emitir necessariamente o seu voto. Significa apenas que ele deverá comparecer à sua seção eleitoral e depositar sua cédula de votação na urna individual de votação.” (SILVA, 2001, p. 361). Significa dizer que essa imposição jurídica de votar não alcança o seu conteúdo e, porquanto, não afasta a sua liberdade de voto, de modo que, mesmo que o cidadão não cumpra o seu dever social de instrumentalizar a sua soberania e escolher o seu representante – ao votar nulo ou em branco, por exemplo –, ele estará cumprindo o seu dever jurídico.

De qualquer maneira, no tocante às sanções pelo descumprimento do dever jurídico, vale dizer não serem elas significativamente severas a ponto de coagir os cidadãos a exercerem o voto, tendo em vista a

possibilidade de justificar a sua insolvência e, em última hipótese, eximir-se da sanção com o pagamento da multa irrisória que varia no valor de 3 a 10 por cento do salário-mínimo vigente. Nesta senda,

Merece reparo a insistência em atribuir o baixo índice de abstenção à obrigatoriedade do voto entre nós, consoante previsto no § 1º, do art. 14, CF. A verdade é que a justificativa – quanto à ausência na votação – importa num procedimento extremamente simples e as multas são irrisórias – isto quando não há anistia quanto às sanções eleitorais – o que, na prática do cotidiano, conforma o nosso voto como facultativo.” (CAGGIANO apud ROMÃO, 2015, p. 14)

Não obstante, é constante a crítica acerca deste direito-dever, acarretando o surgimento de correntes que defendem a facultatividade do voto, com ideologias equivalentes ao elitismo democrático, mencionado alhures, no sentido de que vale mais a qualidade que a quantidade de votos. Isto é, seria mais adequado um eleitor consciente do seu voto do que um corpo eleitoral que vai às urnas de forma compelida e sem discernimento de sua escolha, que podem, claramente, desviar a própria função democrática da participação. Além do mais, para eles, a obrigatoriedade contraria a própria expressão de liberdade do voto, sendo o voto um direito e não um dever.

Neste sentido, dentre as inúmeras tentativas de uma reforma política, surgiram algumas propostas de emenda à Constituição no Congresso Nacional com o intuito decretar o fim da obrigatoriedade do voto. De acordo com o estudo realizado em 2018 pela Fundação Getúlio Vargas – Rio, desde 1988 foram apresentadas 51 propostas legislativas para alterar o artigo 14, §1º da Constituição Federal, sendo 45 delas relacionadas à facultatividade do voto e/ou do alistamento eleitoral (CASTRO; MOHALLEM; OLIVEIRA, 2018, p. 05).

Dentre as derradeiras, a proposta de facultatividade do voto foi apreciada em Sessão Extraordinária na Câmara dos Deputados no bojo da PEC 182/2007 – que foi aprovada e tornou-se a Emenda Constitucional n.º 96/2016 –, e rejeitada por 311 votos contra 134 a favor, além de 3 abstenções. Indicou-se, portanto, um posicionamento claro do Poder Legislativo pela manutenção do poder soberano nas mãos do povo.

Com efeito, a exemplo da PEC 352/2013, proposta em 2013 com o intuito de tornar o voto facultativo, iniciou-se por um grupo de trabalho destinado a estudar sobre a reforma política, e incidiu no tema após o crescimento de manifestações sociais contra o governo. Isso demonstra como as crises econômicas e institucionais influenciam para o impulsionamento de massas antidemocráticas.

Nesse toar, é válido trazer à baila alguns dados que corroboram as assertivas. No ano de 2014 o Instituto de Pesquisas Datafolha realizou uma pesquisa sobre a obrigatoriedade do voto, sendo que, das 2.884 pessoas entrevistadas em 171 municípios brasileiros, entre 18 e 70 anos, 61% firmaram contrariedade à obrigatoriedade do voto, e outras 34% responderam a favor, sendo que 57% dos entrevistados não votariam caso o voto fosse facultativo. Tais números corresponderiam a uma exclusão de, aproximadamente, 90.230.274 de cidadãos da participação política⁴, afetando diretamente a taxa de participação atual, que se estabelece em torno de 85%.

De acordo com os estudiosos da ciência política, e com base em estudos nos 236 países que adotaram o voto facultativo, a desoneração ao exercício do sufrágio traz uma conseqüente diminuição na participação política do povo no Estado, de maneira que o princípio – ou técnica – da “maioria” poderá perder o sentido, uma vez que será a maioria formada

⁴ Este número foi calculado pelo número do eleitorado apto à votação no ano de 2020, que, segundo o Tribunal Superior Eleitoral, é de 147.918.483 cidadãos. (BRASIL, 2020)

por uma minoria (DAHL apud CASTRO; MOHALLEM; OLIVEIRA, 2018, p. 08)

Nesta senda, tem-se a preocupação de que uma parcela significativa – e importante – da população seja excluída das decisões políticas do Estado, regressando a períodos onde o governo era escolhido por uma minoria autodeterminada apta, ligada diretamente aos fatores da escolaridade e renda.

No entanto, Darcy Azambuja assinala que o sufrágio não pode ser visto como uma decisão peremptória e refletida do indivíduo frente a todos os transtornos sociais, políticos e econômicos enfrentados na contemporaneidade, sob pena de torná-lo impossível a quase todos os cidadãos. Se espera, na verdade, que o cidadão tenha discernimento para escolher pessoas idôneas e capazes de governar de forma satisfatória. (AZAMBUJA, 2005, p. 282), o que, acredita-se, é realizado a partir da sua experiência, na realidade vivenciada e na condescendência de ideologias.

Deste modo, não se pode confundir a incompetência com a irresponsabilidade. A incompetência está associada à falta de discernimento do cidadão para escolher um representante para governar, o que se presume, por exemplo, de uma pessoa com menos de 16 anos de idade. A irresponsabilidade, por sua vez, encontra-se na negligência do cidadão para com a coisa pública, seja por qualquer motivo, que pode ocorrer tanto em um sistema eleitoral compulsório tal como em um facultativo.

Fato é que não se pode firmar uma democracia constitucional cujo objetivo seja buscar a consecução dos direitos fundamentais como educação, saúde, moradia, alimentação e tantas outras liberdades individuais sem a participação majoritária da população que representa anseios da população. É por meio do voto, ainda, que diversos grupos sociais que não possuem influência política para pressionar os governos

de forma individual, e que por muito tempo foram esquecidos pelo Estado minoritário, buscam uma reação aos movimentos antidemocráticos e desiguais que ainda despontam na sociedade.

5. Considerações finais

Finalizado o estudo bibliográfico, evidenciou-se que a definição de Estado sempre esteve relacionado à estrutura organizacional da sociedade e que esta, por um longo período, ficou restrita às maiorias, fundadas na condição financeira, de gênero, de escolaridade, e na espiritualidade da pessoa, conservando-se tal contexto por séculos e desencadeando injustiças sociais que refletem até o presente, de maneira que mulheres, negros, pobres ainda são a minoria na política.

Inobstante a isso, o Estado Democrático de Direito, que surgiu de lutas incessantes e violentas destas minorias, cujo foi inaugurado no Brasil pela Constituição Federal de 1988, vem com o intuito de instituir um regime de participação livre e igualitária dos cidadãos nas decisões políticas do Estado para a consecução de direitos individuais e sociais, tendo como um de seus principais fundamentos a soberania popular, que se exerce pelo sufrágio universal, que corresponde ao voto direto, secreto, universal e periódico; ao plebiscito, referendo e iniciativa popular na apresentação de projetos de lei. É a representação de que o povo é dono do seu destino.

O voto, especificamente, tem natureza híbrida: ao mesmo tempo em que é um direito subjetivo de participar das decisões políticas, também é um exercício da cidadania, um dever-cívico que impõe uma responsabilidade sobre o cidadão. Isso porque, a decisão não se exaure na eleição, pois reflete uma escolha sobre a política governamental a ser adotada, ou seja, consente e legitima a atuação de um governo e sua ideologia.

Assim, quem não exerce o seu direito ao voto, não participa da decisão, mas, não obstante, sofrerá as consequências de uma má escolha.

Neste toar, viu-se que são amplas as discussões acerca da obrigatoriedade do voto, criadas principalmente pelas crises institucionais vivenciadas nos últimos anos, que acabam por ocasionar uma desconfiança do povo na própria capacidade de escolha e o conseqüente abandono das premissas democráticas, situações exploradas por governos intimamente ligados a regimes ditatoriais e que buscam deslegitimar a democracia e os direitos individuais e sociais por meio dela conquistados.

É relevante mencionar que uma eventual alteração constitucional para facultar ao cidadão o exercício do direito ao voto – desobrigando-o, portanto – não aboliria a universalização do sufrágio, que é cláusula pétrea da CF, nos termos do art. 60, §4^o, inciso II, mas, certamente impactaria na participação política de grande parte da população e, por conseguinte, na política governamental do Estado. O estudo histórico dos direitos políticos evidenciou que a facultatividade foi determinante para a consumação de inúmeras fraudes eleitorais antes de 1930. Importa mencionar, também, que o atual sistema de votos não impede fraudes e o cometimento de crimes eleitorais, mas, por outro lado, ela garante a igualdade da participação popular decisões políticas, o que seria questionável se apenas uma minoria votasse.

Por conseguinte, a importância da participação política através do voto universal, direto, periódico e secreto, se justifica pela busca de uma consolidação da democracia constitucional forte de um Estado Democrático de Direito, respaldada nos preceitos da soberania popular exercida de forma livre, em seu aspecto material, e igualitária, dentro dos parâmetros legais, tendo como escopo a consecução de direitos fundamentais individuais e coletivos. A obrigatoriedade, por sua vez, se impõe em corolário ao

seu *status* de dever social, como exercício da cidadania e expressão individual dos interesses gerais da sociedade.

A democracia brasileira ainda tem um árduo caminho a percorrer até alcançar a sua maturidade. Quando atingi-la, o debate sobre a obrigatoriedade do voto supostamente será menos controverso. Mas, atualmente, tendo em vista a importância do exercício dos direitos políticos amplificados, é plausível pensar que, mais importante que aderir um novo sistema que desobriga o povo a exercer a sua soberania é adotar mecanismos que aproximem o povo dos preceitos democráticos e provoquem um engajamento maior na participação política, tal como já ocorrem em alguns municípios, com os orçamentos participativos, por exemplo. Em uma conjuntura maior tal afirmativa parece utópica, justamente diante das crises institucionais, intelectuais, econômicas vivenciadas, mas também não é impossível, em uma perspectiva otimista. O que se pode afirmar com certeza é que a democracia não teme o povo, ela o protege.

Referências

AZAMBUJA, Darcy. **Introdução à Ciência Política**. 17 ed. São Paulo: Globo, 2005.

BAHIA, Flávia. **Coleção descomplicando: Direito Constitucional**. 3. ed. Recife: Armador, 2017.

BAHIA, Flávia. **Coleção descomplicando: Direito Constitucional**. 3. ed. Recife: Armador, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Curo de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553617562/cfi/o!/4/4@0.00:57.6>. Acesso em: 03 out. 2020.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Sessão Extraordinária n.º 147, de 10 de junho de 2015**.

Proposta de Emenda à Constituição n.º 182 de 2007. Votação do artigo 8º do substitutivo - voto facultativo. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/votacao/mostraVotacao.asp?ideVotacao=6369&numLegislatura=55&codCasa=1&numSessaoLegislativa=1&indTipoSessaoLegislativa=O&numSessao=147&indTipoSessao=E&tipo=partido>. Acesso em: 15 out. 2020.

BRASIL. Lei n.º 4.737 de 15 de julho de 1965. **Institui o Código Eleitoral**. Brasília, 15 de julho de 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14737compilado.htm. Acesso em: 15 out. 2020.

BRASIL. **Constituição** (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 15 out. 2020.

BRASIL. **Constituição** (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, RJ, 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em 15 out. 2020.

BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 nov. 2020.

BRASIL. **Tribunal Superior Eleitoral**. Estatísticas Eleitorais. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais>. Acesso em: 05 nov. 2020.

CASTRO, Matheus Rodrigues S; MOHALLEM, Michael Freitas; OLIVEIRA, Isabel Cristina Veloso. **Entre o Direito e o Dever de votar: uma Análise das PECs sobre Alistamento Eleitoral e Voto Compulsório**. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/27604/Entre%20o%20Direito%20e%20o%20Dever%20de%20Votar->

Ana%CC%81lise%02odas%02oPECs%02osobre%02oAlistamento%02oEleitoral%02o%02oVoto%02oCompulso%CC%81rio.pdf. Acesso em: 31 out. 2020.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30 ed. [S.l.]: Saraiva, 2011.

DATAFOLHA. **Voto obrigatório** - Maio de 2014. Disponível em: <http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2014/05/12/voto-obrigatorio-site.pdf>. Acesso em: 31 out. 2020.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Conheça a origem do Estado Democrático de Direito. **Gen Jurídico**. 22 jul. 2019. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2019/07/22/estado-democratico-de-direito-conheca-sua-origem/>. Acesso em: 20 out. 2020.

ROMÃO, Luis Fernando de França. **Considerações sobre o voto obrigatório no contexto da Reforma Política de 2015**. Estudos Eleitorais, vol. 10, n. 03, set.-dez., 2015. Disponível em: <http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/1856>. Acesso em: 25 out. 2020.

SILVA, José Afonso; **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

SILVA, Enio Moraes. **O Estado Democrático de Direito**. Revista de Informação Legislativa. Brasília, n. 167, jul.-set., 2005. Disponível em: https://www.greenme.com.br/wp-content/uploads/2019/09/ri1_v42_n167_p213.pdf. Acesso em: 25 set. 2020.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luiz Bolzan. **Ciência Política & Teoria do Estado**. 8 ed. rev. e atual. [S.l.]: Livraria do Advogado Editora, 2014.

A Editora Fi é especializada na editoração, publicação e divulgação de pesquisa acadêmica/científica das humanidades, sob acesso aberto, produzida em parceria das mais diversas instituições de ensino superior no Brasil. Conheça nosso catálogo e siga as páginas oficiais nas principais redes sociais para acompanhar novos lançamentos e eventos.



www.editorafi.org
contato@editorafi.org