

ELEIÇÕES. POLÍTICA E GESTÃO PÚBLICA

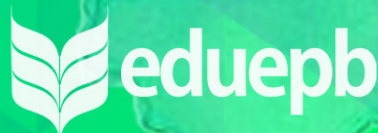
UMA COLEÇÃO DE ARTIGOS

ORGANIZAÇÃO

DIMITRE BRAGA SOARES DE CARVALHO

LUCIANO DO NASCIMENTO SILVA

RODRIGO COSTA FERREIRA





Universidade Estadual da Paraíba

Prof. Antonio Guedes Rangel Junior | *Reitor*

Prof. Flávio Romero Guimarães | *Vice-Reitor*



Editora da Universidade Estadual da Paraíba

Luciano Nascimento Silva | *Diretor*

Antonio Roberto Faustino da Costa | *Editor Assistente*

Cidival Morais de Sousa | *Editor Assistente*

Conselho Editorial

Luciano do Nascimento Silva (UEPB)

Antônio Roberto Faustino (UEPB)

Cidival Morais de Sousa (UEPB)

José Luciano Albino Barbosa (UEPB)

Antônio Guedes Rangel Junior (UEPB)

Flávio Romero Guimarães (UEPB)

Conselho Científico

Raffaele de Giorgi (UNISALENTO/IT)

Jorge Eduardo Douglas Price (UNCOMAHUE/ARG)

Celso Fernandes Campilongo (USP/ PUC-SP)

Juliana Magalhães Neuwander (UFRJ)

Vincenzo Carbone (UNINT/IT)

Vincenzo Milittello (UNIPA / IT)

Jonas Eduardo Gonzalez Lemos (IFRN)

Eduardo Ramalho Rabenhorst (UFPB)

Gonçalo Nicolau Cerqueira Sopas de Mello Bandeira (IPCA/PT)

Gustavo Barbosa Mesquita Batista (UFPB)

Rodrigo Costa Ferreira (UEPB)

Glauber Salomão Leite (UEPB)

Germano Ramalho (UEPB)

Dimitre Braga Soares de Carvalho (UFRN)



Editora filiada a ABEU

EDITORA DA UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA

Rua Baraúnas, 351 - Bairro Universitário - Campina Grande-PB - CEP 58429-500

Fone/Fax: (83) 3315-3381 - <http://eduepb.uepb.edu.br> - email: eduepb@uepb.edu.br

Dimitre Braga Soares de Carvalho
Luciano do Nascimento Silva
Rodrigo Costa Ferreira
(*Organizadores*)

**ELEIÇÕES, POLÍTICA E
GESTÃO PÚBLICA**
Uma coleção de artigos



Campina Grande-PB
2018

Copyright © EDUEPB

A reprodução não-autorizada desta publicação, por qualquer meio, seja total ou parcial, constitui violação da Lei nº 9.610/98.

EDITORA DA UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA

Diretor

Luciano do Nascimento Silva

Design Gráfico e Editoração

Erick Ferreira Cabral

Jefferson Ricardo Lima Araujo Nunes

Leonardo Ramos Araujo

Revisão Linguística

Elizete Amaral de Medeiros

Antonio de Brito Freire

Comercialização

Edvânia Barbosa Freire

Divulgação

Danielle Correia Gomes

Depósito legal na Biblioteca Nacional, conforme Lei nº 10.994, de 14 de dezembro de 2004.

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL - UEPB

- E38 Eleições, política e gestão pública: uma coleção de artigos [livro eletrônico]./ - Dimitre Braga Soares de Carvalho, Luciano do Nascimento Silva, Rodrigo Costa Ferreira (orgs). - Campina Grande: EDUEPB, 2018.

Modo de acesso: eduepb.uepb.edu.br/e-books

ISBN EBOOK: 978-85-7879-540-5

1. Política. 2. Eleições. 3. Corrupção. 4. Propaganda eleitoral.
I. Carvalho, Dimitre Braga Soares de. II. Silva, Luciano do Nascimento. III. Ferreira, Rodrigo Costa. IV. Título.

21. ed. **CDD 320**

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO 7

Dimitre Braga Soares de Carvalho

Luciano Nascimento Silva

Rodrigo Costa Ferreira

PUBLICIDADE: PODER NO COMBATE À CORRUPÇÃO 9

André Pereira de Medeiros

Felipe Pereira de Medeiros

Thiago Garcia

**A CIÊNCIA CONTÁBIL COMO INSTRUMENTO DE
COMBATE À CORRUPÇÃO** 17

André Pereira de Medeiros

Felipe Pereira de Medeiros

Thiago Garcia

**FISIOLOGISMO DE MUITOS, DEMOCRACIA DE
POUCOS** 24

Augusto de França Maia

**PROPAGANDA PRÉ-ELEITORAL E O USO DE
FERRAMENTAS DE PUBLICAÇÃO PATROCINADA
EM REDES SOCIAIS: DESIGUALDADES E INCERTEZAS** 30

Camila Oliveira da Costa

Raíssa Alves dos Santos

**MÁ GESTÃO DA RES PÚBLICA:
O PROBLEMA BRASILEIRO** 37

Clécio Araújo de Lucena

Wanessa Murielly Fernandes de Andrade

REFORMA POLÍTICA E ELEITORAL: CORRUPÇÃO TEM JEITO?	42
<i>Daniel Monteiro da Silva</i>	
OS ATOS ADMINISTRATIVOS E AS FORMAS DE CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	49
<i>Daviton Gurgel Guerra Fernandes</i>	
CONSTITUCIONALIZAÇÃO E CRISE DO DIREITO PRIVADO NO BRASIL	56
<i>Dimitre Braga Soares de Carvalho</i>	
A SOBERANIA POPULAR COMO ELEMENTO DA POLÍTICA DEMOCRÁTICA	63
<i>EmillyNaeli Alves Araújo</i> <i>Isac Rafael Soares de Queiroz</i>	
PROTEÇÃO AOS DIREITOS AUTORAIS DAS PROPAGANDAS ELEITORAIS	68
<i>Francisco Segundo de Sousa</i> <i>Lenilson Silva de Azevedo</i>	
SISTEMA PRISIONAL: POLÍTICA DE INSEGURANÇA PÚBLICA?	74
<i>Igor da Silva Gomes</i> <i>Augusto de França Maia</i> <i>Sebastião Caio dos Santos Dantas</i>	
CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E CORRUPÇÃO: ACEPÇÕES E FERRAMENTAS DE PUNIÇÃO	81
<i>Jéssica Dantas de Oliveira</i>	

A REGULAÇÃO DA MÍDIA COMO EFETIVAÇÃO PRÁTICA DA COMUNICAÇÃO SOCIAL NO BRASIL.....	87
<i>Leandro dos Santos Araújo</i> <i>Leonilson dos Santos Araújo</i>	
CORRUPÇÃO, CRIME E SEBOCRACIA.....	93
<i>Lucas Cavalcante de Lima</i>	
PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E AS PROVAS ILÍCITAS NO DIREITO PROCESSUAL PENAL.....	100
<i>Luciano Nascimento Silva</i> <i>Cinthya Fernanda Vicente Souza</i>	
DEMOCRACIA EM DIREITOS HUMANOS E SUA PROTEÇÃO INTERNACIONAL.....	127
<i>Mariana Camilo Medeiros Rosa</i> <i>Carolina Camilo Medeiros Rosa</i>	
O FORNECIMENTO DE ÁGUA EM TEMPOS DE CRISE HÍDRICA NO RN: OS POÇOS ARTESIANOS DESCONTROLADOS À LUZ DO CDC/90 E DA TUTELA INIBITÓRIA.....	135
<i>Pablo Brenno Medeiros</i>	
POLÍTICA JUDICIÁRIA DEMOCRÁTICA PARA BRASILEIRO VER.....	142
<i>Dr. Rodrigo Costa Ferreira</i>	
DELIMITAÇÃO DE COMPETÊNCIA ENTRE O ICMS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE E DO ISS DO MUNICÍPIO DE NATAL.....	151
<i>Rui Paulino de Medeiros Sena</i>	

REFLEXÕES ACERCA DA FORMAÇÃO DAS COLIGAÇÕES DENTRO DOS SISTEMAS ELEITORAIS BRASILEIROS E SUAS IMPLICAÇÕES PARA COM A RELAÇÃO ELEITOR-ELEITO NO PROCESSO SUFRAGISTA VIGENTE.....	157
--	------------

Sebastião Caio dos Santos Dantas

Franco Bareze Silva Vital

Felipe Nathanael de Medeiros

O PREÇO A PAGAR PELA CORRUPÇÃO AINDA COMPENSA?.....	164
--	------------

Thiago Garcia

Felipe Pereira de Medeiros

POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS: UMA QUESTÃO PRINCIPIOLÓGICA.....	171
--	------------

Tiago José de Souza Lima Bezerra

APRESENTAÇÃO

Uma eleição é feita para corrigir o erro da eleição anterior, mesmo que o agrave.

Carlos Drummond de Andrade

São poucos os políticos que sabem fazer política. Mas, quando um intelectual tenta entrar nesse meio, então é o fim do mundo.

Jorge Luis Borges

Em alguns botequins da cidade, se resolvem mais problemas que na administração pública.

Saint-Clair Mello

A obra ora estampada nas páginas digitais, premiadas e recordistas da EDUEPB corresponde ao Congresso nominado *XV Just Et Justitia* nesta edição apresentado com natureza jurídico-política, formulado, organizado e realizado no âmbito das atividades acadêmico-científicas do Curso de Direito do CERES/UFRN – Centro de Ensino Superior do Seridó da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, cidade de Caicó.

O Congresso com tema Jurídico-Político *XV Just Et Justitia – Eleições, Política e Gestão Pública*, recebeu o contributo acadêmico da produção científica de professores internos e externos a IES, de pesquisadores das ciências sociais aplicadas e dos estudantes que participaram, participações apresentadas no formato de artigos sob a orientação acadêmica de um docente, textos que foram submetidos à análise em espaço de GTs – Grupos de Trabalho, à luz de uma banca examinadora formada por 3 (três) professores.

Os referidos textos (formato de artigos) apresentados no Congresso, versão sobre:

– Ciência contábil como instrumento de combate à corrupção; A idéia da propaganda pré-eleitoral e o fenômeno das redes sociais; A biografia da má gestão da coisa pública na realidade brasileira; Os atos administrativos e o controle da administração pública; O paradigma da constitucionalização e a crise do direito privado brasileiro; A exigência e a necessidade da reforma política e eleitoral; A soberania popular como elemento de democratização da política; A complexidade entorno aos direitos autorais; A dramática questão do sistema prisional brasileiro; O fenômeno dos crimes contra à administração pública; A polêmica questão da regulação da mídia; O teorema complexo dos crimes de corrupção; A problemática da prova no processo penal; A combalida democracia e a garantia de direitos; e, A questão ambiental no paradigma da água;

O leitor que vai se deparar com o corpo da obra digital ora apresentada na sua nomeação *XV Just Et Justitia – Eleições, Política e Gestão Pública* terá a oportunidade de alargar os olhares, expandir a cognição e renovar os saberes e conhecimentos. Mais ainda, duas outras conseqüências inevitáveis a serem vividas: primeira, o inequívoco enriquecimento jurídico, político e cultural; segunda, a constatação de construções jurídico-científicas relevantes na produção acadêmica de olhares, letras e vozes as mais distintas e singulares possíveis.

Não podem ser outras as expressões que não de agradecimento à EDUEPB – Editora da Universidade Estadual da Paraíba, que se disponibilizou a estar presente no evento com seu estande de livros e a produzir o livro digital (formato e-book/e-pup) produto dos acontecimentos acadêmicos construídos e vividos no *XV Just Et Justitia – Eleições, Política e Gestão Pública*.

Dimitre Braga Soares de Carvalho
Luciano Nascimento Silva
Rodrigo Costa Ferreira

PUBLICIDADE: PODER NO COMBATE À CORRUPÇÃO

André Pereira de Medeiros¹

Felipe Pereira de Medeiros²

Thiago Garcia³

INTRODUÇÃO

Porque a publicidade é um elemento de tão grande importância no combate à corrupção, que merece estar presente entre os princípios que regem a administração pública, elencados no artigo 37 da CRFB?

Rui Barbosa, em conferência editada na Bahia em 1920, disse:

Sem vista mal se vive. Vida sem vista é vida no escuro, vida na soledade, vida no medo, morte em vida: o receio de tudo; dependência de todos; rumo à mercê do acaso; a cada passo acidentes, perigos, despenhadeiros. Tal a condição do país, onde a **publicidade** se avariou, e, em vez de ser os olhos, por onde se lhe exerce a visão, ou o cristal, que lha clareia, é a obscuridade, onde se perde, a ruim lente, que lhe turva, ou a droga maligna, que lha perverte, obstando-lhe a notícia da realidade, ou não lha deixando senão adulterada, invertida, enganosa (1990, p.21, grifo nosso).

1 Acadêmico do curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. E-mail: andrepmedeiros@hotmail.com.

2 Acadêmico do curso de Ciências Contábeis da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. E-mail: felipepmedeiros@hotmail.com.

3 B. Sc. em Ciências Contábeis pela Fundação Universidade do Tocantins, pós-graduando em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e acadêmico do curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. E-mail: thiago_garcia97@hotmail.com.

Para Rui Barbosa, apenas a transparência dos atos governamentais, mais tarde ensejada pelo princípio da publicidade dos atos da administração pública, seria capaz de refrear a corrupção nata do ser humano. Ainda mais, em países cujo “ideal dos governos está na irresponsabilidade”, como o nosso. Por isso, disse ele: “Só onde os povos se costumaram a tomar contas aos seus administradores, e estes a dar-lhas, é que os homens públicos apreciam as vantagens dos regimens [sic] de responsabilidade” (1990, p.24).

Evidentemente, a exigência de prestar contas de suas atividades, quer o indivíduo seja um administrador de empresas, quer um gestor público, carece de graça e satisfação. Mas é condição inafastável da administração pública, conforme disposição do artigo 37 da CRFB de 1988.

Parece óbvia essa necessidade. Em 1862, nos EUA, a comissão de investigação das irregularidades do ministério da Guerra, elaborou um relatório final apresentado à descoberta de fraudes gigantescas no governo. O relatório conclui que a comissão fora “acabrunhada de assombro e tristeza com as revelações apuradas”, mas declara por fim que “a um povo livre não se deve ocultar coisa alguma do que tão intimamente o interessa” (BARBOSA, 1990, p.16). Nada deve ser mais de íntimo interesse da nação que a forma como são gastos os recursos públicos. E, uma vez sendo do interesse do Estado o perfeito cumprimento obrigacional da iniciativa privada, constitui-se, deveras, interesse da nação.

Nesse cenário, é imperioso constatar a função de instituição vital a fim de se dar transparência, publicidade às atividades empresariais e estatais, e à imprensa.

A imprensa é a vista da Nação. Por ela é que a Nação acompanha o que lhe passao perto e ao longe, enxerga o que lhe malfazem, devassa o que lhe ocultam e tramam, -colhe o que lhe sonégam, ou roubam, percebe onde lhe alveja, ou nodoam, mede o que lhecerceiam, ou destroem, vela pelo que lhe interessa, e se acautela do que a ameaça. [...]

Um país de imprensa degenerada ou degenerescente é, portanto, um país cego e um país miasmado, um país de idéias[sic] falsas e sentimentos pervertidos, um país, que, exploradora sua consciência, não poderá lutar com os vícios, que lhe exploram as instituições (BARBOSA, 1990, p.20-22).

Ainda citando o exemplo dos Estados Unidos da América, Rui Barbosa menciona que aquela nação conheceu a corrupção desde os seus primórdios, na “idade dos patriarcas”. Os depoimentos documentados apontam para uma corrupção em tão grande proporção que “subvertia o senso moral do povo” (1990, p.40). Porém, hoje, os EUA figuram entre os 20 países menos corruptos e mais transparentes do mundo. O que tem sido feito desde a época de Rui Barbosa “é investir sem piedade contra esses desaforos, e entregá-los a uma publicidade inexorável” (BARBOSA, 1990, p.41).

Este artigo apresenta uma exposição metodologicamente bibliográfica da instrumentação legalmente estabelecida no Brasil a fim de se dar eficácia ao princípio jurídico administrativo da publicidade.

A INSTRUMENTAÇÃO LEGAL A FIM DA EFICIÊNCIA DA PUBLICIDADE

A CRFB de 1988 destaca em seu artigo 1º que todo o poder emana de um povo representado. Como representantes, os administradores dos recursos públicos têm uma responsabilidade objetiva por seu desempenho. A isso pertence à terminologia ainda difícil de conceituar: o *accountability* (CORBARI, 2015, p.106). Porém, em linhas superficialmente gerais, é a responsabilidade, de que me é feito delegado, de prestar contas periodicamente ao delegante (NAKAGAWA, 1993, p.17).

Por esse motivo, em novembro de 2004, foi lançada uma plataforma virtual, que posteriormente seria implantada em todos os níveis da administração pública: o portal da transparência, cujo objetivo gira em torno de garantir à população a publicidade dos atos praticados pelos gestores públicos.

No ano de 1998, em meio à crise internacional, o Brasil estava enfrentando diversos problemas por causa da alta inflação e da alta dívida internacional acumulada. Embora o plano real tenha sido eficaz em controlar a hiperinflação, as elevadas taxas de impostos e a privatização de muitas instituições públicas não se mostraram suficientes para conter os gastos públicos e melhorar a economia do país que estava grandemente prejudicada pela enorme quantidade de recursos desperdiçados pelos municípios e estados do país. Havia necessidade de um mecanismo legal que contribuísse para o equilíbrio fiscal no país e que tornasse efetivo o uso dos princípios da transparência e da responsabilidade fiscal (NUNES; NUNES, 2015). Neste contexto, em setembro de 1998, começou-se a construir a proposta da Lei da Responsabilidade Fiscal.

A Lei Complementar n.º 101, de maio de 2000, a Lei de Responsabilidade Fiscal, foi estabelecida para normatizar as finanças públicas de modo a atingir a gestão responsável dos recursos públicos, com ação planejada e transparente, por prevenir riscos e corrigir desvios capazes de afetar as contas públicas mediante o cumprimento de metas fiscais entre receitas e despesas e a obediência de limites e condições, a fim de garantir o cumprimento das obrigações governamentais e o pagamento das dívidas existentes.

Em termos simples, esta lei foi criada para garantir que os gestores públicos não gastem mais do que arrecadam, para não aumentar a dívida pública, e que utilizem de modo responsável os recursos à disposição dos órgãos e instituições públicas (DEBUS, 2015, p.11). Para isso, a lei estipula o uso de diversas ferramentas para garantir o planejamento, o controle, a transparência e a execução dos recursos públicos. Dentre estas ferramentas, estão: o Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), a Lei Orçamentária Anual (LOA), o Relatório Resumido da Execução Orçamentária (RREO) e o Relatório de Gestão Fiscal (RGF). O PPA, a LDO e a LOA são destinados ao planejamento orçamentário e ao estabelecimento das metas a serem cumpridas no próximo exercício ou nos exercícios seguintes. O RREO e o RGF têm o objetivo de apurar a execução orçamentária e o efetivo cumprimento

das metas. Em suma, a LRF (Lei de Responsabilidade Fiscal) tornou vital a íntima relação entre a Contabilidade, a Administração Pública e a Transparência.

Porém, de nada adiantaria tantas ferramentas se não houvesse quem fiscalizasse o cumprimento das normas de gestão fiscal. A responsabilidade pela fiscalização das mesmas é atribuída ao Poder Legislativo, auxiliado pelo Tribunal de Contas, e pelos sistemas de Controle Interno de cada Poder e do Ministério Público (DEBUS, 2015, p.91). Estes devem frequentemente fiscalizar e alertar os Poderes e Órgãos sobre o não cumprimento das metas e dos limites estabelecidos, bem como das irregularidades encontradas nos processos administrativos.

A insistência no descumprimento da LRF ou a não apresentação, em meios oficiais e dentro dos prazos estabelecidos, desses relatórios podem levar a sanções tanto institucionais como pessoais. As sanções institucionais podem envolver desde a interrupção de transferências voluntárias realizadas pelo Governo Federal ao impedimento de contratação de operações de crédito. As sanções pessoais recaem sobre o agente administrativo podendo levar a: cassação do mandato, multa de 30% dos vencimentos anuais, inelegibilidade e detenção que pode variar entre 6 meses e 4 anos (DEBUS, 2015, p.100, 102).

Além disso, para facilitar e acelerar o processo de fiscalização das empresas e instituições privadas foi criado o SPED (Sistema Público de Escrituração Digital), por meio do Decreto nº 6.022, de 22 de janeiro de 2007, que consiste em um conjunto de sistemas de informações destinados ao cumprimento das obrigações acessórias, transmitidas pelos contribuintes às administrações tributárias e aos órgãos fiscalizadores. A partir do sistema de contabilidade, as empresas geram um arquivo digital em formato específico e o envia via internet para a Receita Federal, o qual também é disponibilizado para as Juntas Comerciais.

O SPED permite a integração dos fiscos por meio da padronização e do compartilhamento dos dados contábeis e fiscais. Assim, tornou-se mais fácil constatar e punir irregularidades nos procedimentos empresariais e contábeis com o avanço no controle dos processos, o rápido acesso às informações e a fiscalização mais efetiva das operações pelo

uso do cruzamento dos dados e da auditoria eletrônica. Isto contribui para um melhor ambiente de negócios para as empresas do país por coibir a sonegação fiscal e busca eliminar a concorrência desleal trazendo transparência e igualdade nas relações comerciais.

Porém, é bem verdade que existe uma diferenciação entre transparência e publicidade. A transparência possui uma dimensão muito superior. Algo pode ser público e não ser transparente. Por isso, a importância de serem os dados não apenas informados, mas inteligíveis, compreensíveis. Sendo, portanto, a linguagem uma das maiores dificuldades para a correta aplicabilidade do princípio da publicidade. A grande questão não é *o quê* informar, mas *como* informar. Para que as pessoas possam atingir o objetivo desse mecanismo — o controle — é necessário que elas primeiramente entendam a informação (CORBARI, 2015, p.102-103).

Neste ponto, mostra-se imperiosa a necessidade de garantir uma imprensa livre e responsável, não monopolizada por interesses oligarcas ou particulares: uma imprensa imparcial, cujo objetivo seja transmitir a verdade dos fatos. A incumbência de dar publicidade aos fatos é da organização. Mas, a incumbência de dar transparência às informações publicadas cabe aqueles que efetivamente as interpretam e divulgam. “Patria cara, carior-*Libertas*, *Veritas* caríssima” (BARBOSA, 1990, p.37).

Corbari ainda afirma serem vitais para o enfrentamento da corrupção, além da transparência, um forte controle por parte da sociedade e a responsabilização dos atos criminosos dos gestores (2015, p.106).

CONCLUSÕES

Para tornar mais caro o custo da corrupção, instrumentos valiosos são utilizados como ferramentas de publicidade; são os mecanismos de publicidade dos gastos públicos, atribuindo a uma imprensa livre e imparcial a responsabilidade de tornar transparentes os dados informados; a criação da Lei de Responsabilidade Fiscal que estabelece metas a serem cumpridas pelos gestores públicos, instando-os a agir de modo responsável e transparente, diante da possibilidade de punição severa.

Para garantir a fiscalização e punição dos corruptos é que uma vez prestadas as contas dos gestores, são examinadas pelo poder legislativo, auxiliado pelos Tribunais de Contas, pelos sistemas de Controle Interno de cada poder e pelo Ministério Público.

Mais recentemente, a criação do SPED, que integraliza os fiscos por meio do compartilhamento de informações contábeis e fiscais, veio para buscar constatar, coibir e punir os atos ilícitos por parte das empresas privadas, pelo cruzamento de dados e pela auditoria eletrônica, contribuindo para um melhor ambiente de negócios para as empresas do país e buscando eliminar a concorrência desleal.

Por fim, acrescenta-se o imperioso poder da imprensa livre e responsável no combate à corrupção. Poder este importante e capaz de tornar inteligível o que parece ser um emaranhado de informações. O poder que de fato é capaz de tornar transparente aquilo que é apenas público.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Rui. **A imprensa e o dever da verdade**. São Paulo: Com-Arte; Editora da Universidade de São Paulo, 1990. (Clássicos do Jornalismo Brasileiro 2).

CORBARI, Ely Célia. Accountability e Controle Social: desafio à construção da cidadania. **Cadernos da Escola de Negócios da Unibrasil**, Curitiba, n.2, Jan-Jun 2004. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/senado/educacao/artigos/accountability-e-controle-social-desafio-a-construcao-da-cidadania-ely-celia-corbari>> Acesso em: 19 out. 2015.

DEBUS, E. R. N. **I. Entendendo a Lei de Responsabilidade Fiscal**. Disponível em: <<http://www3.tesouro.gov.br/hp/downloads/EntendendoLRF.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2015.

NAKAGAVA, Masayuki. **Introdução à controladoria**: conceitos, sistemas, implementação, São Paulo: Atlas, 1993.

NUNES, S. P. P.; NUNES, R. C.. **O processo orçamentário na lei de responsabilidade fiscal**: instrumento de planejamento. Disponível em: <http://www.uberaba.mg.gov.br/portal/acervo/orcamento/boletins/O_Processo_orcamentario_na_LRF_instrumento_de_planejamento.pdf>. Acesso em: 19 out. 2015.

A CIÊNCIA CONTÁBIL COMO INSTRUMENTO DE COMBATE À CORRUPÇÃO

André Pereira de Medeiros¹

Felipe Pereira de Medeiros²

Thiago Garcia³

INTRODUÇÃO

No setor privado, a corrupção se dá, em muito, por meio da sonegação fiscal. Segundo estudos realizados pelo SINPROFAZ (Sindicato Nacional dos Procuradores da Fazenda Nacional) sobre a média dos indicadores de sonegação dos tributos de maior relevância para a arrecadação, pôde-se estimar, apenas no ano de 2013, um indicador de sonegação de 28,2% da arrecadação, o que representaria para os cofres públicos cerca de R\$ 501,9 bilhões, que equivale a 10,4% do PIB do ano de 2013. Dentre os motivos para esse índice de sonegação, podem ser citadas as altas cargas tributárias e a falta de fiscalização efetiva dos órgãos correspondentes, o que diminui a probabilidade de detectar e punir tais atos ilícitos (2015, p.24).

No setor público, a corrupção se dá, em grande parte, por meio do superfaturamento em licitações e contratos (TREVISAN, 2004). O que torna essa realidade ainda mais preocupante é a enorme quantidade de recursos públicos desviados. Um exemplo disso é demonstrado no

1 Acadêmico do curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. E-mail: andrepmedeiros@hotmail.com.

2 Acadêmico do curso de Ciências Contábeis da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. E-mail: felipepmedeiros@hotmail.com.

3 B. Sc. em Ciências Contábeis pela Fundação Universidade do Tocantins, pós-graduando em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e acadêmico do curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. E-mail: thiago_garcia97@hotmail.com.

balanço trimestral da Petrobrás referente ao quarto trimestre de 2014, onde se reconheceu um desvio de verbas avaliado em 6.194 milhões de reais (PETROBRÁS, 2015).

Os maiores prejudicados com a corrupção são os próprios cidadãos que contribuem honestamente com seus impostos e esperam o retorno em melhorias nos serviços públicos tais como educação, saúde, segurança e benefícios sociais (THOMAS, 2002). A população tem recebido o contrário do que espera, porque diante da crise internacional e nacional, em especial causada por atos corruptos de autoridades, a moeda brasileira tem sido desvalorizada, a inflação subiu consideravelmente, o desemprego aumentou e muitos gastos públicos têm sido cortados. Assim, surge a pergunta: que ferramentas administrativas podem ser utilizadas para combater a corrupção existente nos setores público e privado no Brasil?

Este trabalho utiliza uma metodologia dedutiva fundamentada em uma pesquisa explicativa com a finalidade de analisar a Ciência Contábil como instrumento de combate à corrupção, baseado nos estudos dos instrumentos contábeis utilizados usualmente e nos desafios enfrentados pela ciência ao tentar refrear ações corruptas. Procedimentalmente, esta é uma pesquisa bibliográfica de abordagem qualitativa.

Um instrumento que pode ser bastante útil é a Ciência Contábil. Essa pode ser definida como a ciência social aplicada cujo objetivo é captar, registrar, acumular, resumir e interpretar os fenômenos que afetam as situações patrimoniais, financeiras e econômicas de qualquer ente, seja pessoa física, empresa privada ou pessoa de direito público (FEA/USP, 2010, p.1). Infelizmente, o termo contabilidade pode ensejar o entendimento errôneo de que a Ciência Contábil se restringe à escrituração dos fenômenos patrimoniais e à elaboração de relatórios para o atendimento das obrigações fiscais e legais. É bem verdade que, em muitos casos, a atividade profissional dos contadores tem se resumido a isso (FEA/USP, 2010, p.11). Contudo, esse processo, apenas, não logra êxito no combate à corrupção, uma vez que o contador fica limitado a mensurar aquilo que lhe é remetido.

A contabilidade é bem mais abrangente. Na qualidade de ciência, a contabilidade possui diversos ramos ou ênfases. Podemos citar: a Contabilidade Financeira, a Contabilidade Gerencial, a Controladoria e a Auditoria. A utilização interna (por meio dos gestores das organizações) e externa (por meio dos órgãos reguladores e fiscalizadores) dessas ferramentas contábeis pode permitir um combate efetivo à corrupção e a manutenção e o crescimento patrimonial das entidades públicas e privadas.

O grande problema se dá quando os gestores e os contadores utilizam de má-fé em suas atividades. Muitas vezes, as ações ilícitas são desconhecidas pelos contadores. Um exemplo disso é quando uma empresa vende mercadorias sem notas fiscais ou quando há fraudes em licitações ou contratos. Mas, em certos casos, os contadores se tornam cúmplices por colaborar e acobertar seus clientes até mesmo no uso de manobras fiscais ou da conhecida “contabilidade criativa” (MARTIN; SILVA, 2015). Portanto, é necessário que existam controle e fiscalização efetiva.

O DESAFIO DA CONTABILIDADE COMO FERRAMENTA DE COMBATE

Apesar dos enormes avanços das ferramentas que auxiliam e aperfeiçoam os processos, a contabilidade ainda é passível de entraves técnicos que não apenas permitem como omitem a corrupção, pois os registros contábeis, como são, ainda são flexíveis e propensos à fraude. Legalmente, os procedimentos contábeis permitem o embelezamento de balanços ou a contabilidade criativa que aumentam as receitas e diminuem as despesas, que mesmo apesar da contraposição a ética contábil, é usada em certos casos de maneira desinibida e costumeira.

A contabilidade criativa é contemporânea à aplicação contábil, sendo essa, a centralidade da recente discussão acerca da irresponsabilidade fiscal do Governo Federal, contabilmente manobrada para dar aparência de sanidade financeira (SENADO FEDERAL, 2015). É cada vez mais necessária a utilização de métodos capazes de expor os

mecanismos contábeis que contadores utilizam aliados a seus saberes e informações legais para distorcer saldos e movimentações, não necessariamente deixando de seguir os princípios e normas contábeis, ou dificultando ao máximo a sua constatação. O consultor legislativo do Senado, Marcos Mendes, defende que essa é possível diante da manipulação do termo de “resultado primário” e “dívida líquida do setor público” (2015, p.7). Assim, diante dos critérios adotados, a organização que aplica na sua contabilidade o embelezamento de balanço, terá vantagens sobre as que não o fazem (KRAEMER, 2015).

Com essas práticas, os administradores não apenas omitem a real situação, como também postergam despesas que deveriam ser conhecidas no presente para serem apenas no futuro. Tais procedimentos, evidentemente, acarretarão prejuízos para as próximas gestões e para a comunidade de investidores e credores da organização que, cedo ou tarde, terão de arcar com as consequências, além de enfrentar toda a questão antiética dessas práticas perante a sociedade e o quadro de investidores (MENDES, 2015, p.7-11).

Quando alguns administradores omitem movimentações financeiras das suas entidades, arriscam, portanto, não apenas suas reputações ou negócios, mas até mesmo suas liberdades. Os contadores, por sua vez, quando apenas registram as movimentações que são do seu conhecimento, nada tendo a fazer, ficam à margem da real situação financeira das organizações, além de sujeitarem-se, caso haja, à figuração de assistência da atuação fiscalizadora do Estado, em aplicação da Lei n.º 4.729, de 14 de julho de 1965.

Não restam dúvidas, quanto aos avanços significativos das leis, normas e mecanismos tecnológicos que auxiliam a contabilidade a transmitir de maneira mais eficiente e transparente a real situação das entidades públicas e privadas. Assim, a ciência contábil se desenvolveu como resposta a essas mudanças. E tudo indica que essa evolução contábil, assim, continuará a servir, à medida que houver mudanças legais e tecnológicas significativas. No entanto, para que haja a máxima aproximação da realidade das organizações, facilitando a gestão e impedindo ou reduzindo as possibilidades de fraudes disfarçadas de práticas contábeis lícitas, a

tecnologia, as leis e as normas contábeis, ainda, precisam avançar muito (HENDRIKSEN; VAN BREDA, 1999, p.38).

Quando alguns entes aparentemente mostram-se imunes à aplicação das leis, de certa forma protegidos pelo tamanho continental do país e pela quantidade limitada de agentes fiscalizadores, atestamos que a fiscalização existente não tem se mostrado eficiente. O alto índice de sonegação fiscal no Brasil é prova da falta de fiscalização ou sua ineficácia, sendo um incentivo para o aumento de atos ilegais, porque se há impunidade, se o risco de penalidade é baixo ou se as sanções decorrentes das mesmas são de baixo valor em relação ao rendimento gerado pela atividade ilícita, a disposição de assumir tais riscos aumenta. Assim, precisam-se melhorar os mecanismos de fiscalização e, conseqüentemente, de punição aos corruptos (MELO, 2015).

A melhoria da fiscalização e a aplicação de sanções mais elevadas diminuirão a quantidade de atos ilícitos e fará com que as punições deixem de atingir a apenas uma minoria que é descoberta, mas a todos os infratores. Isto tornará as oportunidades de mercado mais igualitárias, porque os contribuintes que trabalham e pagam seus impostos honestamente terão preços semelhantes aos que antes sonegariam diante das facilidades existentes. Isto tornará leal a concorrência comercial (MARTINS, 1998).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A fiscalização estatal tem se mostrado insuficiente ou inadequada, agindo sua falta, portanto, como incentivadora para o aumento de atos ilegais. Ocorre o inverso da maximização econômica: se o risco de penalidade é baixo ou se as sanções delas decorrentes são de baixo valor em relação ao rendimento gerado pela atividade ilícita, a disposição de assumir tais riscos aumenta. Assim, apontamos a contabilidade como ferramenta de combate à corrupção. Mas, destacamos a imperiosa necessidade de controle e fiscalização em razão do surgimento da chamada contabilidade criativa e da omissão de informações, quer de maneira criminoso ou não.

REFERÊNCIAS

EQUIPE DE PROFESSORES DA FEA/USP. **Contabilidade introdutória**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

HENDRIKSEN, E. S.; VAN BREDA, M. **Teoria da contabilidade**. São Paulo: Atlas, 1999.

KRAEMER, M. E. P. **Contabilidade criativa maquiando as demonstrações contábeis**. Disponível em: <<http://www.atena.org.br/revista/ojs-2.2.3-06/index.php/pensarcontabil/article/viewFile/60/60>>. Acesso em: 11 Out. 2015.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). **O princípio da moralidade no direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Centro de Extensão Universitária, Revista dos Tribunais, 1998.

MELO, Clóvis Alberto Vieira de. **Alta corrupção como resposta a baixos níveis de accountability**. Disponível em: <<http://www.liber.ufpe.br/teses/arquivo/20050224151936.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2015.

MENDES, Marcos. **O que é “contabilidade criativa”?** Disponível em: <<http://portalrevistas.ucb.br/index.php/CEN/article/viewFile/5745/3760>>. Acesso em: 10 out. 2015.

PETROBRAS. **Resultado do quarto trimestre de 2014**. Disponível em: <<http://www.investidorpetrobras.com.br/pt/resultados-financeiros#topo>>. Acesso em: 10 out. 2015.

SENADO FEDERAL. **Contabilidade criativa: debate conclui que governo esconde realidade econômica**. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2014/05/05/contabilidade-criativa-debate-conclui-que-governo-esconde-realidade-economica>>. Acesso em: 19 out. 2015.

SILVA, E. de Lima; MARTIN N. C. **O contador deve ser um herói?** Disponível em: <http://www.peritocontador.com.br/artigos/contador_heroi.pdf>. Acesso em: 11 out. 2015.

SINDICATO NACIONAL DOS PROCURADORES DA FAZENDA NACIONAL – SINPROFAZ. **Sonegação no Brasil.** – Uma Estimativa do Desvio da Arrecadação do Exercício de 2013. Disponível em: <<http://www.quantocustaobrasil.com.br/artigos/sonegacao-no-brasil-uma-estimativa-do-desvio-da-arrecadacao-do-exerc%C3%ADcio-de-2013>>. Acesso em: 10 out. 2015.

THOMAS, Vinodet al. **A qualidade do crescimento.** Tradução Élcio Fernandes. São Paulo: Editora UNESP, 2002.

TREVISAN, Antoninho Marmo. **O combate à corrupção nas prefeituras do Brasil.** – Cartilha da Amarribo. Ribeirão Bonito, SP: Ateliê Editora, 2004.

ZANINI, Juliano César. **Corrupção administrativa e mecanismos de controle externo:** Discussão doutrinária principiológica. 2014. 202 fls. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica). — Itajaí, SC: Universidade do Vale do Itajaí, UNIVALI, 2014.

FISIOLOGISMO DE MUITOS, DEMOCRACIA DE POUCOS

Augusto de França Maia¹

INTRODUÇÃO

Brasil, um sonho intenso, um raio vívido

Democracia, em seu sentido original, surgido na Grécia Antiga, significa governo do povo. A partir de tal constatação, urge perguntar: que povo? Pois bem. Na própria Atenas, principal cidade grega, berço do democratismo, muitos já carregavam a exclusão das decisões políticas, entre os quais mulheres, estrangeiros, escravos e crianças. Desde o princípio, portanto, o regime democrático demonstrou certa dificuldade em ser, de fato, um governo de todo o povo.

A partir desta linha de pensamento, surge a ideia de um “povo escolhido”, isto é, poucas pessoas decidindo o destino de muitas pessoas. A democracia representativa, daí, nasce como um modelo de regime onde os eleitores exercem o poder político através de seus representantes, os eleitos, legitimados pela soberania popular. Esta, aliás, é princípio fundamental da Constituição Federal brasileira, que delega ao povo a emanção de todo o poder, exercido pelos seus representantes, conforme já dito.

A representatividade democrática, não fosse o seu afastamento dos conflitos imediatos da sociedade, se afiguraria como uma boa saída para as discussões e problemas sociais, maximizados, muitas das vezes, pelo modelo fisiologista cultivado no Brasil, onde interesses individuais ou de pequenos grupos, muitos dos quais obscuros, quase sempre se sobrepõem ao bem comum.

¹ Discente do 10º período do curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), E-mail: augustofmaia@globomail.com.

Se inegavelmente pode-se falar em crise da democracia representativa, a partir de constatações como diminuição da participação popular, afastamento político dos grandes debates de interesse da sociedade, descrédito das instituições políticas, entre outras, pode-se falar também, conseqüentemente, em crise da democracia partidária. O multipartidarismo brasileiro, acentuado, sobretudo, na última década, se viciou a um fisiologismo escancarado, sem nenhum receio ou pudor frente à opinião popular.

Deste modo, a partir da estilhaçada democracia brasileira, com situação piorada por uma profunda ressaca econômica e política que fez o país literalmente parar, o que fazer daqui para frente?

“DEITADO ETERNAMENTE EM BERÇO ESPLÊNDIDO”

Obviamente que não há aqui qualquer pretensão de esgotamento do tema, entretanto, é preciso trazer à baila alguns pontos centrais que certamente deram significativa contribuição para o estremecimento da confiança popular nos poderes constituídos, o que, por certo, prejudica o ideal andamento do regime democrático.

A jovem democracia brasileira, em seus períodos de permanência, sempre viveu momentos de glórias e fracassos, mas na história recente do país, após o advento da Constituição Cidadã de 1988, pouca ou nenhuma vez se viu um desinteresse tão largo da sociedade com a política. É como se os líderes tivessem deixado de ser capazes de representar os sonhos da nação, em virtude da desconfiança generalizada, provocada principalmente pela divulgação de diversos escândalos de corrupção, em distintos setores da máquina pública.

A aproximação dos políticos com os escândalos que envolvem desvio de dinheiro público e desvirtuamento de mandatos eletivos deve-se sobremaneira ao fisiologismo instalado nas siglas partidárias. O sistema político brasileiro transformou-se num balcão de negócios, onde quem tem um partido em suas mãos pode mais, manda mais, indica mais e, quem sabe, rouba mais. É a escalada do poder pelo poder, que, no final, haverá de ser jogada no lixo da história.

As ideologias e grandes defesas de pensamento, realizadas outrora pelos grupos partidários, transformaram-se numa exceção, vez que a regra é o pensamento homogêneo de atrelar as suas ideias àquelas de quem está no poder. De acordo com dados do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), o Brasil tem atualmente 35 siglas partidárias, e somente no último ano, três novos partidos foram registrados. Desde 1986, 31 partidos foram assentados pelo TSE, alcançando uma média superior a uma nova sigla a cada ano.

Além disso, 32 novos partidos estão em formação e esperam o quanto antes receber o registro da Justiça Eleitoral, o que pode fazer crescer ainda mais nos próximos anos a quantidade de legendas partidárias no país. Os propósitos de cada um deles são os mais diversos, e os seus nomes vão desde Partido Nacional Corinthiano (PNC) até Partido Militar Brasileiro (PMBR) ou Partido Pirata do Brasil (PIRATAS), por exemplo.

O multipartidarismo desenfreado provoca disputas acirradas no Congresso Nacional e nos legislativos estaduais e municipais, e a busca pela divisão de espaços no executivo em todas as esferas obriga os gestores a muitas vezes, para governar, ceder a apelos e benesses. É a busca pela tão propalada governabilidade. Ressalte-se que em países como França, Reino Unido, México e Estados Unidos, a título exemplificativo, o Congresso funciona com menos de 15 partidos, e o número de cadeiras em todos eles é semelhante ao do Brasil.

Há quem entenda doutro modo, a exemplo do cientista político Otávio Dulci, e veja diferentemente, até mesmo de maneira positiva, o grande número de partidos existentes no país.

O incômodo com a existência de muitos partidos talvez reflita uma imagem idealizada da democracia partidária como jogo de poucos competidores, portanto mais previsível. Ora, em todos os países de democracia consolidada, a liberdade de competição propicia a apresentação de partidos efêmeros, e candidaturas folclóricas sem com isso pôr em xeque a estabilidade do sistema. O debate político e o voto dos eleitores é que decidem, e geralmente decidem por poucos partidos efetivos (DULCI, 2005).

Entretanto, prefere-se aqui adotar o entendimento de que a elevada quantidade de partidos políticos, muitos dos quais com ideologias rasas e/ou indefinidas, somente colabora com o “toma lá da cá” que corrompe a política e, a pretexto de garantir uma suposta governança administrativa, aparelha o Estado e confunde os limites entre o público e o privado.

Os péssimos exemplos exercidos por parcela significativa dos partidos políticos e pelos seus líderes, por sua vez, afastam a população da vida política nacional, diminuindo gradativamente a participação popular na democracia, limitando aquela aos objetivos eleitorais, quando, na verdade, o processo democrático vai muito além do voto dado na urna eletrônica.

A vontade de participar do poder, na democracia representativa, nos moldes atuais, é restritivista, visto que cessa no momento em que ocorre o provimento eleitoral. De maior duração e profundidade é a vontade de exercer o poder na democracia semidireta, na qual se vai além do mero voto, galgando intersecções e imbricações necessárias com a esfera pública representativa do exercício do poder pelos representantes do ‘soberano’ (povo) (TAVARES, 2004).

Se não há participação efetiva da sociedade na construção política e nas grandes discussões que envolvem o país, mas, pelo contrário, se presencia um profundo descrédito e desesperança com o futuro nacional, não há que se falar em processo democrático consolidado, mas sim fragilizado. Esse quadro de falta de esperança representa graves riscos ao sistema democrático, reconquistado a duras penas após longo regime ditatorial, na medida em que os brasileiros aumentam a desconfiança nos políticos em geral.

O principal ideal da democracia, a autonomia popular, entendida no sentido preciso da palavra, a produção das próprias regras, foi descartado como quimérico. No lugar da ideia de poder do povo, colocou-se o dogma elitista de que o governo é uma atividade de minorias. A descrença na igualdade que, tradicionalmente, era vista como um quase-sinônimo da democracia – levou, como corolário natural, ao fim do preceito do rodízio entre governantes e governados (MIGUEL, 2002).

Apesar disso, se a democracia é a pior forma de governo, excetuando-se as demais, conforme sabiamente disse o democrata britânico Winston Churchill, somente uma solução democrática deve ser encontrada para o renascimento da democracia brasileira, a fim de conter o estilhaçamento nela causado pelo fisiologismo exacerbado. Uma reforma política ancorada nos anseios sociais indubitavelmente seria um passo significativo para o início e posterior consolidação desse processo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS: “VERÁS QUE UM FILHO TEU NÃO FOGE À LUTA”

Uma reforma política séria e coerente, capaz de constranger velhas práticas e costumes viciados, é mais do que uma necessidade pontual, mas uma solução para o sistema político-democrático brasileiro, que entre perdas e ganhos deve mirar como alvo um saldo positivo. Por mais que a sociedade se sinta órfã de sua representação política, e a partir disso seja pouco crível que a mesma classe política que merece descrédito tenha a capacidade de promover efetivas reformas, não se pode esquecer de que, num regime democrático, o povo tem consigo a maior arma, que é o voto, e assim como a vida, a democracia pode utilizar os erros para compreender diferentes formas a fim de acertar.

Um processo na história que se está construindo e em relação aos problemas concretos que deve ir resolvendo. É, portanto, uma coisa construída, que não cai do céu por milagre. A democracia não está tanto em representar as opiniões, mas sim em como elas são construídas. Porque as opiniões, como tudo mais, não estão aí preexistentes, à espera de que venhamos descobri-las, mas estão em permanente construção, e o interessante é que se possa construir livremente e com a maior informação possível. A democracia não é uma coisa abstrata realmente existente ou não, mas sim processos que se constroem ou destroem, dependendo do papel desempenhado pelas diferentes forças sociais, em cada situação concreta e complexa (VILLASANTE, 1999).

Assim, compreendida a crise do modelo instalado no sistema democrático brasileiro, bem como entendidas as suas deficiências e

necessidades, é possível lutar pelo fortalecimento e consolidação de um processo que, ao longo do tempo, motivou os sonhos, o suor e o sangue de muita gente, e com Mário Quintana acreditar que “no décimo segundo andar do ano vive uma louca chamada esperança”.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 26 jul. 2016.

_____. **Tribunal Superior Eleitoral**. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos/registrados-no-tse>>. Acesso em: 26 jul. 2016.

_____. **Tribunal Superior Eleitoral**. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos/partido-em-formacao>>. Acesso em: 26 jul. 2016.

DULCI, Otávio. **Os percalços da reforma política**. Teoria e Debate, [S.I.], n. 62, abr./maio 2005.

MIGUEL, Luís Felipe. A democracia domesticada: bases antidemocráticas do pensamento democrático contemporâneo. Dados. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v.45, n.03, p.483-510, 2002.

TAVARES, André Ramos. Democracia e exercício do poder: apontamentos sobre a participação política. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, [S.I.], n.03, p.351-378, jan./jun. 2004.

VILLASANTE, Tomás R. Estado, sociedade e programações alternativas. **Revista Brasileira de Educação**, Anped, p. 97-105, jan./abr. 1999.

PROPAGANDA PRÉ-ELEITORAL E O USO DE FERRAMENTAS DE PUBLICAÇÃO PATROCINADA EM REDES SOCIAIS: DESIGUALDADES E INCERTEZAS

Camila Oliveira da Costa¹
Raíssa Alves dos Santos²

INTRODUÇÃO

Cada vez mais utilizadas como instrumentos publicitários de propaganda, as redes sociais, como o *Facebook* e o *Instagram*, vêm aprimorando as suas ferramentas de alcance, fazendo com que, dependendo do valor que a empresa divulgadora esteja apta a pagar, suas publicações e divulgações alcancem a vista de milhões de usuários.

Com um público voltado para a maior parte da população trabalhadora ativa, os sites e aplicativos eletrônicos têm se tornado um instrumento forte de divulgação. Não só pela visibilidade dos anúncios, mas também pela oportunidade que o cliente tem de expor sua opinião, auxiliando o crescimento de empreendedores que, com trabalho e sorte, podem crescer no mercado online e expandir o público que visualiza suas propostas. O seu caráter gratuito e democrático, ao alcance de qualquer cidadão, gera ainda mais o crescimento da medida.

Pensando em usufruir desses benefícios, têm sido cada vez mais comum nas últimas campanhas eleitorais se deparar com pré-candidatos ao mandato político utilizando destas ferramentas para dar maior visibilidade à sua pré-campanha, angariando, conseqüentemente, no futuro, um maior público eleitoral, bem como porque o art. 57-C da

1 Bacharelada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte, CERES – Campus Caicó/RN. E-mail: camilacostak@yahoo.com.

2 Bacharelada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte, CERES – Campus Caicó/RN. E-mail: rayssa.alves@hotmail.com.

Lei 9.504/97 veda que haja propaganda política online paga durante a campanha eleitoral e os programas de publicidade dessas redes sociais proíbem que seus anúncios via internet contenham qualquer tipo de conteúdo explorador de questões políticas.

Com a reforma eleitoral ocorrida em 2015, houve a permissão dos atos de pré-campanha. Em virtude disto, juristas e profissionais do direito discutem se o pagamento desses anúncios na internet, sem incluir aqui a publicidade feita por adesão, ou seja, aquela na qual o usuário escolhe voluntariamente acompanhar as propostas de determinado partido político ou futuro candidato em suas páginas, no período anterior ao início da campanha eleitoral, é permitido ou não, sob pena de se infringir os arts. 36, §3º, e 34-A da Lei 9.504/97, podendo ser caracterizada como conduta de propaganda eleitoral antecipada.

OS ATOS DE PRÉ-CAMPANHA E O FINANCIAMENTO PRIVADO

A propaganda política nasce com o objetivo de impactar a vontade do eleitor e fomentar os debates eleitorais, sendo uma via de movimentação essencial para os que almejam a candidatura certa. Necessária ela é também para o eleitor, que precisa de informações suficientes para conseguir identificar uma série de elementos essenciais para destinar o voto final. Os dados que chegam aos cidadãos são os que permitirão a sua identificação com a coligação partidária e ideológica do candidato a partir das impressões e avaliações sobre a nação, economia e desempenho destes. É essa correlação de elementos entre as referências, opiniões e propostas com as preferências do eleitor que formará o voto do eleitorado.

Orienta o Tribunal Superior Eleitoral que “constitui ato de propaganda eleitoral aquele que leva ao conhecimento geral, ainda que de forma dissimulada, a candidatura, a ação política ou as razões que induzam a concluir que o beneficiário seja o mais apto para a função pública” (AgR-AI nº 9936/PA, DJE de 5.8.2010).

Obedecendo ao ideal de igualdade de concorrência entre os candidatos, a lei nº 9.504/97 prevê no seu art. 36 o período exato em que a propaganda política é permitida, qual seja depois do dia 15 de agosto

do correspondente ano eleitoral até a véspera da votação. Qualquer ato publicitário anterior a este período, com exceção da propaganda intrapartidária, realizada quinze dias antes da escolha do candidato pelo partido, é terminantemente proibido, o uso de rádio, televisão e outdoor, aqui se inclui ainda a internet, por analogia, havendo a sujeição do responsável à condenação em multa no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), ou ao equivalente ao custo da propaganda, se este for maior.

Todavia, a *Lei nº 13.165, promulgada em 2015, veio com o objetivo e força de realizar uma reforma na nossa Lei Eleitoral nos pontos referentes à redução dos custos das campanhas eleitorais, simplificação da administração dos Partidos Políticos e incentivos à participação feminina. A referida lei deu nova redação ao art. 36-A da Lei 9.504/97 que passou a compreender um rol taxativo de atos publicitários permissivos que não configurariam propaganda eleitoral antecipada*, desde que não envolvam pedido explícito de voto, a menção à pretensa candidatura e a exaltação das qualidades pessoais dos pré-candidatos, sob pena de se configurar abuso de poder econômico. Permite a participação de filiados a partidos ou de pré-candidatos em entrevistas, programas, encontros ou debates no rádio, na televisão e na internet, inclusive com a exposição de plataformas e projetos políticos.

O que se criou com a alteração do dispositivo foi uma flexibilização, admitindo-se que em certas situações a conduta não seja considerada propaganda eleitoral antecipada e, portanto, não haverá a incidência da irregularidade quando for veiculada antes do prazo estabelecido pela Lei. Estes atos permissivos, criados com a alteração da lei, até o presente momento, têm sido chamados informalmente de atos de pré-campanha eleitoral, realizados no período de pré-campanha.

Após a *vacatio legis* da Lei nº 13.165/15, a propaganda irregular antecipada somente estará caracterizada quando infringir as hipóteses articuladas no art. 36-A da Lei de Eleições, independentemente do tipo de veículo de divulgação utilizado, incluindo-se aqui as postagens em internet.

É o teor do artigo:

Art. 36-A. Não configuram propaganda eleitoral antecipada, desde que não envolvam pedido explícito de voto, a menção à pretensa candidatura, a exaltação das qualidades pessoais dos pré-candidatos e os seguintes atos, que poderão ter cobertura dos meios de comunicação social, inclusive via internet:

I - a participação de filiados a partidos políticos ou de pré-candidatos em entrevistas, programas, encontros ou debates no rádio, na televisão e na internet, inclusive com a exposição de plataformas e projetos políticos, observado pelas emissoras de rádio e de televisão o dever de conferir tratamento isonômico;

II - a realização de encontros, seminários ou congressos, em ambiente fechado e a expensas dos partidos políticos, para tratar da organização dos processos eleitorais, discussão de políticas públicas, planos de governo ou alianças partidárias visando às eleições, podendo tais atividades ser divulgadas pelos instrumentos de comunicação intrapartidária;

III - a realização de prévias partidárias e a respectiva distribuição de material informativo, a divulgação dos nomes dos filiados que participarão da disputa e a realização de debates entre os pré-candidatos;

IV - a divulgação de atos de parlamentares e debates legislativos, desde que não se faça pedido de votos;

V - a divulgação de posicionamento pessoal sobre questões políticas, inclusive nas redes sociais;

VI - a realização, a expensas de partido político, de reuniões de iniciativa da sociedade civil, de veículo ou meio de comunicação ou do próprio partido, em qualquer localidade, para divulgar ideias, objetivos e propostas partidárias.

§ 1º É vedada a transmissão ao vivo por emissoras de rádio e de televisão das prévias partidárias, sem prejuízo da cobertura dos meios de comunicação social.

§ 2º Nas hipóteses dos incisos I a VI do **caput**, são permitidos o pedido de apoio político e a divulgação da pré-candidatura, das ações políticas desenvolvidas e das que se pretende desenvolver.

§ 3º O disposto no § 2º não se aplica aos profissionais de comunicação social no exercício da profissão.

Pelo teor do art. 57-C, caput, da Lei 9.504/97, e ao art. 23, caput, da Resolução TSE nº 23.457, qualquer tipo de propaganda paga durante o período eleitoral é expressamente vedada, independentemente da plataforma de divulgação, abarcando-se as realizadas em qualquer página na web e, portanto, blogs, redes sociais, páginas pessoais e semelhantes incluindo-se aqui as postagens publicitárias de impulso do Facebook, rede social gratuita, que possui mecanismos próprios para atrair recursos financeiros, na qual o usuário paga para a plataforma digital aumentar o número de pessoas que visualizarão a postagem ou anúncio. O número de pessoas impactadas cresce acompanhando o valor pago, o que fere gravemente o princípio da isonomia entre os candidatos e caracteriza ato de abuso de poder econômico na eleição.

O que implica aqui destacar é que o art. 36-A da Lei de Eleições foi omissivo quanto aos atos de natureza publicitária pagos que não configurem propaganda eleitoral antecipada. Apesar da omissão, tendo em vista que o período pré-eleitoral é aquele em que não há candidaturas registradas nem registro de CNPJ com abertura da conta bancária para se realizar a fiscalização e movimentação dos valores e pagamento das despesas de campanha, quaisquer condutas pagas em benefício ao candidato deve ser proibida, sob pena de se desrespeitar a lisura das eleições e a concorrência legal entre os futuros candidatos, em especial quando é de conhecimento público e notório que o personagem divulgado será candidato.

Em continuidade, o art. 36-A da Lei nº 9.504/97 reconhece, implicitamente, que os atos de pré-campanha integram o processo eleitoral, praticamente enfraquecendo o entendimento de que o processo eleitoral se iniciava apenas com a realização das convenções partidárias, ou até mesmo com o início do prazo para pedido de registro de candidatura (ALBUQUERQUE, 2016). A Lei ainda deixou claro, ao incluir condutas proibidas durante essa fase, que o controle da Justiça Eleitoral e do Ministério Público subsiste nesse período. Além disso, os atos de pré-campanha podem ser objeto da Ação de Investigação Judicial prevista na mesma lei, a qual serve para apurar condutas relativas à arrecadação e gastos de recursos.

Os Tribunais Regionais Eleitorais, em especial os dos Estados de Pernambuco e Santa Catarina, têm se manifestado no sentido de proibir que candidatos se utilizem da ferramenta de anúncios publicitários no *Facebook* durante a pré-campanhas eleições de 2016, condenando ao pagamento da multa prevista no art. 36, §3º da Lei de Eleições. O Tribunal Superior Eleitoral ainda não se manifestou sobre a matéria, apesar de ter sido encaminhada pela Procuradoria Geral Eleitoral petição no sentido de que o Tribunal esclareça algumas matérias com relação aos atos de pré-campanha, incluindo-se o seu financiamento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em razão das modificações feitas na Lei 9.504/97, a propaganda pré-eleitoral passou a ser permitida desde que não infrinja as hipóteses estabelecidas pelo art. 36-A, caso em que estará configurada a propaganda irregular antecipada. Com o grande aumento do uso da internet, em especial das redes sociais, ficou cada vez mais frequente a utilização desses meios de comunicação social para veicular os atos de pré-campanha, surgindo problemas com relação à propaganda pré-eleitoral patrocinada, vez que teoricamente ainda não teria iniciado o período eleitoral.

No entanto, como exposto, o art. 36-A da Lei 9.504/97 reconheceu os atos de pré-campanha como integrantes do processo eleitoral. Desta forma, no período da propaganda pré-eleitoral, o processo eleitoral já terá iniciado, sendo, portanto, proibido o patrocínio de publicações em redes sociais, por expressa vedação legal do art. 57-C, *caput*, da Lei 9.504/97, por ferir o princípio da isonomia entre os candidatos e caracterizar abuso de poder econômico na eleição. Os atos de pré-campanha devem atender aos requisitos formais da propaganda eleitoral propriamente dita, sendo submetidos ao controle e fiscalização da Justiça Eleitoral.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Rodrigo. **Justiça Eleitoral deve fiscalizar gastos com atos de pré-campanha**. Disponível em: <<http://justificando.com/2016/07/21/justica-eleitoral-deve-fiscalizar-gastos-com-atos-de-pre-campanha/>>. Acesso em: 21 jul. 2016.

BRASIL. **Lei Nº 9.504, de 30 de Setembro de 1997**. Brasília, 30 set. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm>. Acesso em: 21 jul. 2016.

BRASIL. **Lei Nº 13.165, de 29 de Setembro de 2015**. Brasília, 29 set. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13165.htm>. Acesso em: 21 jul. 2016.

DINO, Nicolau. **Petição ND nº 655/2016. Nº 109980-PGE**. Disponível em: <http://www.eleitoralbrasil.com.br/uploads/files/cta_24631_-_pre-campanha.pdf.pdf/>. Acesso em: 21 jul. 2016.

FIGUEIREDO, Marcus. Intenção de voto e propaganda política: Efeitos da propaganda eleitoral. **Logos: Comunicação & Universidade**, Rio de Janeiro, v.27, n.14, p.9-20, 2º semestre, 2007. Semestral.

MÁ GESTÃO DA *RES PUBLICA*: O PROBLEMA BRASILEIRO

Clécio Araújo de Lucena¹

Wanessa Murielly Fernandes de Andrade²

INTRODUÇÃO

Não é de hoje que a coisa pública não recebe uma gestão de excelência na República Federativa do Brasil. Sem dúvidas, muitos são os fatores determinantes. Contudo, nesse trabalho, abordar-se-ão dois deles, os quais são notoriamente conhecidos pela sociedade, quais sejam, a corrupção e a falta de capacitação cognitiva de modo específico e aprofundado.

Para tanto, utilizar-se-á como subsídio material bibliográfico de filósofos renomados ao longo da História, a fim de dialogar com o tema proposto.

Objetiva-se com este trabalho refletir e discutir, embora sucinatamente, as razões, por meio dos dois fatores alhures anunciados, que ocasionam a má gestão da *res publica*.

A CORRUPÇÃO GENERALIZADA

É impressionante observar os inúmeros casos de corrupção revelados nos últimos tempos. Com uma frequência enorme, a mídia noticia novos fatos que são descobertos.

Na verdade, ao pararmos para refletir, perceberemos que não transcorre um único mês sem que um caso de corrupção seja alvo das manchetes

1 Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Caicó, RN, Brasil. Email: contato@clecioaraujo.adv.br.

2 Graduanda em Pedagogia pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Caicó, RN, Brasil. Email: wanessa_andrade@hotmail.com.br.

de jornais. Isto é preocupante, pois, apesar da ampla divulgação que se alcançou atualmente, o que se vê é que os agentes públicos ainda não se sentem coibidos de usar o dinheiro público para fins pessoais.

Não obstante o empenho de órgãos e instituições em combater esse mal que assola a política brasileira, como é o caso da Polícia Federal e os Ministérios Públicos Federal e Estaduais, outro aspecto é ainda mais desolador: se não são poucos os casos descobertos através das investigações, o que pensar do quantitativo de situações em que a verba pública foi utilizada de modo diverso ao interesse da coletividade e o responsável por trás dessa vilania ao povo e à *res publica* nunca foi apontado por qualquer suspeita? Quantos são os números por trás da corrupção do Brasil? Quantos agentes já fizeram uso do dinheiro de todos e nunca foram nem serão descobertos? As respostas para estas perguntas sempre permanecerão em aberto. O que se objetiva com elas é tão somente visualizar que o problema do nosso país para o mau gerenciamento da Administração Pública sob a égide da corrupção está muito além do que aquilo que acompanhamos na mídia televisiva.

O que mais desassossega os corações dos brasileiros honestos é reparar que aqueles que mais têm, mais querem, e ainda adotam meios fraudulentos para alcançarem os objetivos ilícitos, mesmo fazendo parte de um sistema jurídico-legal do qual fazem parte ativamente. Embora pertencente a outro contexto, é com perfeição que se encaixa a célebre frase já tão conhecida de Thomas Hobbes ao afirmar, em *Leviatã*, que o “*homem é o lobo do homem*”.

Consoante a teoria da tábula rasa de John Locke, a mente do ser humano ao nascer seria como um papel em branco, despida de conhecimentos, e, ao longo do tempo, com as experiências vivenciadas através dos sentidos, passar-se-ia ao seu preenchimento. Ao trazer à discussão o pensamento *lockeano*, questiona-se até que ponto a corrupção, enquanto prática empirista bastante contaminada em nossa sociedade, afeta as ideias do *homo politicus*, seja durante o seu exercício na política ou mesmo antes de ingressar nesta.

Enfim, qual a verdadeira razão para o corrompimento do homem, ser político que é?

A AUSÊNCIA DE FORMAÇÃO EM CURSOS DE ENSINO SUPERIOR

Se, por um lado, a corrupção atinge diretamente a coisa pública por meio de atos comissivos de seus agentes, por outro, nota-se que a má gestão pela carência de conhecimentos técnicos e específicos dos homens e mulheres públicos lesiona a coletividade com a omissão que lhe é peculiar.

Reflitamos: quais são os requisitos necessários para candidatar-se a um cargo eletivo? Bem, de acordo com o art. 14, § 3º, incisos I a VI, da Constituição Federal de 1988, são condições de elegibilidade: I) a nacionalidade brasileira; II) o pleno exercício dos direitos políticos; III) o alistamento eleitoral; IV) o domicílio eleitoral na circunscrição; V) a filiação partidária; e, VI) a idade mínima de 35 anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador, 30 anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal, 21 anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e Juiz de paz e 18 anos para Vereador.

Na prática, não necessita um gestor ou legislador possuir uma graduação ou menos um curso de técnico relacionado à área de sua atuação, malgrado lide os cargos supracitados com questões de ordem técnica, específica, aprofundada e extensa no cotidiano da vida pública.

De modo bem superficial, quanto às suas funções típicas, tem-se que o Poder Executivo cuida de administrar a *res publica*. O Legislativo é o responsável por legislar, criando as leis. Já ao Judiciário compete a função de julgar, aplicando as leis criadas pelo Poder Legislativo.

Por qual motivo aos operadores do Direito ligados ao Poder Judiciário é dada a incumbência de estudar e aprimorar-se anos a fio para então aplicar o que manda a lei? Não seria de igual modo imprescindível para o bom desempenho das funções do Executivo e do Legislativo esperar que os ocupantes de cargos eletivos tivessem, analogamente, que cumprir exigências referentes à capacitação político-cognitiva, como, por exemplo, a colação de grau em um curso de Administração, Contabilidade, Direito, Filosofia ou outros?

Em *A República*, de Platão, constata-se a defesa de Sócrates no sentido de que a república deveria ser governada por filósofos. Da mesma maneira que não entregamos nossas vidas a profissionais que não possuam conhecimentos da Medicina, porque então confiar a administração de um Município, Estado ou País ou a criação de leis a uma Câmara (de Deputados ou Vereadores) e a um Senado sem que os indivíduos que ali estejam possuam a devida preparação para tal encargo?

CONCLUSÃO

Corrupção, propina, lavagem de dinheiro, improbidade administrativa e diversos outros nomes são os que comumente escutamos quando o tema é a política brasileira. Infelizmente, é a verdade. É a nossa verdade! Os motivos para as ocorrências destas mazelas são os mais variados. Detemo-nos apenas a dois os quais consideramos cruciais na má gestão da coisa pública: a corrupção e a ausência de capacitação político-cognitiva para o melhor desempenho dos cargos eletivos.

Difícil é apontar soluções concretas. Contudo, observa-se que a revolta brasileira contra a corrupção já foi iniciada. Acredita-se que, com a evolução da nossa democracia, o fortalecimento das instituições e a facilidade de acesso às informações cada vez maior, é questão de anos para expungir a corrupção – e com elas os corruptos – da nossa política.

E, com uma possível implementação de requisitos educacionais, como a formação em algum curso de graduação (Administração, Contabilidade, Direito, Filosofia e afins), esperar-se-ia uma atuação política cada vez mais capacitada, assim como se percebe no Poder Judiciário, e quiçá mais ética.

REFERÊNCIAS

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Coleção Os Pensadores).

LOCKE, John. **Ensaio sobre o entendimento humano**. v.1. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999b.

PLATÃO. **A República**. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

REFORMA POLÍTICA E ELEITORAL: CORRUPÇÃO TEM JEITO?

Daniel Monteiro da Silva¹

É por demais sabido que o sistema político brasileiro é marcado por uma profunda crise, sobretudo relativa ao imenso abismo existente entre representantes e representados. Sem dúvida, um dos principais vetores dessa realidade é a corrupção sistematizada e arraigada àquele sistema.

Aqui é prudente não se generalizar, pois existem sim políticos bons, honestos e que buscam exercer uma fidedigna representação popular, em que pese essa afirmação possa parecer utopia para muitos, atual e justificadamente incrédulos.

A corrupção por definição comum é algo que degenera, corrói e modifica as características originais de algo.² No sistema político, ela promove os interesses privados e escusos dos mandatários, em detrimento dos anseios sociais. Sendo assim, a corrupção tem comprometido em grande escala o que há de mais importante em nosso Estado Democrático de Direito: a Soberania Popular.³

Tais circunstâncias têm abastecido reações contundentes da sociedade e das instituições brasileiras. Prova disso são os recentes acontecimentos históricos, exemplificados pelas Manifestações de Junho de 2013, o Impeachment de uma presidente, a elevadíssima quantidade do

1 Mestre e especialista em Direito. Professor Adjunto I da Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Ministra Direito Processual Civil e Direito Eleitoral. Professor de Curso de Pós-Graduação da UFRN. Palestrante. Membro da Comissão de Direito Eleitoral da OAB/RN. Membro fundador do Instituto Potiguar de Direito Eleitoral – IPDE. Advogado Eleitoralista.

2 <https://www.dicio.com.br/corrupcao/>

3 Art. 1º (...) Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (CF/88).

não-voto⁴ (nulos, brancos e abstenções) nas Eleições 2016 e, ainda, os efeitos e revelações decorrentes da Operação Lava Jato.

Nesse contexto, a realização de uma reforma política legítima é cada vez mais urgente no país, sob pena de maior submersão deste na crise econômica corrente. E a legitimidade buscada naquela reforma deverá advir não só de uma ampla e intensa participação popular, mas também de reformulações estruturantes do sistema político, passando, no mínimo, pelas revisões dos sistemas partidário, eleitoral e de financiamento de campanhas eleitorais.

Diante desta ótica, já se verifica o tamanho e a complexidade do desafio.

Não por outra razão tem se conseguido promover até agora apenas reformas gradativas e pontuais, especialmente de ordem infraconstitucional, segundo as quais o processo legislativo revela-se menos dificultoso.

Trata-se das quatro Minirreformas Eleitorais (Leis n.º 11.300/2006, 12.034/2009, 12.891/2013 e a 13.165/15). De uma forma geral, essas reformas objetivam proporcionar maior transparência e redução dos gastos de campanhas, igualdade entre os candidatos, regulação de propagandas eleitorais, diminuição da interferência do poder econômico nas eleições, entre outros aspectos.

A última Minirreforma Eleitoral, promovida pela Lei n.º 13.165/15, almeja reduzir os custos das campanhas eleitorais, simplificar a administração dos Partidos Políticos e incentivar a participação feminina. Sem dúvida alguma, trouxe valorosas contribuições para o combate à corrupção já a partir das Eleições 2016.

Mas, como se dá a tão propagada corrupção sistematizada? Existe relação entre as reformas político-eleitorais e este tipo de corrupção? Quais as contribuições dadas nas Eleições 2016 para combatê-la? Existem outros fatores que colaboraram para este mister?

4 <http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais-2016/resultados>.

Primeiramente é oportuno indicar algumas concepções do termo corrupção. Para que esta relação promíscua se efetive deve se considerar o seu caráter bilateral, de modo a atuarem o agente ativo (corruptor) e o passivo (corrompido).

Daí porque existir o crime de corrupção ativa (art. 333⁵, CP) e passiva (art. 317⁶, CP). E, na seara penal-eleitoral, há o crime de corrupção eleitoral (art. 299⁷, CE). E, na vertente cível-eleitoral, dita corrupção revela-se pela famosa captação ilícita de sufrágio do art. 41-A⁸, da LE e também pelo abuso de poder econômico do art. 22⁹ da LC n.º 64/90.

-
- 5 Art. 333 - **Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício:** Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.
- 6 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:** Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. § 1º - A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional. § 2º - Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.
- 7 Art. 299. **Dar, oferecer, prometer, solicitar ou receber, para si ou para outrem, dinheiro, dádiva, ou qualquer outra vantagem, para obter ou dar voto e para conseguir ou prometer abstenção, ainda que a oferta não seja aceita:** Pena – reclusão até quatro anos e pagamento de 5 a 15 dias-multa.
- 8 Art. 41-A. **Ressalvado o disposto no art. 26 e seus incisos, constitui captação de sufrágio, vedada por esta Lei, o candidato doar, oferecer, prometer, ou entregar, ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública, desde o registro da candidatura até o dia da eleição,** inclusive, sob pena de multa de mil a cinquenta mil Ufir, e cassação do registro ou do diploma, observado o procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar no 64, de 18 de maio de 1990.
- 9 Art. 22. Qualquer partido político, coligação, candidato ou Ministério Público Eleitoral poderá representar à Justiça Eleitoral, diretamente ao Corregedor-Geral ou Regional, relatando fatos e indicando provas, indícios e circunstâncias e pedir abertura de investigação judicial para apurar uso indevido, **desvio ou abuso do poder econômico** ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político, obedecido ao seguinte rito:

Mas estas condutas não devem ser consideradas apenas em uma perspectiva restrita. É preciso compreendê-las em um panorama mais amplo, onde se verificam tais condutas ilícitas de maneira sistematizada.

Assim, tem-se a corrupção sistematizada, promovida por diversos agentes (ativos e passivos) e, principalmente, em CICLOS CONTÍNUOS.

Explica-se.

Inicia-se um ciclo corrompendo lideranças políticas e partidárias, vale dizer, comprando-as, para que sejam conjugadas tantas legendas partidárias e apoios políticos quantos forem necessários para o sucesso da empreitada eleitoral.

Em seguida, promove(m)-se certa(s) candidatura(s) pela prática intensa da corrupção eleitoral¹⁰, **em especial nas vésperas e no dia da eleição**. Para conseguir tal intento, há agente(s) financiador(es) destes ilícitos, que considera(m) esta atividade como um mero negócio comercial segundo o qual é feito um investimento e se exige o retorno financeiro, com seus respectivos “lucros” adiante.

Uma vez eleito(s) e empossado(s) o(s) candidato(s) ainda pela via da corrupção, utilizam-se de seus mandatos para praticarem os mais variados ilícitos administrativos, no intuito de pagarem e/ou contemplarem os seus “investidores” e formarem o “caixa” para a próxima campanha.

Não raras vezes, esse contexto resulta em ineficiência administrativa, comprometimento dos serviços públicos e em mais aumento de tributos.

Mas na próxima eleição, os “frutos” desta sistemática corrupta irão financiar e ampliar novas candidaturas, iniciando-se um novo ciclo da corrupção sistematizada.

Ao que parece é este tipo de corrupção, a sistematizada, que deve ser coibida com mais vigor. Nesse plano, a Operação Lava Jato demonstrou que a principal plataforma deste tipo de corrupção eram as doações por pessoas jurídicas às campanhas eleitorais.

10 Reis, Marlon. O nobre deputado: relato chocante (e verdadeiro) de como nasce, cresce e se perpetua um corrupto na política brasileira. Rio de Janeiro: LeYa, 2014, p. 105.

Assim, a decisão do Supremo Tribunal Federal – STF, na ADI 4650¹¹, corroborada pela Lei n.º 13.165/15, ambos proibindo as doações empresariais, comprometeu um dos pilares daquela sistemática ilícita.

Mais ainda, a Minirreforma Eleitoral de 2015 trouxe vários mecanismos fiscalizatórios e de transparência, inibindo a prática da corrupção eleitoral sistêmica. São eles: a) redução e fixação de limite de gastos nas campanhas eleitorais; b) divulgação em até 72 horas das doações recebidas; c) redução do tempo e limitação dos meios de propaganda eleitoral; d) utilização de percentual mínimo do fundo partidário para candidaturas femininas, entre outras.

Somem-se a estas medidas outras tomadas pela Justiça Eleitoral: a) campanhas de conscientização, b) criação do Sistema Pardal para denúncias de ilícitos eleitorais; c) cruzamento de dados do Sistema de Prestação de Contas da Justiça Eleitoral com outros sistemas públicos.

Também se destacam os esforços das entidades da sociedade civil organizada (OAB¹², CNBB, MCCE), no combate ao “Caixa 2”.

E ainda as peculiaridades de ordem prática decorrentes da Crise Econômica do país e da Greve dos Bancários, que permearam parte significativa das Eleições 2016.

Tudo isso parece ter colaborado para que as Eleições 2016, consideradas “eleições laboratório”, significassem, de forma geral, um avanço no sentido de coibir a corrupção sistematizada, especialmente quando comparadas às eleições anteriores.

E no plano do combate à corrupção individualizada (casos concretos), a Justiça Eleitoral, as Instituições de Controle (Ministério Público, Tribunais de Contas, Sociedade Civil Organizada) e demais atores do processo eleitoral têm demonstrado buscar as devidas apurações e punições judiciais, sobretudo, quando consideradas as inúmeras notícias de

11 <http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4650&classe=A-DI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M> . Acesso em 06/11/16.

12 <https://acesso.oab.org.br/login?signin=97c2e15e27566dd35b435ef430559f9d>. Acesso em 06/11/16.

denúncias, procedimentos investigatórios, ações eleitorais e decisões por todo o Brasil.

Por outro lado, viu-se uma relação direta entre a necessidade de realização de reformas política e eleitoral e a corrupção sistematizada no país. Há um nítido vínculo de interdependência, segundo o qual as primeiras podem coibir a segunda. Isto é, reformas legítimas promovem a redução da corrupção.

Logo, em que pese o título desse escrito ser provocativo, a corrupção tem jeito sim. Tem jeito de ser prevenida, tem jeito de ser reduzida, de ser mais bem contida, apurada e punida.

Mas, longe de se buscar uma solução única e redentora, devem-se trilhar vários caminhos, inaugurar múltiplas frentes de combate, promover ações sistematizadas, coletivas e intensas, todas de enfrentamento a um problema que se revela com estas mesmas características.

É certo que para um problema de tamanha envergadura, as soluções refluem do terreno jurídico, em que pese todos devêssemos ser conscientes da nossa soberania popular¹³ e praticá-la sempre que possível. Mas com frequência isso não ocorre.

Há uma evidente marca cultural nessa corrupção sistematizada, mas que pode esvaecer com medidas a exemplo da educação para a cidadania, conscientização para o voto, fiscalização¹⁴ da coisa pública, capacitação multidisciplinar para pretensos, novos e atuais políticos, participação em audiências públicas, filiação partidária, dentre outras.

O conjunto de condutas, individuais e coletivas, na direção de uma cultura da soberania popular, é, certamente, o aspecto mais animador no desafio de combater a corrupção sistematizada...

13 “(...) a soberania popular se revela no poder incontestável de decidir (...)” Gomes, José Jairo. *Direito Eleitoral*. – 11 ed. rev. atual. eampl. São Paulo: Atlas, 2015. P.44.

14 BEZERRA, Jarbas; Limeira, Lígia. **Manual Prático das Eleições**. Natal/RN: Econômico, 2016. p.210.

REFERÊNCIAS

BEZERRA, Jarbas;LIMEIRA, Ligia. Manual Prático das Eleições. Natal/RN: Econômico, 2016, p.210.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. – 11 ed. rev. atual. eampl. São Paulo: Atlas, 2015. p.44.

BRASIL. **Constituição Federal**. 1988.

_____.**Lei Ordinária nº 4.410**. 1964.

_____.**Lei Ordinária n.º 13.165**. 2015.

_____.**Lei Ordinária n.º 9.504**. 1997.

_____.**Lei Complementar n.º 64**. 2010.

REIS, Marlon. **O nobre deputado**: relato chocante (e verdadeiro) de como nasce, cresce e se perpetua um corrupto na política brasileira. Rio de Janeiro: LeYa, 2014.

OS ATOS ADMINISTRATIVOS E AS FORMAS DE CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Daviton Gurgel Guerra Fernandes¹

INTRODUÇÃO

O controle da Administração Pública se apresenta como um dos temas mais atuais e relevantes do Direito Administrativo. Trata-se da “faculdade de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro”. A doutrina classifica esse controle de diversas formas. A principal divide em: Controle Administrativo, Controle Legislativo e Controle Judicial.

Dessa forma, tem-se como objetivo geral do trabalho: abordar as formas de controle dos atos da Administração Pública. Especificamente: pormenorizar os elementos constitutivos dos atos administrativos, analisar os aspectos gerais dos tipos de controle dos atos do Poder Público e discutir a efetividade dessas formas de controle.

Quanto à metodologia, foram feitas pesquisas bibliográficas, utilizando-se livros e artigos científicos sobre o tema, como também pesquisas documentais: legislação vigente e decisões proferidas pelos tribunais em casos pertinentes.

OS ATOS ADMINISTRATIVOS

Inúmeros atos são praticados, diariamente, em todo o território nacional, nos mais variados órgãos e entidades do Poder Público. Por ato administrativo, pode-se entender toda manifestação unilateral de

1 Especialista em Direito Administrativo. E-mail: daviton.gurgel@hotmail.com.

vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir ou declarar direitos, bem como impor obrigações aos administrados ou a si própria (MEIRELLES, 2011, p.154).

Representam, portanto, uma manifestação volitiva da Administração no desempenho de suas funções, produzindo, então, efeitos jurídicos.

Indo além, em uma definição mais estrita:

Declaração unilateral do Estado no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante comandos concretos complementares da lei (ou, excepcionalmente, da própria Constituição, aí de modo plenamente vinculado) expedidos a título de lhe dar cumprimento e sujeitos a controle de legitimidade por órgão jurisdicional (MELLO, 2014, p.390).

Desta feita, nem todos os atos praticados pela Administração Pública podem ser considerados atos administrativos. São espécies desse gênero também: os atos regidos pelo Direito Privado; os atos materiais, chamados de fatos administrativos; e os atos políticos ou de governo (MELLO, 2014, p.387-388).

No intuito de atender ao interesse público, os atos da Administração Pública, no Brasil, independentemente de sua espécie, estão subordinados à lei, sendo que alguns decorrem diretamente da Constituição. Assim, todos os atos são passíveis de revisão pelo Judiciário, mediante provocação da parte interessada, tanto para a defesa de interesse coletivo, difuso ou individual (SIRAQUE, 2009, p.70).

Os elementos do ato administrativo (competência, objeto, forma, motivo e finalidade) são um termômetro quanto à regularidade desses atos. Qualquer defeito em um desses elementos é suficiente para eivar de vício todo o ato, não restando alternativa senão a extinção do mesmo (art. 2º da Lei nº 4.717/65).

Através do controle, faz-se o exame da regularidade de tais atos, os quais podem ser revogados ou anulados pela própria Administração (controle interno) ou anulados pelo Poder Judiciário (controle externo).

A anulação é o desfazimento do ato administrativo por razões de ilegalidade. Pode ser feita pelo Poder Judiciário, mediante provocação dos interessados, ou pela própria Administração, com base no seu poder de autotutela, independente de provocação (PIETRO, 2014, p.248).

É esse o entendimento consagrado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), na Súmula 346, que diz: “A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos”.

Já a revogação é a extinção de um ato válido, por razões de conveniência e oportunidade. Decorre do poder discricionário da Administração, portanto não pode ser feita pelo Judiciário. A Súmula 473 do STF sintetiza bem essas duas formas:

Súmula 473 – A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Por fim, vale ressaltar que a anulação produz efeitos retroativos à data em que foi originado o ato invalidado (efeitos *extunc*), enquanto que a revogação não retroage, gerando efeitos a partir da própria revogação (efeitos *ex nunc*).

AS FORMAS DE CONTROLE DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O controle da Administração Pública decorre do Estado Democrático de Direito. “É a faculdade de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro” (MEIRELLES, 2011, p.713). Abrange todas as esferas dos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, incluindo-se a Administração Direta e a Indireta, no exercício de suas funções.

É um conjunto de instrumentos jurídicos e administrativos para fiscalização e revisão de toda atividade administrativa, constituindo um dever do Poder Público e direito de todo cidadão. Por fiscalização

entende-se a avaliação da gestão pública, através da análise de dados e informações (controle concomitante ou posterior), enquanto que a revisão visa corrigir alguma falha legal ou procedimental ou ainda adequar o ato ao interesse público (controle posterior), no uso de seu poder discricionário (MARINELA, 2012, p.1014-1015).

A doutrina traz diversas classificações quanto aos tipos de controle, que variam conforme alguns fatores. Quanto ao fundamento, o controle pode ser hierárquico (decorrente do escalonamento vertical dos órgãos, é fundado na subordinação de um órgão a outro) ou finalístico (controle sobre as entidades da Administração Indireta; não há subordinação).

Quanto ao momento: prévio ou *a priori* (antecede a conclusão do ato), concomitante ou sucessivo (acompanha a realização do ato) e posterior ou *a posteriori* (após a conclusão do ato). Já com relação ao objeto, pode ser de legalidade (conformação do ato com as normas legais que o regem) ou de mérito (que examina a eficiência, o resultado, a conveniência e a oportunidade do ato controlado).

Ainda, relativo à extensão do mecanismo (ou pertinência do órgão), temos controle interno (exercido no âmbito da Administração, no interior do próprio órgão controlado) e externo (realizado por órgão independente, estranho ao responsável pelo ato controlado), além do controle externo popular (exercido pelos cidadãos).

E, por fim, quanto ao órgão que o exerce, o controle pode ser administrativo, legislativo e judicial. O controle administrativo consiste no poder de fiscalização e correção que a Administração Pública, em sentido amplo, exerce sobre sua própria atuação, quanto à legalidade e mérito, mediante provocação de algum administrado ou *ex officio*. Decorre do poder de autotutela, o qual permite à Administração rever seus próprios atos quando eivados de ilegalidade (anulação) ou quando demonstrarem-se inconvenientes ou inoportunos ao interesse público (nesses casos, revogação).

A autotutela encontra fundamento nos princípios a que se submete a Administração Pública, especialmente os princípios da legalidade e da primazia do interesse público sobre o privado. Para isso, são criadas no âmbito dos órgãos diversas comissões de fiscalização, corregedorias e controladorias.

Como exemplos de meios de controle administrativo, temos: a fiscalização hierárquica, a supervisão ministerial, o direito de petição, incluindo os recursos administrativos, como a representação, a reclamação administrativa, o pedido de reconsideração, os recursos hierárquicos próprios e impróprios e a revisão.

Já o controle legislativo é exercido pelas casas legislativas, em suas respectivas áreas de atuação, no sentido de conformar os atos da Administração Pública com os interesses do Estado e da comunidade (GASPARINI, 2012, p.1054). Como se trata de interferência de um Poder sobre outro, as hipóteses devem se limitar às previstas na Constituição Federal, sendo vedado às constituições estaduais, leis ordinárias ou complementares preverem modalidades diversas.

Basicamente, são duas as modalidades de controle: o político e o financeiro. O controle político abrange aspectos tanto de legalidade quanto de mérito, visto que aprecia as decisões administrativas também sob a ótica da discricionariedade. Enquanto que o controle financeiro permite a verificação da contabilidade, das receitas e despesas, da execução do orçamento, dos resultados e dos acréscimos e diminuições patrimoniais da Administração, incluída também a Indireta (PIETRO, 2014, p.822-825).

Finalmente, tem-se o controle judicial. Nessa modalidade de controle, o Poder Judiciário, a requerimento das partes interessadas, controla, no caso concreto, a legitimidade dos comportamentos da Administração Pública, anulando condutas ilegítimas, compelindo-a a fazer aquelas que são obrigatórias e condenando-a a indenizar os prejudicados, quando for o caso (MELLO, 2014, p.965).

Está-se diante, então, de um direito público subjetivo dos administrados que, quando se sentirem injustamente prejudicados pelo Poder Público, podem acionar o Poder Judiciário, individual ou coletivamente, para garantir o cumprimento do que lhe é por direito, cessar uma injusta lesão ou ter a devida reparação dos danos causados.

Afora as ações do Direito Privado que podem ser intentadas para correção da conduta administrativa, como as de defesa ou reintegração de posse, existem meios específicos para o exercício do controle judicial,

como: o *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de segurança individual e o coletivo, o mandado de injunção, a ação popular, a ação civil pública e a ação direta de inconstitucionalidade.

CONCLUSÃO

A Administração Pública desenvolve suas atividades por meio de atos administrativos. Diariamente, inúmeros atos são praticados em todas as esferas administrativas. Logo, alguns desses atos podem não estar em conformidade com a lei. Por esse motivo, a verificação da regularidade dos atos administrativos é um trabalho extremamente relevante para a sociedade.

Todos os tipos de controle precisam ser desenvolvidos de modo sério e comprometidos com a finalidade da atividade administrativa. Tanto o controle interno quanto o controle externo precisam ser eficazes, para que esses atos que estão em desconformidade com a lei sejam o mais rápido possível corrigidos, quando possível, ou declarados nulos, quando o vício for insanável, no sentido de serem minimizados os prejuízos aos administrados eventualmente prejudicados pelos referidos atos.

Contudo, esse papel não cabe apenas aos órgãos competentes, mas também aos cidadãos. A população precisa estar atenta aos atos do Poder Público, cobrando, fiscalizando e, quando necessário, utilizando os instrumentos legais que tem à disposição, como a ação popular.

REFERÊNCIAS

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 6.ed. Niterói: Impetus, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SIRAQUE, Vanderlei. **Controle social da função administrativa do Estado**: possibilidades e limites na Constituição de 1988. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CONSTITUCIONALIZAÇÃO E CRISE DO DIREITO PRIVADO NO BRASIL

Dimitre Braga Soares de Carvalho¹

Não restam dúvidas de que a Constitucionalização do Direito Privado, no Brasil, trouxe profundos avanços para este ramo da Ciência Jurídica. As inovações da doutrina e da jurisprudência do Direito Civil, após o advento da constitucionalização, superaram, em quantidade e qualidade, qualquer outro momento histórico da matéria.

Mas esta mudança, no contexto da experiência brasileira, também proporcionou certas deturpações.²

Inicialmente, cabe tratar da função da extrema liberdade interpretativa e hipervalorativa atribuída aos julgadores dos casos de Direito Civil. Tal protagonismo precisa ser reconhecido, inicialmente, como ampliação do reconhecimento dos direitos fundamentais aplicáveis aos casos de família, como legítimos defensores do próprio constitucionalismo.³

Mas também se percebeu um crescimento sem precedentes de decisões que, baseadas em aspectos apenas constitucionais, deixaram de

1 Professor Adjunto da Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Mestre e doutorando em Direito. Advogado. Chefe do Departamento de Direito do CERES – UFRN.

2 “A tradição jurídica de *civil law* não passou incólume ao processo de constitucionalização. Aqui se radicam diversas tendências, escolas ou pretensas escolas de pensamento jurídico e uma miríade de autores que utilizam o imenso “guarda-chuva” teórico da constitucionalização para sustentar a utilização de novos fatores de correção das normas de Direito Civil, sua interpretação conforme o texto constitucional ou a aplicação direta de suas normas às relações de Direito Privado.” Rodrigues Junior, Otavio Luiz, *Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição de civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios*, Belo Horizonte, Meritum, Vol.5 – n. 2 – p. 13-52 – jul./dez. 2010.

3 “En esta última década, plagada de desilusiones y desencantos, pero tambien de novos horizontes, han sido muchas vezes nuestros jueces quienes han asumido um rol protagónico en la defensa del constitucionalismo como nuevo paradigma del derecho.” Dominguez, Andres Gil; Fama, Maria Victoria; Herrera, Marisa, *Derecho Constitucional de Familia*, Tomo I, Buenos Aires, Ediar, 2006, p. 52.

lado a legislação codificada de Direito, e decidiram em desconformidade com o que está previsto na lei, sem que fosse apresentada uma justificativa teórica plausível para esta mudança de fundamentos.

É preciso reconhecer que a Constitucionalização do Direito, no Brasil, incorreu em excessos, os quais desvirtuaram parte dos seus objetivos, e culminaram por levar o próprio Direito Civil a um momento de judicialização de sua aplicação.

O fato é que a constitucionalização, neste contexto, após uma utilização superlativa, abriu espaço para uma crise hermenêutica.⁴ Desenvolveu-se, com efeito, uma espécie de “autonomização” do Direito Civil, baseada na ampliação da discricionariedade das decisões judiciais, e em uma liberdade interpretativa sem precedentes, alicerçada, no mais das vezes, na própria ideia (por vezes distorcida) do que se chamou de “constitucionalização do Direito Privado”.

O Direito que se sobressai do paradigma do Estado Democrático de Direito deve ser compreendido no contexto de uma crescente autonomização do direito, alcançada diante dos fracassos da falta de controle da política. A Constituição, nos moldes construídos no interior daquilo que denominamos de ‘constitucionalização’ representa, assim, a manifestação desse grau de autonomia do direito. Essa autonomização se dá no contexto histórico do século XX, tendo atingido o seu auge com a elaboração das Constituições sociais, compromissórias e dirigentes do segundo pós-guerra.⁵

4 “A crise que atravessa a hermenêutica jurídica possui uma relação direta com a discussão acerca da crise do conhecimento e do problema da fundamentação, própria do início do século XX. Veja-se que asvárias tentativas de estabelecer regras ou cânones para o processo interpretativo a partir dopredomínio da objetividade ou da subjetividade ou, até mesmo, de conjugar a subjetividade do intérprete com a objetividade do texto, não resistiram às teses da viragem ontológico-linguística (especialmente com Heidegger e Gadamer), superadoras do esquema sujeito-objeto.” Streck, Lenio Luiz, *Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?* Disponível em: www.univali.br/seer/index.php/%20nej/article/viewFile/2308/1623. Acesso em: 02 de abril 2015.

5 Streck, Lenio Luiz, *Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?* Disponível em: www.univali.br/seer/index.php/%20nej/article/viewFile/2308/1623. Acesso em: 02 de abril 2015.

Neste sentido, temos a lição de **Lenio Luiz Streck**:

Dito de outro modo, se houve a diminuição do espaço de poder da vontade geral e se aumenta o espaço da jurisdição (contramajoritarismo), parece evidente que, para a preservação dessa autonomização do direito, torna-se necessário implementar mecanismos de controle daquilo que é o repositório do deslocamento do polo de tensão da legislação para a jurisdição: as decisões judiciais.

E isso implica discutir o cerne da teoria do direito, isto é, o problema da discricionariedade na interpretação, é dizer, das decisões dos juízes e tribunais.

E continua o respeitável professor:

Assim, negar a possibilidade de que possa existir uma resposta correta pode vir a se constituir –sob o ponto de vista da hermenêutica filosófica – em uma profissão de fé no positivismo e, portanto, na discricionariedade judicial, uma vez que o caráter marcadamente não-relativista da hermenêutica é incompatível com a existência de múltiplas respostas. Corre-se o risco de conceder ao juiz uma excessiva discricionariedade (excesso de liberdade na atribuição dos sentidos), acreditando, ademais, que o direito é (apenas) um conjunto de normas (regras).⁶

A Constitucionalização do Direito Privado vem consolidando, principalmente na jurisprudência, uma amplíssima liberdade de julgar e de decidir. Tal liberdade é reforçada pela utilização de mecanismos interpretativos, como princípios e cláusulas gerais, que servem como instrumentos para afastar o julgador do texto codificado.

Em alguns casos, mais graves ainda, é possível dizer que os próprios juízes, implicitamente, tornam inválidas determinadas normas previstas na legislação, mesmo sem que estas tenham sido objeto de um processo formal de discussão de sua revogabilidade. São revogadas pelo desuso,

⁶ Streck, Lenio Luiz, *Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?* Disponível em: www.univali.br/seer/index.php/%20nej/article/viewFile/2308/1623, Acesso em: 02 de abril 2015.

pelo não uso, posto que são continuamente ignoradas em sentenças e acórdãos.

Essa liberdade excessiva tem fortíssima ligação com o subjetivismo interpretativo possibilitado por meio da constitucionalização do Direito de Civil, sobretudo na experiência brasileira.

Esse fenômeno jurisprudencial, nos termos aqui apresentados, faculta aos julgadores a utilização de um arsenal de recursos técnicos propícios a um decisionismo extremamente individual e personalista (solipsismo). A lei que trata de Direito Civil, então, perde significativa parte de seu espaço como elemento normatizador das relações humanas em sociedade, haja vista que ela pode ser utilizada conforme a interpretação judicial de cada momento.

A constitucionalização das relações civis, ao passo que possibilitou a abordagem horizontal de normas fundamentais em casos que discutiam relações estritamente privadas (sendo essa sua maior conquista), também trouxe para o sistema brasileiro um certo relativismo nas decisões das matérias. A previsibilidade e a segurança jurídica, desse modo, vêm sendo deixadas, paulatinamente, em segundo plano.

Forçosa, então, uma reflexão sobre a qual venha a ser a função da jurisprudência de Direito Civil, na experiência do modelo da Civil Law brasileira, temperado pela pesadíssima influência da constitucionalização das relações privadas.

Como se sabe, a jurisprudência vai além de um mero banco de dados. No dizer de **Luiz Edson Fachin**, ela se configura como verdadeiro método, isto é, um caminho para a atribuição de sentidos e interpretações dos vários campos jurídicos conformadores de um ordenamento. Assim, temos que:

A jurisprudência pressupõe a consolidação de uma hermenêutica que seja coerente, mas não engessada, atenta à forma normativa dos fatos e que não se perca no relativismo, enfim, que solidifique os entendimentos dos tribunais projetados da cultura jurídica do país. E isso a fim de se ter um reduto de segurança jurídica e previsibilidade dos tribunais, que seja palpável, e que não se esboroe na primeira brisa.

Considerando esses elementos como pressupostos para a afirmação de uma verdadeira jurisprudência, é mesmo temerário defender que haja uma jurisprudência civilística geral no Brasil, quanto menos no âmbito do Direito de Família.⁷

No Direito Civil brasileiro, existe frenético trabalho de produções de decisões, decorrente da intensa atividade jurisdicional. Contudo, não há método consolidado para essa atividade. O volume de decisões em um mesmo sentido, acerca de determinado tema, não significa a construção de julgamentos parametrados em rigor metodológico de abordagem teórica.⁸

É necessário dizer, com certa dose de sinceridade acadêmica, que, na experiência brasileira, há flagrante ocorrência de excessos de constitucionalização e seus efeitos sobre a perda de referenciais teóricos do Direito Civil contemporâneo; havendo também a ausência de rigor-técnico a propósito do que seja a constitucionalização, bem assim o uso equívoco da teoria dos direitos fundamentais em torno de categorias privatísticas particulares - e em especial, da família e dos contratos.

O professor **Otávio Luiz Rodrigues Junior**, veemente crítico do modelo deturpado de constitucionalização que se abateu sobre as relações privadas no Brasil, aponta algumas características do que ele chama de “crítica à dogmática civil contemporânea”, quais sejam: a) usa-se com

7 Fachin, Luiz Edson, *No Direito de Família, doutrina e jurisprudência vivem união estável*, Revista eletrônica Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-fev-01/processo-familiar-direito-familia-doutrina-jurisprudencia-uniao-instavel>. Acesso em 01 de fevereiro de 2015.

8 “Há acesa atividade jurisdicional e um frenético exarar de decisões. Contudo, há método formado para atribuição de sentido? A existência de inúmeras decisões em mesmo sentido sobre um determinado tema ainda não é de todo suficiente; é mandatória consolidação hermenêutica, de modo que haja preocupação com o constructo do julgamento, sua fundamentação e forma de análise”. Fachin, Luiz Edson, *No Direito de Família, doutrina e jurisprudência vivem união estável*, Revista eletrônica Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-fev-01/processo-familiar-direito-familia-doutrina-jurisprudencia-uniao-instavel>. Acesso em: 01 de fevereiro de 2015.

extrema promiscuidade o conceito de constitucionalização, sem que se saiba propriamente a que se refere, o que implica trazer para seus limites situações ou fenômenos jurídicos totalmente diferenciados ou incompatíveis, como interpretação conforme a Constituição, interpretação do direito ordinário sob a égide da supremacia constitucional, controle de constitucionalidade das leis, uso de princípios constitucionais para interpretar o Direito Privado, eficácia dos direitos fundamentais em relação aos particulares; b) os direitos fundamentais devem ser compreendidos nos moldes da teoria externa, distinguindo-se entre seu conteúdo essencial e respectivos limites; c) não há como se admitir direitos fundamentais ilimitados; d) o exame da função social da propriedade, por exemplo, pressupõe o reconhecimento da distinção entre propriedade e função social.⁹

Segundo o mesmo autor, uma parte dos atritos causados pela tentativa de plena acomodação do Direito de Família no espectro da constitucionalização é decorrenciada contínua buscar por um elemento de correção para o Direito.

Assim, em brevíssimas conclusões, é possível afirmar que o constante recurso à Constituição, no âmbito do Direito Civil, é explicável, “embora seu barateamento pela dogmática brasileira tenha chegado a níveis intoleráveis”.¹⁰ Vivemos, assim, uma fase de redefinição epistemológica de nossa matriz de Direito Civil, que transita entre extremos: de um lado, o Direito Civil dogmático, fundamentado na legislação

9 “Esse modelo de utilização discricionária e *contra legem* dos textos normativos, até mesmo da Constituição, dá margem a graves desvios lógicos. Invoca-se a Constituição, certos “princípios” ou “valores constitucionais”, para desfazer de regras de inquestionável univocidade semântica. Esse abuso chega ao extremo de se voltar contra a própria Constituição.” Rodrigues Junior, Otavio Luiz, *Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição de civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios*, Belo Horizonte, Meritum, v.5, n. 2, p. 13-52 – jul./dez. 2010.

10 RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição de civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios**. Belo Horizonte: Meritum, Vol. 5 – n. 2. Dominguez, Andres Gil; FAMA, Maria Victoria; HERRERA, Marisa. **Derecho Constitucional de Familia**, Tomo I. Buenos Aires: Ediar, 2006 13-52 – jul./dez. 2010.

ordinária, de cunho tradicionalista e pouco inclusivo. De outro, um Direito Civil pensado para bases da Constitucionalização, com toda a carga interpretativa e valorativa acima demonstrada, mas sem significativos avanços práticos, ou seja: um direito muito mais funcional nas teorias que efetivo na sua aplicação diária.

Decerto a perspectiva de humanização desse Direito Civil Constitucional consiga alcançar os objetivos de agregar, simultaneamente, aspectos mais significativos da matriz teórica da sua formação, ao lado de possibilitar um pleno exercício nas lides forenses das suas premissas.

REFERÊNCIAS

DOMINGUEZ, Andres Gil; FAMA, Maria Victoria; HERRERA, Marisa, **Derecho Constitucional de Familia**. Tomo I. Buenos Aires:Ediar, 2006

FACHIN, Luiz Edson. No Direito de Família, doutrina e jurisprudência vivem união estável. **Revista eletrônica Consultor Jurídico**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-fev-01/processo-familiar-direito-familia-doutrina-jurisprudencia-uniao-instavel>. Acesso em: 01 fev. 2015.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz, **Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição de civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios**. Belo Horizonte:Meritum, v.5, n. 2,p.13-52 – jul./dez. 2010.

STRECK, Lenio Luiz, **Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista?** Disponível em: www.univali.br/seer/index.php/%20nej/article/viewFile/2308/1623. Acesso em: 02 abr. 2015.

A SOBERANIA POPULAR COMO ELEMENTO DA POLÍTICA DEMOCRÁTICA

EmillyNaeli Alves Araújo¹¹
Isac Rafael Soares de Queiroz¹²

INTRODUÇÃO

É perceptível o momento conturbado e preocupante do cenário político brasileiro contemporaneamente, necessitando, portanto, uma mudança substancial. A crise institucional no cenário político permanece e neste ano tornou-se ainda mais acentuada, pois coadunou com a crise econômica. Ademais, tornando a situação ainda mais preocupante, surgiram escândalos de políticos de todo o Brasil envolvidos com casos de corrupção e conseqüentemente provocando maior intensidade no sentimento de traição e aborrecimento no povo brasileiro.

É nesse contexto desanimador e lastimoso que surge a imprescindível busca pela transformação, através do exercício da soberania popular, tendo como objetivo superar essa vasta crise que abrange a estrutura política, econômica e social.

Além disso, é a atuação popular que consolida o sistema democrático, pois aproxima o cidadão das decisões importantes que são tomadas pelos representantes políticos em prol da sociedade. De modo que é fundamental que desperte no povo a vontade de buscar a sabedoria e discernimento necessário para transformar a situação vivenciada.

Este trabalho caracteriza-se pelo levantamento bibliográfico e também através da pesquisa *online* para realizar uma descrição minuciosa e

11 Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas de Patos. Email: emilly.naa@hotmail.com.

12 Graduando em Direito pelas Faculdades Integradas de Patos. Email: isac-soares@hotmail.com.

ao mesmo tempo abrangente do tema. As ideias que foram extraídas passarão a ser comparadas e organizadas, tendo como objetivo facilitar o entendimento do leitor em relação ao que está sendo abordado no trabalho.

DESENVOLVIMENTO

O termo “democracia” como bem afirmou o filósofo Kant (1990, p.78) diz respeito “à forma de domínio na qual todos aqueles que constituem a sociedade possuem o poder soberano”. No Brasil, a concretização desse ideal é a Constituição de 1988, pois o seu texto é eminentemente democrático. Como expressa o caput do Art. 1º e o seu parágrafo único:

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.

Como mencionado pelo texto da Constituição, o Estado Democrático de Direito atribui ao povo uma supremacia que se fundamenta com o exercício da democracia podendo esta ser realizada de forma direta ou indireta.

Portanto, o Estado contemporâneo não é apenas para o povo, mas construído pelo povo através dos seus representantes e até mesmo das atuações mais efetivas dos eleitores que de maneira autônoma asseguraram os seus interesses e buscam um ideal de justiça.

Acerca do assunto, José Afonso da Silva (2006, p.46) destaca:

[...] o regime político adotado pela Constituição de 1988 funda-se no princípio democrático. (...) como valores supremos de uma sociedade fraterna, livre, justa e solidária e sem preconceitos (art. 3º, II e IV) (...). Trata-se, assim, de um regime democrático fundado no princípio

da soberania popular, segundo o qual todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes, ou diretamente (parágrafo único do art. 1º).

Locke (2006) é um dos precursores do pensamento político contemporâneo, desenvolve uma doutrina cuja ideia principal é a de que todo poder emana do povo, ou seja, o governo deve impreterivelmente atender às demandas da sociedade, haja vista que o pacto proposto pelo autor é baseado na confiança, no consentimento e na representação.

Todavia, sabe-se que somente a criação de um sistema democrático não é suficiente, ou seja, é necessária a utilização de mecanismos dotados de praticidade que permitam a concretização do que é defendido pela democracia, pois a mera inclusão desses princípios nos textos legais não assegura o sucesso da medida. Dessa forma, torna-se perceptível a necessidade de fortalecer os instrumentos já existentes e criar novas formas de exercer a soberania popular nos termos previstos na legislação brasileira.

Em virtude disso, faz-se necessário mencionar a ideia de aplicação do *recall* que apesar de ter sido desenvolvido na legislação dos Estados Unidos esse mecanismo tem ganhado forças no Brasil, pois é um instrumento que expressa a insatisfação e concretiza a supremacia popular.

Paulo Bonavides (2011, p.311) conceitua o instituto da seguinte forma: “É a forma de revogação individual. Capacita o eleitorado a destituir funcionários, cujo comportamento, por qualquer motivo, não lhe esteja agradando”.

Assim, o *recall* é a forma de revogação que capacita o eleitorado, ou seja, atribui a este o direito de retirar o poder dos governantes que estão abusando do poder e contrariando a vontade popular.

A teoria lockeana, assim como é explicitada na obra de Varnagy (2006), não admite que o governo seja tirânico e arbitrário, atribuindo ao povo a possibilidade de revogá-lo quando se fizer necessário, considerando, inclusive, esse direito de resistência um dos elementos principais do que se entende por democracia. Em face disso, o governo que porventura vier a violar a propriedade do povo não mais terá

legitimidade para exercer tal função, fazendo com que o povo, desse modo, esteja desobrigado a obedecer-lhe, configurando, assim, o que autor chama de estado de guerra. Além disso, Varnagyfala do pensamento político de Locke e reitera que a dissolução do governo ocorre quando as atitudes tomadas pelos governantes não condizem com os desejos da população.

Caio Márcio de Brito Ávila (2009, p.27) resume bem a ideia central proposta por Locke:

Locke afirma também que o poder legislativo, apesar de ser supremo, é um poder fiduciário limitado a fins determinados, permanecendo no povo um poder superior para destruir ou alterá-lo quando o ato legislativo promulgado por este poder for contrário à confiança nele depositada.

Portanto, entende-se que assim como a escolha dos representantes é um ato democrático, a reversão disso também seria, pois o eleitor permaneceria no controle e não seria “vítima” de abusos de poder.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em virtude do que foi mencionado, entende-se que é necessária a inserção do instituto da revogação de mandato no ordenamento jurídico-político brasileiro, pois capacita o eleitor para exercer a sua soberania. Além disso, desenvolve o processo democrático consagrado pela Constituição.

Todavia, sabe-se que é imprescindível uma maior organização na estrutura política, ou seja, uma reforma política para que se garantam resultados bons, eficientes e satisfatórios.

Além disso, com a inserção do instituto da revogação de mandato no ordenamento Jurídico-político brasileiro, iria abranger uma participação popular ainda maior e, por consequência, fortalecer a soberania que é atribuída ao povo.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Caio Márcio de Brito. **Recall**: a revogação do mandato político pelos eleitores: uma proposta para o sistema jurídico brasileiro. 2009. 152 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 18.ed., São Paulo: Malheiros, 2011.

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

DF, Senado, 1988.

KANT, Immanuel. Primeiros princípios da filosofia do Direito. In: WEFFORT, F. (Org.). **Clássicos da Política**. V.2. São Paulo: Ática, 1990.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. 4. ed. Petrópolis (RJ): Bragança Paulista: Vozes: Editora Universitária São Francisco, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

VÁRNAGY, Tomás. O pensamento político de John Locke e o surgimento do liberalismo. Enpublicacion: **Filosofia política moderna**. De Hobbes a MarxBoron, Atilio A. CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales; DCP-FFLCH, Departamento de Ciências Políticas, Faculdade de Filosofia Letras e Ciências Humanas, USP, Universidade de São Paulo. 2006. ISBN: 978-987-1183-47-0.

PROTEÇÃO AOS DIREITOS AUTORAIS DAS PROPAGANDAS ELEITORAIS

Francisco Segundo de Sousa¹

Lenilson Silva de Azevedo²

INTRODUÇÃO

Em mercado comercial, têm-se diversos produtos à disposição e muitos deles valem-se de propagandas elaboradas para conquistar o comprador. A analogia que se encontra à da livre iniciativa e disputa de mercado comercial é direta, com relação à disputa pelo eleitor. Em ambos os casos, as propagandas podem ser protegidas pela legislação vigente e isso garante um mínimo de qualidade do produto. Na confecção das propagandas de marcas comerciais e também eleitorais, altas somas de recursos são investidas no pagamento de artistas, que debruçam suas potencialidades intelectuais em criações das mais altas qualidades. Para a propaganda eleitoral em geral, aqui analisada como uma busca pelo consumidor que é o eleitorado, não há motivos para pensar diferente.

A LEI ELEITORAL COMO REGRA DO JOGO

Na apresentação das candidaturas, a teleologia roga por utilidades exclusivamente comerciais para a legislação eleitoral, vedando a utilização de pecúnia para pagamento de outros meios que não propagandísticos, punindo a maioria das transgressões legais com multas. A legislação assegura a possibilidade também da petição para a defesa dos direitos do candidato, sendo esse tipo de petição de que se valerá o

1 Graduando de Direito pela UFRN. e-mail: <sentrolus@hotmail.com>

2 Graduando de Direito pela UFRN. e-mail: <lenilsonazevedo@hotmail.com>

candidato para a obtenção das proteções exclusivas por sua ideologia e simbologia. A preocupação com o registro fiel do candidato se associa semelhantemente com as características do mercado e do respeito pela conquista da clientela.

A lei eleitoral (BRASIL, 1997), no artigo 26, considera como gastos eleitorais a propaganda e a publicidade direta ou indireta, por quaisquer meios de divulgação, desde que destinadas a conquistar votos, e prevê o registro de gastos com produção de programas para radiodifusão, a produção de programas de televisão ou vídeo em outras fontes de distribuição legais de conteúdo midiático. Essas produções são carregadas de artifícios audiovisuais e demandam profissionais gabaritados para sua elaboração. Por isso, a lei eleitoral busca o registro, mesmo que na forma de doação, do gasto com pessoal na sua produção, também sujeitos ao registro e aos limites fixados.

AS DEFINIÇÕES DE PROPAGANDA

Na busca pela conquista do voto, tudo é usado como instrumento de conquista. Renato Dias traz, à tona, a grande importância da utilização de propagandas em períodos eleitorais à guisa de estratégias políticas para convencer o eleitor, sem pormenorizar as repercussões de utilização de propagandas no âmbito jurídico (DIAS, 2004). Seus estudos apresentam três recursos para a propaganda do candidato: o *slogan*, o *jingle* e o símbolo, elementos que devem figurar na ponta da imagem do candidato, por serem os principais recursos de que esse dispõe para se apresentar perante o eleitor (DIAS, 2004, p.167).

O *slogan* é definido como uma frase de efeito e de fácil memorização que resume as características do candidato (DIAS, 2004, p.174), o *jingle* como uma mensagem musicada e com propósito de ser lembrada com facilidade pelo eleitor (DIAS, 2004, p.176), e o símbolo de candidato como uma representação de fácil identificação para o eleitor (DIAS, 2004, p.168). Francisco Ferraz traz abordagem semelhante dos elementos publicitários, *slogan*, *jingle* e símbolo, para a campanha eleitoral, considerando-os fundamentais para a apresentação do melhor conceito

sobre o candidato (FERRAZ, 2004). Esses três elementos publicitários, por serem produções estritamente originais e fruto de criativo trabalho intelectual, são passíveis de proteção nos termos da lei.

O Instituto Nacional de Propriedade Intelectual (INPI) define marca como o sinal aplicado ao serviço, no caso o do candidato, com funções de identificar e distingui-lo de outros, criando a possibilidade de iconografia própria. Tem então a proteção à marca utilizada pela indústria e comércio tradicional total aplicação para a produção intelectual das suas iconografias e simbologias na campanha do candidato.

Surge a dificuldade de se escolher e utilizar simbologias adequadas às características do candidato, considerando também a necessidade de se proteger o uso indevido de simbologia própria, que em situações honestas pode custar parte considerável do orçamento da campanha de muitos candidatos. Denis Barbosa afirma que a proteção fiel da marca da empresa tem sido a modalidade mais pretendida pelas empresas americanas, e a que as empresas consideram de maior relevância (BARBOSA, 2003).

PROTEÇÃO DAS MARCAS DE CAMPANHA

É a lei de propriedade industrial o instrumento adequado para a proteção que é dada ao mercado de consumo. A Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996 (BRASIL¹⁹⁹⁶), dá a necessária segurança jurídica ao tema, considerandosuscetível de registro a marca, definindo ainda três tipos dessas marcas. A lei prevê ainda um utilíssimo rol de impedimentos de registro, dentre os quais a impossibilidade de proteção às cores partidárias, sendo a combinação de modo peculiar e distintivo do partido possível de proteção.

O registro de marca ou simbologia amparado pela lei de propriedade industrial busca primordialmente a proteção à marca de campanha valiosa e cuidadosamente criada para o uso associado ao candidato, assegurando a imediata e rápida associação com suas qualidades administrativas, para a conquista do sufrágio do eleitor, semelhantemente às atividades encontradas na preferência dos consumidores pelos produtos de mercado.

Registrar marca e simbologia de campanha dá a garantia legal ao candidato para uso exclusivo dessa em todo o território nacional. É a segurança jurídica mister para fazer a necessária separação do joio do trigo no âmbito da preferência do voto. Sem tal segurança, abre-se a possibilidade de candidatos se valerem de plágios, paródias e principalmente da utilização do que se pode chamar de “omnisimbologias”, a utilização de grande sorte de simbologias para limitar ou mesmo confundir o eleitorado, porque na ausência do registro não pode o candidato buscar a exclusividade do uso de uma marca sua em particular.

No âmbito comercial, a criação artística de *slogans, jingles* e símbolos se assemelha com o âmbito eleitoral, e não se pode pensar diferente quanto aos benefícios e proteções advindos do registro dessas peças publicitárias. No sentido da elaboração de simbologias e marcas artísticas, há a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que define obras intelectuais e fomenta a possibilidade de negócios jurídicos sobre as peças publicitárias elaboradas no âmbito também das eleições, tal como o é no âmbito do mercado de consumo de produtos e serviços (BRASIL, 1998).

É evidente o risco iminente na utilização descuidada de material comercial protegido, quando a lei assegura que depende de autorização do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, direta ou indiretamente (BRASIL, 1998, art. 29). A infringência ao regramento incorre no descumprimento de regulamentação eleitoral, com previsão da cessão dos direitos dos *slogans, jingles* ou símbolos desenvolvidos, ou mesmo a execução de paródias e alterações em obra já existente associada ao candidato, que a própria lei considera onerosa. Mas não é novidade que se observa a utilização intensa de simbologias comerciais por candidatos, muitas das quais protegidas.

O artigo 26, inciso XVI da Lei 9.504/1997, considera gastos eleitorais, sujeitos a registro e aos limites fixados em lei, a produção de *jingles*, vinhetas e *slogans* para propaganda eleitoral (BRASIL, 1997, art. 26). Por este modo, deve constar na prestação das contas eleitorais dos candidatos ao menos a execução de algum recurso para pagamento de profissionais artísticos. Entretanto, o reconhecimento dos negócios

jurídicos, aqui apresentados, contabilizados nas contas eleitorais previstas pela legislação, pode trazer um ônus a mais, se seguidos, à risca, aos limites estabelecidos em lei, mas a obrigação de se dar o devido tratamento jurídico é necessária na busca da transparência nas campanhas eleitorais que se deseja.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As campanhas eleitorais atuais são permeadas de estrutura de propaganda nos diversos segmentos de eleitores e deixou a propaganda eleitoral de ser somente a distribuição de folhetos publicitários. As legislações que circundam a temática, tanto normas eleitorais como as que protegem os direitos de produção de propaganda genérica e específica para os candidatos, devem estabelecer um *continuum* proveitoso.

Destarte identifica-se como uma válida estratégia de campanha o registro e proteção das simbologias e marcas das candidaturas e o controle legal da utilização de marcas comerciais no âmbito das eleições, trazendo uma maior segurança jurídica e garantias de transparência nas campanhas eleitorais.

Entretanto, os candidatos parecem não considerar importantes os benefícios de se registrarem suas marcas “comerciais” no âmbito do período eleitoral, e demonstram que a campanha eleitoral no Brasil, a despeito de toda uma carga legislativa disponível para os candidatos acompanharem, ainda resta o descuido para com os detalhes.

Ainda mais, a proibição do uso de simbologia protegida também se torna um artifício bélico, nas mãos de bons juristas e advogados, que podem custar recursos e desgastar a imagem dos candidatos adversários. A utilização descuidada e prematura, às vezes beirando ao plágio inclusive, de marcas sem autorização pelos candidatos, na busca por conquistar o eleitor assim como se conquista um consumidor, pode ensejar a perda de, se não uma campanha mesmo, alguns dias preciosos de seu tempo de angariar votos, tentando se defender da mácula de mau costume.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Denis Borges. **Introdução à propriedade intelectual**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BRASIL. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. [Brasília], 1996. **Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm>. Acesso em: 30 jul. 2016.

_____. Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. [Brasília], 1997. **Estabelece normas para as eleições**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9504compilado.htm>. Acesso em: 30 jul. 2016.

_____. Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. [Brasília], 1998. **Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9610.htm>. Acesso em: 30 jul. 2016.

DIAS, Renato Costa. **Marketing político**: como ganhar uma campanha eleitoral seguindo os ensinamentos de Sun Tzu, Maquiavel e Clausewitz. Natal: Ed do autor, 2004.

FERRAZ, Francisco. **Manual completo de campanha eleitoral**. [S.l.]: L&PM Editores, 2010.

INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Guia básico de marca**. Brasil, [201-]. Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br/menu-servicos/marcas/guia-basico-de-marca>>. Acesso em: 30 jul. 2016.

SISTEMA PRISIONAL: POLÍTICA DE INSEGURANÇA PÚBLICA?

Igor da Silva Gomes¹

Augusto de França Maia²

Sebastião Caio dos Santos Dantas³

INTRODUÇÃO

Em uma conjuntura de crise e tensão em diversos setores sociais no Brasil, alavancada por uma instabilidade política e econômica, a população e o poder público redirecionam seus olhares para outras preocupações e se esquecem de um “calo nos pés” do âmago social que já vem provocando dores há algumas décadas e que, por falta de estruturação de uma política pública decente, não tem obtido resultados satisfatórios.

A crise no sistema penitenciário, impulsionada, sobretudo, pelo déficit de vagas e inexistência de um sistema eficaz de reabilitação, tem como resultados iminentes a superlotação dos equipamentos prisionais, o total desrespeito às garantias e direitos do apenado, a reincidência criminal e, conseqüentemente, índices apavorantes de insegurança. Esta conjuntura é fruto da adoção de estratégias penais que apresentam o agente infrator como inimigo social, gerando novas finalidades e objetivos ao se aplicar o instituto da pena, notadamente da reclusão.

1 Discente do curso de graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte-UFRN, e-mail: igor_sgomes1210@hotmail.com.

2 Discente do 10º período do curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), e-mail: augustofmaia@gogomail.com.

3 Bacharelado em direito e Mestrando pelo Programa de Pós-Graduação em Serviço Social – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, e-mail: profcaiodantas@hotmail.com.

A sistemática envolta do tema é marcada por um paradigma que se encontra atrelada a uma população que, instigada por uma mídia, quase sempre manipuladora de dados da violência e do sistema carcerário, clama por medidas mais severas de punição a atos criminosos, todavia se esquece de que é através da implementação de políticas públicas para a reabilitação dos apenados ou o cumprimento das legislações penais que efetivamente obter-se-ia uma diminuição nos números da violência.

Doravante, este breve estudo buscará demonstrar o porquê do fracasso da forma de gerenciamento e organização do sistema penitenciário no Brasil, trazendo justificativas para tal, ante os grandes investimentos em segurança pública sem os devidos retornos satisfatórios.

Através da colheita e análise de dados do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, do Conselho Nacional de Justiça, dentre outros órgãos, realizar-se-á uma discussão em torno da aplicabilidade da Lei de Execuções Penais e de toda a dogmática envolta à punição e conseqüente reabilitação do agente transgressor, na ótica de atingir as finalidades previstas ao instituto da pena no ordenamento jurídico brasileiro.

Este breve estudo será de relevância imensurável, pois trará novas perspectivas para ampliar e diversificar o diálogo em torno da discussão, apresentando soluções e metodologias que podem ser aplicadas para mudar essa cruel realidade que assola o país.

O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO EM COLAPSO

Aduz a sistemática processualística penal que a regra no ordenamento jurídico brasileiro é a liberdade, sendo o indivíduo privado desta excepcionalmente. Para que se prenda uma pessoa, faz-se necessária a observância de pré-requisitos essenciais, entre os quais os previstos na Constituição Federal de 1988, quais sejam, o flagrante delito ou a ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente (artigo 5º, LXI), salvo, ainda, os casos de transgressão militar ou crime propriamente militar.

Ademais, o Código de Processo Penal apresentou outra modalidade de prisão, a cautelar, dividida em preventiva e provisória, estas

que devem ser decretadas para garantir a ordem pública, econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a execução da lei penal, quando houver indícios suficientes de autoria e materialidade delitivas. Para tanto, devem-se levar em consideração outros dispositivos estabelecidos pelo código.

Deste modo, percebe-se que a prisão deve ser aplicada apenas para os crimes em que o nível de culpabilidade e periculosidade for elevado, podendo o infrator, em liberdade, pôr em risco toda a sociedade. A quantidade de crimes deste tipo que chegam ao conhecimento das autoridades policiais é ínfima, em comparação à quantidade de pequenos delitos cometidos e autuados.

Doutra banda, percebe-se que o número de pessoas encarceradas tem crescido exorbitantemente no Brasil, estando o país no ranking dos países com maior população carcerária do mundo. Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, o Brasil atingiu a marca dos 567.655 presos no ano de 2014, ocupando a 4ª posição no ranking mundial, perdendo apenas para Rússia, China e Estados Unidos, estes dois últimos, ressalte-se, possuindo contingente populacional bem maior que o do Brasil.

De mais a mais, a população carcerária provisória totaliza um montante de aproximadamente 232.739 presidiários, o qual perpassa a marca dos 41% do total de presos, o que, a princípio, demonstra uma exagerada decretação de prisões cautelares.

Numa análise inicial dos dados, torna-se evidente que a maior parte das prisões em flagrantes ou autuadas pelas autoridades policiais é resultante da prática de pequenos delitos, com baixo grau de periculosidade. Deste modo, como explicar um número tão elevado de prisões cautelares decretadas, frente à disposição legal de que a liberdade é a regra, sendo sua privação a exceção?

Todo o exposto corrobora a ideia de que no Brasil se prende muito, mas se prende mal. Tudo isso é resultado da adoção de uma política pública de encarceramento como meio para se garantir a aplicabilidade das leis penais e efetivação da segurança pública. O resultado é o que se vê amplamente em todos os meios de comunicação: a superlotação e o

colapso no sistema prisional. Dados do Conselho Nacional de Justiça informam que o déficit de vagas totaliza 210.436, cerca de 37.1% do total de vagas.

Este problema traz consequências alarmantes, uma vez que a superlotação dificulta a aplicação dos regramentos da Lei de Execuções Penais, a começar pelo desrespeito ao espaço mínimo de seis metros quadrados por preso numa cela, disposto no artigo 88, parágrafo único, alínea a, da LEP.

Com a total ausência de iniciativas eficazes, rebeliões quase sempre decorrentes de insatisfação dos presos, revoltados com a insalubridade e indignidade humana nos equipamentos prisionais, a ausência de políticas de reabilitação, a quantidade de fugas, mortes de policiais e o número elevado de homicídios e reincidência criminal, resta comprovado o fracasso da sistemática de gerenciamento das penitenciárias e centros de detenção, o que requer novas perspectivas de organização e controle.

Assim, o que se conclui de todo o quadro apresentado é que sem uma política pública adequada e o devido gerenciamento do sistema prisional, o que deveria tratar-se de uma questão de segurança acaba se tornando, pasmem, uma questão de insegurança pública.

NOVA PERSPECTIVA: O SISTEMA PRISIONAL COMO VERDADEIRA POLÍTICA PÚBLICA

Não obstante toda a complexidade na qual está envolta o sistema prisional brasileiro, a solução não parece estar muito distante: aplicar a lei ao caso concreto. Todo o desrespeito ao disposto na ordem constitucional e legal brasileira, aqui trabalhado, coloca em xeque todo um sistema que, sem resultados práticos positivos, provoca na sociedade, além de altos índices criminais, uma profunda sensação de medo e insegurança.

A noção de política pública remete, resumidamente, ao estudo, estabelecimento de metas, encaminhamento de projetos e apresentação de soluções acerca dos mais diversos problemas sociais. Qualquer gargalo presente no amplo tecido social, quando não passado por essas etapas, compromete a eventual obtenção de quaisquer resultados positivos. Não

raramente, é bem verdade, a administração pública, em todas as esferas, passa por profundas dificuldades de gerência da máquina estatal, provocadas, sobretudo, pela falta de planejamento das suas ações, deflagrando, inclusive, a piora em seus índices de popularidade. Daí a importância da utilização de metas e planos, organizados em políticas públicas com a participação do Estado e da sociedade civil organizada, para a apresentação das repostas necessárias às necessidades sociais, entre elas a insegurança pública.

O fracasso do modelo adotado no sistema prisional brasileiro representa o fracasso do próprio Estado. Prado e Melchior (2012) asseveram que a desconfiança no exercício do poder punitivo é reflexo do abismo entre as práticas penais e a expectativa democrática.

Aquele que cria as leis não se mostra capaz, sequer, de pôr em prática as suas próprias criações, desvirtuando, muitas das vezes, o próprio sentimento para o qual determinada norma fora criada. Entretanto, passos largos podem (e devem) ser dados a partir de uma nova visão do sistema carcerário, na qual os estabelecimentos prisionais sejam entendidos como centros de ressocialização de apenados, como há muito já prevê a lei, embora descumprida, e não como locais unicamente destinados à severa punição a quem descumpriu normas legais.

É profundamente necessário adotar a compreensão de que o detento, por mais perigoso que seja, um dia, provavelmente, voltará ao convívio social, e a vivência estabelecida dentro do estabelecimento prisional, controlado pelo Estado, pode determinar uma melhora ou piora do indivíduo. Os altos índices de reincidência, porém, têm apontado para uma utilização incorreta das ferramentas penais.

Ressocializar, antes de tudo, é reintegrar uma pessoa ao convívio social, e sem o suporte necessário para tal reintegração, o indivíduo provavelmente não conseguirá conviver em harmonia com a sociedade. A compreensão do cárcere como local de reeducação só será posta em prática quando o Estado passar a discuti-lo como política pública de segurança. Do contrário, por mais bem intencionada que seja uma iniciativa, o sistema prisional continuará produzindo agentes ainda mais perigosos, sendo transformado numa política de insegurança pública.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante todo o exposto, resta evidente o caminho tortuoso e fracassado trilhado pelo modelo de gerenciamento das políticas para controle e organização do sistema prisional brasileiro, que se encontra inegavelmente em colapso.

Pelos dados alarmantes de encarceramento e reincidência, além do enorme déficit de vagas no sistema, denota-se imprescindível a adoção de novas políticas públicas para reorganizar e reestruturar toda a sistemática envolta das medidas necessárias à aplicação da pena com vistas à obtenção de suas respectivas finalidades, quais sejam, a preventiva, retributiva e reabilitação.

Ressalte que se faz necessária ainda a integração do sistema prisional à construção da segurança pública como uma política de Estado, dotada pelo viés da gestão pública que garanta os mínimos para efetivação da justiça social, diferente do que é possível observar na atualidade, onde fica evidente o desmonte dos direitos humanos bem como o sucateamento dos aparelhos estatais destinado a este fim.

Por fim, é notória a necessidade da construção de espaços sociais de debate e discussão a despeito do sistema prisional que temos na cena contemporânea e dos moldes necessários à efetivação do direito.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 jul. 2016.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/impressao/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2016.

_____. **Lei de Execução Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 22 jul. 2016.

PRADO; MELCHIOR. **Breve análise crítica da Lei nº. 12.403 de 2011 que modifica o regime das cautelares pessoais no Processo Penal brasileiro.** 2012.

CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E CORRUPÇÃO: ACEPÇÕES E FERRAMENTAS DE PUNIÇÃO

Jéssica Dantas de Oliveira¹

INTRODUÇÃO

Especialmente no nosso atual cenário político, econômico e social, em que os ânimos da sociedade brasileira apontam cada vez mais para um crescimento no interesse de controle e fiscalização dos atos dos gestores e agentes públicos, face ao crescente descrédito que cerca as instituições políticas, é necessário que se faça um estudo acerca dos fenômenos jurídicos nos quais qualquer uma das pessoas que trabalham diretamente com a máquina pública pode ser enquadrada.

As figuras jurídicas da improbidade administrativa, da corrupção e os diferentes tipos de crimes contra a Administração Pública não raras vezes se confundem e acabam gerando equívocos caso não sejam bem compreendidos. De fato, há institutos dentro destes diferentes gêneros que recebem sanções das mais diferentes naturezas o que acaba dificultando ainda mais o estudo dessas figuras.

Os atos de improbidade administrativa, por exemplo, importam, muitas vezes, em condutas punidas pelo direito administrativo, penal e cível, o que por si só já evidencia o quanto os fenômenos estão interligados, e o quanto é importante o estudo acerca da real significação de cada um deles.

Apenas a partir de então é que podemos também, por via de consequência, conhecer quais as ferramentas de punição e de prevenção que devem ser aplicadas quando da verificação de qualquer uma delas e,

¹ Bacharelanda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte, CERES - Campus Caicó/RN. E-mail: jessica_dantasdeoliveira@hotmail.com.

assim, efetivamente mantermos o controle e fiscalização daqueles que, por qualquer motivo, façam mau uso da *res pública*.

DOS TIPOS PENAIS CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

No título XI do Código Penal Brasileiro, estão previstos os tipos penais que têm como bem tutelado a Administração Pública, entendida esta como sendo a atividade de todo o Estado e das entidades públicas, visando-se a proteção ao funcionamento dos poderes (legislativo, executivo e judiciário), e evitando a perturbação à atividade administrativa do Estado.

O Código Penal prevê três modalidades de crimes contra a Administração: os praticados exclusivamente pelos funcionários públicos contra a administração em geral, os praticados por qualquer particular contra a administração em geral e os praticados contra a administração da justiça.

No presente caso, como o estudo segue o viés dos mecanismos de fiscalização e de controle da conduta de quem desempenha funções públicas, tratemos dos crimes praticados por funcionários públicos contra a Administração Pública.

O próprio Código Penal prevê em seu art. 327 quem pode ser considerado funcionário público para efeitos penais, entendido como sendo quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública, estendendo o conceito a quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.

Já as figuras típicas praticadas por estes agentes estão previstas do art. 312 ao 326: Peculato, seja ele culposo ou por erro de outrem; inserção de dados falsos e modificação ou alteração não autorizada em sistema de informações; extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento; emprego irregular de verbas ou rendas públicas; concussão; corrupção passiva; facilitação de contrabando ou descaminho; prevaricação; deixar o Diretor de penitenciária e/ou agente público de cumprir

seu dever de vedar ao preso acesso a aparelho telefônico ou similar; condescendência criminosas; advocacia administrativa; violência arbitrária; abandono de função; exercício funcional ilegalmente antecipado ou prolongado; violação de sigilo funcional e violação do sigilo de proposta de concorrência.

Como as condutas acima enumeradas são consideradas criminosas, é cabível a aplicação de sanções de reclusão ou detenção, conforme o tipo. Além disso, o Código Penal prevê a possibilidade de efeitos condenatórios anexos, conforme teor do art. 92, I, a, o qual aduz a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública.

Sendo assim, tendo o funcionário público praticado qualquer das condutas acima, está sujeito à ação penal. Ressalte-se que, a princípio, os crimes praticados por agentes públicos contra a Administração Pública são também considerados atos de improbidade e, portanto, podem se sujeitar às sanções de natureza cível, penal e administrativa, cada qual nas suas respectivas esferas.

DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Além da prática de crimes contra a Administração Pública, os agentes públicos também estão sujeitos às sanções previstas na Lei 8.429/92 (lei de improbidade administrativa). Como se sabe, o trato com a *res* pública exige cuidado e zelo, e, portanto, também merecem maior punição aqueles que dela fazem mau uso.

Para tanto, o legislador previu também atos ilícitos de natureza civil, os quais quando praticados pelos agentes públicos e por terceiros em conluio com aqueles, dão ensejo a outros tipos de punição, a depender do ato de improbidade praticado.

Na visão de José dos Santos Carvalho Filho, a ação de improbidade administrativa busca a preservação do princípio da moralidade administrativa, de sorte que o agente considerado ímprobo sempre é

qualificado como violador do princípio da moralidade (CARVALHO FILHO, 2014).

Podem ser vítimas de atos de improbidade administrativa as pessoas jurídicas da Administração Direta, da Administração Indireta e as entidades para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual (art. 1º, Lei 8.429/92). No que se refere aos sujeitos ativos, podem ser autores de atos de improbidade os agentes públicos, inclusive os agentes políticos, e terceiros.

Quanto às condutas que se configuram como atos de improbidade, a Lei 8.429/92 as enumera em seus arts. 9º, 10 e 11, diferenciando-as em atos que importam enriquecimento ilícito, dano ao erário e/ou violação aos princípios da Administração Pública. Deve-se deixar claro, ademais, que as figuras previstas são meramente exemplificativas.

Os atos que importam enriquecimento ilícito ocorrem quando o autor adquire vantagem patrimonial indevida, em virtude do exercício de cargo, mandato, função ou atividade em qualquer das entidades que podem ser sujeitos passivos de improbidade (art. 9º, LIA).

Os atos que ensejam dano ao erário verificam-se por qualquer ação ou omissão, seja ela dolosa ou culposa, que resulte em perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação de bens e haveres das entidades vítimas do ato (art. 10, LIA).

Por fim, os atos de improbidade que violam princípios da Administração Pública ocorrem por meio de ação ou omissão que atente contra os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições (art.11, LIA).

É importante mencionar que os agentes públicos considerados ímprobos estão sujeitos a diferentes tipos de sanções, previstas no art. 12 da LIA. Tais medidas punitivas são aplicadas conforme o tipo de ato praticado e envolvem: suspensão dos direitos políticos, perda do cargo ou função, perda de bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, se houver, pagamento de multa civil. A dosimetria da aplicação destas sanções leva em consideração a extensão do dano causado, bem como o proveito patrimonial obtido pelo agente (art. 12, parágrafo único, LIA).

Neste sentido, é de se concluir que apesar de várias das condutas previstas na LIA serem consideradas também crimes contra a Administração Pública, nem todas o são. E, por esta razão, nem sempre um agente público ímprobo também será criminoso em razão do mesmo ato. Daí a importância da separação que a LIA deixou clara entre as sanções de diferentes naturezas, de sorte que um mesmo ato pode ter repercussão nas esferas administrativas, cíveis e penais, bem como em apenas algumas delas.

DA CORRUPÇÃO

Quando se fala em corrupção, coloquialmente, se entende o termo como sendo atos que importem em prejuízos para a Administração Pública e resultantes de desvio ou fraude. Na visão do Código Penal, a palavra corrupção adquire diferentes feições. Apenas a título de exemplificação, fala-se em corrupção ativa e passiva (arts. 333 e 317, CP, respectivamente), corrupção de água potável (art. 271, CP) e corrupção de menores (art. 218). Em todos estes exemplos, o termo é utilizado com significados diferentes, mas a visão de desvio e/ou deturpação permanece.

Em se tratando de maus-tratos com a coisa pública, o termo corrupção deve ser considerado em sentido amplo, abrangendo “toda forma de comprometimento dos princípios que informam a administração pública” (COSTA, 2005). E, neste caso, pode-se dizer que os atos de improbidade administrativa são atos de corrupção administrativa.

A relação entre os atos de improbidade administrativa e corrupção se fortalece ainda mais quando percebemos que apesar de nem todos os atos de improbidade configurarem tipos penais da corrupção, as figuras da corrupção ativa e passiva (as quais estão nas modalidades de crimes contra a Administração Pública), sejam consumadas ou tentadas, importam em prática de improbidade.

Na visão de Sérgio Ferraz, citado por Ianaiê Simonelli da Silva e Roberta Marcantônio, algumas leis infraconstitucionais brasileiras personificam o combate à corrupção: a lei da ação popular, da ação civil

pública, da improbidade administrativa, a lei de responsabilidade e, por fim, o Código Penal, especialmente nos arts.312 a 327, 332, 333 e 335.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

À medida que conhecemos os significados das expressões crimes contra a Administração Pública, improbidade administrativa e corrupção, e à medida que sabemos as repercussões de cada um deles, podemos evitar chegar a conclusões equivocadas, tendo em vista o grau de interligação que existe entre estes institutos.

Conclui-se, por fim, que o fenômeno da corrupção repercute tanto nas esferas penais, quanto civis e administrativas. Contudo, nem todos os atos de improbidade administrativa importam em condutas criminosas, embora, regra geral, todos os crimes contra a Administração Pública, que não se restringem apenas à corrupção, tenham o condão de configurarem também práticas de improbidade.

REFERÊNCIAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

COSTA, Humberto Pimentel. **Corrupção e improbidade administrativa**. 2005. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15970-15971-1-PB.pdf>>. Acesso em: 06 ago. 2016.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 8.ed. Niterói: Editora Impetus, 2014.

SILVA, Ianaiê Simonelli da; MARCANTÔNIO, Roberta. **A corrupção e a improbidade administrativa**. 2014. Disponível em: <<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/download/.../1512>>. Acesso em: 06 ago. 2016.

A REGULAÇÃO DA MÍDIA COMO EFETIVAÇÃO PRÁTICA DA COMUNICAÇÃO SOCIAL NO BRASIL

Leandro dos Santos Araújo¹
Leonilson dos Santos Araújo²

INTRODUÇÃO

Partindo da premissa de que os veículos de comunicação no Brasil têm uma função pública, sobretudo rádio e televisão. Faz-se necessário e urgente a regulação da mídia. De modo que regular não é censurar e sim adequar a mídia à sua real função social conforme assegura a Constituição.

Nessa perspectiva, analisando os princípios constitucionais, com ênfase ao capítulo V que trata da comunicação social, propõe-se impulsionar a reflexão acerca do processo de regulação da mídia no país. Nesse sentido, sem distanciar-se das garantias fundamentais do artigo 5º da Carta Magna, sobretudo o princípio da liberdade de expressão, destaca-se, neste trabalho, uma análise sobre a legalidade constitucional e a necessidade de uma eficaz regulação da mídia. Por último, será levantada uma provocação acerca de possíveis alternativas de regulação, dentro de uma perspectiva constitucional.

1 Graduado em História pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN e acadêmico em Direito, cursando o 6º período pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN, Campus Central de Mossoró. Endereço eletrônico: Leandro.sa86@hotmail.com.

2 Acadêmico em Direito, cursando o 10º período pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN, CERES, Campus de Caicó/RN e estagiário na Defensoria Pública do Rio Grande do Norte. Endereço eletrônico: leonilsonsanos2014@outlook.com.

O PODER DA MÍDIA NA SOCIEDADE E A INEFICIÊNCIA DAS ATUAIS NORMAS REGULADORAS

Atualmente, os meios de comunicação têm se firmado como elementos fundamentais para a sociedade. É através desses que as pessoas se interligam e têm acesso ao que acontece no mundo como um todo. A mídia exerce influências sobre o cidadão, podendo incidir em suas opiniões e comportamentos sociais. Mesmo que esses indivíduos não se distanciem de seus processos de aprendizagens e relações tradicionais e as suas corriqueiras formações de opiniões; o que se vê diariamente – ouve e lê – exerce uma poderosa força, sobretudo na construção dos discursos e debates individuais.

Nesta seara, verifica-se que essa forte influência da mídia possibilita “aos meios de comunicação e, a quem está no controle deles, um enorme poder de definir o que está ou não disponível para se conhecer e como a realidade é representada. Essa decisão de como mostrar o mundo e o que ocorre nele não é automática nem neutra”, afirma Valente (2013).

No país, o Código Brasileiro de Telecomunicações em vigor, data de 24 de agosto de 1962, que pelo seu tempo já sofreu inúmeras modificações. Já sob a égide da CF/1988, algumas leis foram promulgadas objetivando regular determinadas demandas midiáticas. São destaques: o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), lei 8.069/1990 que traz imposições à mídia do artigo 74 ao 80. A lei 8.389/1991, que instituiu o Conselho de Comunicação Social; a lei 9.294/1996 que regula o § 4º do artigo 220 da CF/1988; a lei 9.472/1997 que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, e a lei 10.610/2002 que trata da participação de capital estrangeiro em empresas de comunicação no país.

É perceptível que estas são normas um tanto espaciais e muito específicas, não conseguem abranger todas as necessidades e os aspectos da comunicação socialencados na Constituição. Por exemplo, em se tratando do ECA, as imposições contidas entre os artigos 74 ao 80 constituem normativos exigidos pelas garantias fundamentais do artigo 5º da Constituição vigente e não como um propósito finalístico de regular a mídia. No que pese as demais leis, essas não discutem sequer a vedação

de monopólios midiáticos bem como o efetivo cumprimento do inciso I, alínea 'a' do artigo 54 da vigente Constituição.

POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL DA REGULAÇÃO DA MÍDIA VERSUS CENSURA

Atualmente, vive-se no Brasil uma espetacularização da mídia onde na maioria das vezes a mesma promove uma verdadeira descarga dramática. Neste cenário, limites são ultrapassados e abusos são cometidos com a finalidade de atender interesses individuais, de modo que o controle da mídia é exercido exatamente por aqueles que se apresentam como defensores exclusivos da liberdade de informação e expressão: os monopólios midiáticos.

Defender que regular a mídia é censurar, é uma afirmação controvertida, tendo em vista que a regulação é uma garantia assegurada constitucionalmente. Os limites impostos à mídia pela legislação vigente são frágeis e visam muito mais ao favorecimento do empresariado que ao interesse público.

A liberdade de expressão tão preterida e defendida pela imprensa nos moldes atuais é censurada em sua essência pela própria mídia, de tal modo que as liberdades individuais ficam comprometidas. A Constituição veda a formação de monopólios e oligopólios midiáticos, mas na praticidade ocorre o contrário, e essa concentração permite maior influência do empresariado da área, em vários setores da sociedade, de tal modo que nenhuma tentativa de regulação é bem vista por estes. Nesse raciocínio, VOGEL (2013) nos assegura que “os proprietários dos meios de comunicação no Brasil resistem à regulamentação do mercado em que atuam, sob a justificativa de que esta afetaria a liberdade de imprensa (na realidade, a liberdade de empresa)”.

Aos que defendem a não regulação com o argumento de que se estaria ferindo os direitos fundamentais garantidos pelo artigo 5º da CF/88, sobretudo no que diz respeito à liberdade de expressão e opinião, em oposto, deve-se frisar a posição de Napolitano (2012) quando esse afirma que essas garantias estão intimamente ligadas a um fim

determinado que “é o ser humano, a pessoa física”, logo “têm nítido viés individual”. Ainda, vale salientar que o inciso XI do artigo 21, da CF/88 determina que é competência da União regular os serviços de radiodifusão sonora, de sons e imagens.

Nesse raciocínio, a regulação da mídia é constitucional e não tem a finalidade de promover a censura, como determinados grupos sustentam. Tem o objetivo de assegurar e expandir a liberdade de expressão, uma vez que a regulação permitiria que outros grupos, ainda marginalizados e as minorias pudessem se expressar e assim garantir maior difusão de ideias e/ou pensamentos. Para tal é imprescindível a criação de uma legislação que promova uma regulação de cunho democrático atendendo os requisitos que a Constituição Republicana exige.

A REGULAÇÃO DA MÍDIA COMO INSTRUMENTO DE UTILIDADE PÚBLICA

Sabendo da constitucionalidade da regulação da mídia no Brasil, diante dos pressupostos aqui frisados, é fundamental discutir como regular e para que regular a mídia. Valente(2013) nos afirma que “regular, então, pode ter um sentido mais amplo até um entendimento mais restrito de estabelecer regras, em especial no âmbito legal (emendas, leis, decretos, portarias, etc.)”. Partindo da ideia da regulação num sentido amplo, passamos a perceber que a mídia exerce uma função pública e sua regulação atingiria a finalidade da comunicação social assegurada pela Constituição.

A Carta Magna de 1988 suscita a necessidade de criação de normas infraconstitucionais que venham promover a regulação devida da comunicação social, disposta entre os artigos 220 ao 224. E observando o § 5º do artigo 220 da CF/88, esse assegura também que: “os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio”, entretanto na atividade prática, a comunicação social é formada justamente pelo oposto disso; apenas poucas famílias e/ou empresários controlam a mídia no Brasil.

É necessário dizimar os monopólios midiáticos reduzindo o seu controle exacerbado perante a mídia hodierna. E como possível solução

para afastar e/ou desarticular estes, teríamos como ferramenta a criação de uma lei *–lege ferenda–* e para tal, já existem projetos de iniciativa popular, os quais lançam propostas de regulação para o Brasil, trazendo em seu arcabouço central a participação popular efetiva por meio de conselhos e um Fundo Nacional de Comunicação Social, promovendo, nesse sentido, uma democratização da mídia.

Nesse ensejo, a regulação com finalidade pública passa pela necessidade de posicionamento do Estado, de modo que se estabeleça não uma garantia individual e sim coletiva, diante do “quadro de desigualdade inerente à sociedade capitalista, complexificado pela formação do Brasil, cabendo ao Estado, em conjunto com a sociedade civil, criar mecanismos para que haja um equilíbrio na esfera da produção e circulação de ideias, opiniões e informações” (VALENTE, 2012).

Por fim, a mídia como objeto de finalidade pública pressupõe uma exigência do Estado como garantidor, de modo que haja ampla participação da sociedade civil organizada em seu projeto de elaboração. Estabelecendo assim novas diretrizes para a comunicação social no Brasil, com menos demagogia e maior qualidade. Garantir maior igualdade entre os detentores dos meios comunicativos e maior acesso de todos os grupos sociais à produção midiática, conforme assegura a ideia de um Estado que se diz de Direito Democrático.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verificou-se que a regulação da mídia no Brasil, na visão atual, é superficial e sequer atende às complementações exigidas pela Constituição, fazendo nascer a necessidade de um sistema de regulação que estabeleça uma comunicação social democrática nos moldes constitucionais.

Não resta dúvida que é necessária uma regulação da mídia para atender ao interesse público e, com isso, não se torne um subproduto da velha máquina da política, beneficiando partidos A, B, C, etc., ou privilegiando determinadas ideologias em detrimento da coletividade.

Portanto, é imprescindível que se leve a sério a mídia como serviço de utilidade pública e o Estado se posicione na intervenção, através de leis, para que se possa firmar a garantia de isonomia entre os detentores dos meios de comunicações brasileiros e seguir o propósito constitucional.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, Senado, 2013.

LINS, Bernardo F. E. **Perspectivas da regulação de mídia no Brasil**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados. Consultoria Legislativa, 2013. Disponível em: http://www.belins.eng.br/tr01/reports/2013_4200.pdf. Acesso em: 23 jun. 2016.

NAPOLITANO, Carlo José. **A regulação constitucional da Comunicação Social e a efetivação de suas normas**. ALCEU, v.12, n.24, p.204 a 215, jan./jun. 2012. Disponível em: <http://revistaalceu.com.puc-rio.br/media/Artigo%2015_24.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2016.

Projeto de lei de iniciativa popular da Comunicação Social Eletrônica. www.paraexpressaraliberdade.org.br. Brasília. 2015. Disponível em: <<http://www.paraexpressaraliberdade.org.br/projeto-de-lei/>>. Acesso em 22 jun. 2016.

VALENTE, Jonas. **Regulação democrática dos meios de comunicação**. São Paulo: Ed. Fundação Perseu Abramo, 2013. 102 p. ; 18 cm. (Coleção o que saber 2).

VOGEL, Luiz Henrique. **A Comunicação Social na Constituição de 1988 e a concentração da Mídia no Brasil**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados. Consultoria Legislativa, 2013. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/documentos-e_pesquisa/publicacoes/estnottec/areas-da-conle/tema3/2013_9029.pdf>. Acesso em 23 jun. 2016.

CORRUPÇÃO, CRIME E SEBOCRACIA

Lucas Cavalcante de Lima¹

INTRODUÇÃO

Como o futebol, de repente, a corrupção virou um assunto nacional, debatido nas esquinas, nas casas, entre amigos, família, nas páginas dos jornais, das revistas, nas rádios, televisão, internet. Um bombardeio de imagens, palavras, notícias, revelações, acusações, escândalos. Para além da terra *brasilis*, a corrupção se tornou um tema mundial, sobretudo a partir dos anos 90. Estados Unidos, Itália, Alemanha, Rússia, Japão, União Europeia, América Latina e organismos internacionais já foram destaques em decorrência da corrupção (“podridão”) política, econômica e social (para aprofundar, *vide* JORDÃO, 2000, p.7-20). A corrupção é um fenômeno multifacetado e interdisciplinar. Neste texto, a presente abordagem será necessariamente seccionada e superficial, até porque não seria possível em pequeno espaço abordar o tema em sua completude e complexidade.

DESENVOLVIMENTO

Na literatura especializada, há uma grande dificuldade em definir exatamente o que é corrupção. Sem exageros, a temática expande-se para além da ciência política, atraindo institutos e concepções da economia, sociologia, filosofia e direito, entre outras variantes das ciências humanas, pela simples (será?) razão de ser a corrupção um fenômeno humano, individual (porque nasce da vontade, nem sempre espontânea,

1 Pós-graduado em Direito Processual Civil (UNESA); Pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal (UCAM); Graduado em Direito (UFRN); Advogado no Escritório José Delgado & Dutra - Advogados; *e-mail*: lucas@josedelgado.adv.br.

do indivíduo corrupto ou corruptor) e coletivo (porque pressupõe a interação, a comutatividade entre os sujeitos ou, pelo menos, de consequências transindividuais).

O termo corrupção deriva do latim *corruptio/corruptionis*, que em sua origem significava a deterioração da matéria, a putrefação do corpo, passando mais tarde a ser empregado para descrever a corrupção do corpo político, bem como o desvio para conquista de interesses privados em detrimento do interesse público (PIMENTEL FILHO, 2015). É nesse sentido que para Platão as formas boas de governo, monarquia, aristocracia e democracia, degenerar-se-iam em formas corrompidas, oligarquia, tirania e anarquia, respectivamente, na medida em que passavam os governantes a contemplar apenas o interesse individual (PLATÃO, 2002).

Também interessante é a abordagem de Espinosa que, tratando a corrupção especialmente como deturpação/degeneração do exercício do poder, diz que sua gênese está mais na má qualidade das instituições públicas, que no defeito moral dos governantes (SPINOZA, 2013), embora, em nosso sentir, as duas circunstâncias sejam com causas, entre outras causas (ontológicas, sociológicas, políticas e econômicas), do mesmo ato corrupto ou corrompido.

Enfim, o conceito depende da ciência social usada e da corrente de pensamento adotada, porque a corrupção é um fenômeno múltiplo e transdisciplinar. Como este texto é, essencialmente, jurídico, então se deve adotar uma definição sob este prisma. Em apertada síntese, corrupção é “um ato praticado por agente público (ou equiparado), com violação dos deveres normativos inerentes a sua atividade, e com a finalidade de perseguir qualquer vantagem privada” (PIMENTEL FILHO, 2015, p.48). É abusar das instituições públicas para a satisfação de interesses privados.

A visão corrente sobre a corrupção é de que ela faz parte do jeito (ou *jeitinho*) brasileiro de ser, como se estivesse, de alguma forma, em nosso código genético ou em nosso sangue. Apesar do esforço (ainda tímido) das instituições de controle e repressão, acaba prevalecendo no imaginário coletivo a ideia de que “o Brasil não tem jeito”, “somos todos

corruptos mesmo” e “nenhum político presta”. Embora as proposições não sejam de tudo absurdas, não devem ocupar o nosso imaginário, pois trazem um efeito paralisante e devastador, obstando o retorno a um nível tolerável de desmandos e descabros com a *res publica*. Se não o primeiro, mas um grande passo para vencer a corrupção é desfazer do imaginário popular a ideia de que a corrupção seja inevitável e insuperável. A prevalecer essa imagem, a paralisia, o ceticismo e o pessimismo sepultarão de vez qualquer chance de mudança.

Os efeitos da corrupção são danosos, sobretudo, para a política, a economia e, conseqüentemente, para a sociedade em geral, especialmente para os mais necessitados, pois dependem precipuamente dos serviços públicos de saúde, educação, moradia, emprego entre outros direitos sociais exemplificados no art. 6º da Constituição Federal. A política se torna politicagem, quando os candidatos inescrupulosos vendem a própria alma para conseguirem se eleger; depois abusarem ao máximo da máquina pública para, primeiro, saldarem as dívidas de campanha e, em seguida, enriquecerem-se ilicitamente e, assim, fazerem valer a pena o “investimento eleitoral”.

A economia de um País inteiro também pode ser afetada pelo desvio de dinheiro público. Os bilhões de propinas poderiam ser aplicados em atividades produtivas ou injetados no mercado para gerar emprego, renda, tecnologia e, assim, impulsionar o crescimento do País. A crise aguda porque passa o Brasil nos últimos anos é reflexo, em grande parte, da roubalheira generalizada dos cofres públicos. As contas públicas estão no vermelho faz tempo e assim permanecerão por um longo período. Como diz Saad Masloum, “o mal causado à sociedade é devastador. É fato: corrupção também é causa de miséria” (2003, p.15). Pimentel Filho vai mais longe ao afirmar que “não seria mera retórica dizermos que em determinadas circunstâncias a corrupção é causa de verdadeiros genocídios” (2015, p.99).

A corrupção não se limita à questão ética ou política. É crime! A maioria das modalidades delituosas está inserida nos “crimes contra a Administração Pública”. De acordo com o Código Penal, a corrupção pode ser *passiva* ou *ativa*. Naquela, o funcionário público solicita ou

recebe vantagem indevida, para si ou para outrem, em razão da função, ou aceita a promessa de tal vantagem (art. 317, CP). Na corrupção ativa, o particular oferece ou promete vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício (art. 333, CP).

Ainda incluída nos tipos do Código Penal há uma série de especificações que em geral entendemos como corrupção: *peculato* (apropriar-se ou desviar dinheiro ou valor qualquer em proveito próprio ou alheio, art. 312); *prevaricação* (retardar ou deixar de praticar ato de ofício para satisfazer interesse ou sentimento pessoal, art. 319); *facilitação de contrabando ou descaminho* (facilitar, com infração de dever funcional, a prática de contrabando ou descaminho, art. 318); *emprego irregular de verbas ou rendas públicas* (dar às verbas ou rendas públicas aplicação diversa da estabelecida em lei, art. 315); *concussão* (exigir, para si ou para outrem, em razão da função, vantagem indevida, art. 316); *excesso de exação* (exigir tributo ou contribuição social que sabe ou deveria saber indevido, ou, quando devido, empregar na cobrança meio vexatório ou gravoso, art. 316, § 1º); *corrupção ativa de auxiliares da Justiça* (dar, oferecer ou prometer dinheiro ou qualquer outra vantagem à testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete para mentirem ou omitirem a verdade, art. 345); *ecorrupção ativa em transação comercial internacional* (prometer, oferecer ou dar vantagem indevida a funcionário público estrangeiro para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício relacionado à transação comercial internacional, art. 337-B). Não é apenas no Código Penal que a corrupção está posta como crime. Em outras leis, como no Código Eleitoral e na Lei 8.137/90, encontra-se igual tratamento para essa conduta criminosa.

Já temos uma noção sobre o fenômeno da corrupção e suas consequências nas searas econômicas, políticas, sociais e jurídicas. Em tom de autocrítica, a corrupção espelhada no setor público é apenas a ponta do *iceberg* da degeneração (“apodrecimento”, “podridão”) do caráter humano e do malogrado projeto social e comunitário. Muitos que se levantam contra os corruptos midiáticos não percebem que a corrupção está presente também na vida privada, nos atos invisíveis à grande mídia

e mesmo em práticas sociais e políticas aparentemente “inofensivas” à primeira vista, como negociar uma multa de trânsito, comprar um fiscalou trocar o voto por uma dentadura ou um saco de cimento. “Com o passar do tempo, aquele que comete *pequenas* corrupções pode passar a ser grande corruptor. O mesmo se diga de quem se deixa corromper” (NUCCI, 2015, p.8).

A democracia, idealmente o poder do povo (governo em que o povo exerce a soberania), transformou-se em *sebocracia*, pois o poder é corrompido e a sebosidade política e moral reina como regra neste País de *Bruzundangas*, para lembrar Lima Barreto (2016). A política nesse País imaginário era cômica. Políticos eram nomeados pelo voto do povo, mas quem votava não tinha a mínima ideia do que estava fazendo. Ao se olhar mais de perto, esse País imaginário é bastante real. Mas, a corrupção não está apenas no ato político, embora seja o mais notado e nocivo. O indivíduo que usa de amizade com um servidor público para “furar” a fila em determinada instituição pública e receber atendimento privilegiado não percebe que esse ato é uma “microcorrupção” e a prática de atos corruptos maiores dependerá apenas de oportunidade. Não é necessário haver ganhado patrimonial, pois “nem sempre as práticas corruptoras envolvem recompensa financeira” (BARROS FILHO; PRAÇA, 2014, p.45).

Muitos que criticam os políticos corruptos e ladrões só não fazem o mesmo porque não chegaram ao poder. “Quem não tem o pudor em *ficar com o troco* de uma venda (por vezes, algumas moedas), esquecido pelo cliente, já se mostra corrupto, embora se vislumbre a pequenez do dano patrimonial” (NUCCI, 2015, p.9). O povo acaba por contribuir para a corrupção, quando se vende ou negocia seu voto, pois em razão da compra de votos, promessas e alianças, o candidato eleito necessariamente precisará recorrer ao caixa dois e propina para saldar compromissos, cumpridos mediante desvio de verbas públicas, corrupção e lavagem de dinheiro.

CONCLUSÃO

Em tom de conclusão e a título de sugestão, o primeiro passo para vencer a corrupção é não aceitá-la como natural (reforma moral); o segundo é aumentar as penas mínimas cominadas em abstrato e tornar os delitos de corrupção em crimes hediondos ou equiparados (reforma penal). Nesse sentido, já há propostas legislativas em curso, no Senado Federal e na Câmara dos Deputados; e o terceiro é acabar com o foro por prerrogativa de função (reforma processual). Para ver outros instrumentos de combate à corrupção, (cf. PIMENTEL FILHO, 2015, p.121-186; FURTADO, 2015, p.411-429). O caminho todo não se resume nesses passos, mas já seria boa parte da estrada no retorno à civilidade.

Ademais, a punição deve ser certa, justa e tempestiva, pois “o sólido alicerce da corrupção é a impunidade” (NUCCI, 2015, p.13). Desviar milhões de reais dos cofres públicos e cumprir prisão domiciliar (em mansões de luxo), ficar em regime semiaberto ou mesmo ver a pena prescrever é uma afronta à justiça e ao povo. Com esse desfecho, os políticos, funcionários públicos e corruptores avaliam que, neste País, o crime compensa.

Nada obstante, o foco não deve ser a repressão, pois é preferível prevenir. “A melhor abordagem a ser utilizada para combater a corrupção, a mais efetiva, deve estar relacionada à prevenção da ocorrência dos ilícitos, e não à sua repressão” (FURTADO, 2015, p. 36). Nesse contexto, a *sebocracia* precisa ser destituída do poder e o povo deve entender que o político é um espelho do eleitor. Como diz o francês Joseph-Marie Maistre, em sua célebre frase, “cada povo tem o governante que merece”. Em outras palavras, para lembrar Apparício Fernando, se há um idiota no poder, é porque os que o elegeram estão bem representados.

REFERÊNCIAS

BARROS FILHO, Clóvis; PRAÇA, Sérgio. **Corrupção**: parceria degenerativa. Campinas/SP: Papyrus 7 Mares, 2014.

FURTADO, Lucas Rocha. **As raízes da corrupção no Brasil**: estudos de caso e lições para o futuro. Belo Horizonte/MG: Fórum, 2015.

HABIB, Sérgio. **Brasil**: quinhentos anos de corrupção - enfoque sócio-histórico-jurídico-penal. Porto Alegre/RS: Sérgio Antônio Fabris, 1994.

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

LIMA BARRETO, Afonso Henriques de. **Os Bruzundangas**. Editor Olavo Gama. Rastro Digital, eBookKindle, 2016.

MAZLOUM, Saad. **Corrupção**: crime e improbidade. São Paulo/SP: Edição do autor, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Corrupção e anticorrupção**. Rio de Janeiro/RJ: Forense, 2015.

PIMENTEL FILHO, André. **(Uma) teoria da corrupção**: corrupção, estado de direito e direitos humanos. Rio de Janeiro/RJ: Lumen Juris, 2015.

PLATÃO. **A República**. Tradução de Enrico Corvisieri. Rio de Janeiro/RJ: Best Seller, 2002.

SPINOZA, Baruch de. **Tratado político**. Tradução de José Pérez. Rio de Janeiro/RJ: Nova Fronteira, 2013.

PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E AS PROVAS ILÍCITAS NO DIREITO PROCESSUAL PENAL

Luciano Nascimento Silva¹
Cinthya Fernanda Vicente Souza²

INTRODUÇÃO

É inegável que as instituições de controle social, como a mídia, a igreja e o Estado, sempre exerceram considerável influência nos lares e no modo de vida das pessoas. A influência dessas instituições se tornou tamanha, que as pessoas deixam de ter o seu próprio conceito ou opinião para seguirem um modelo adotado pelos meios sociais.

Baseado nisto, é que, ao longo dos anos, o instituto da prova, no que tange a sua forma de captação, tomou outro caminho. A título de exemplo, basta ligar a televisão e assistir a algum noticiário, que bem se vê a busca da mídia pela audiência, com suas reportagens por meio de “gravações ilícitas” sobre supostos crimes cometidos pelas grandes autoridades do nosso País.

Com isso, surge a necessidade de se limitar o direito à prova, podendo a vedação ocorrer tanto em lei processual, quanto em norma material. Assim, indispensável é, para caracterização da ilicitude da

1 Pós-Doutor em Sociologia do Direito pela *Facoltà di Giurisprudenza dell'Università del Salento*, Itália. Professor adjunto no CCJ/UEPB. Professor Colaborador no PPGCJ/UEPB e no PPGDH/NCDH/UEPB. Líder do Grupo NUPOD – Núcleo para Pesquisa dos Observadores do Direito (DGP/CNPq).

2 Pós-Graduanda em Prática Judicante pela ESMA/PB – Escola Superior da Magistratura do Estado da Paraíba. Advogada. Pesquisadora do NUPOD – Núcleo para Pesquisa dos Observadores do Direito (DGP/CNPq). Bacharela em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba (CCJ/UEPB).

prova, que a violação das regras de direito material afeteo direito fundamental constitucionalmente resguardado.

Nesse sentido, as provas ilícitas encontram-se na encruzilhada da busca da verdade em defesa do bem jurídico tutelado e o respeito a direitos fundamentais que podem ou não ser afetados pela presteza probatória do Estado.

Dessa maneira, há frequentemente conflitos entre princípios igualmente tutelados pelo texto constitucional. Entretanto como não pode/deve haver incompatibilidade entre preceitos constitucionais, é preciso que direitos “aparentemente” em conflito e antagônicos sejam harmonizados entre si pelo intérprete (aplicador da norma).

Em que busque um modelo jurídico-interpretativo solucionador do impasse pelo qual será possível o balanço dos valores em questão, estabelecendo no caso concreto o peso de cada um dos bens ou valores em jogo, para que ao final seja estabelecido qual deles deverá prevalecer.

Nesse contexto, a proteção da sociedade está mais bem amparada pela preservação do núcleo básico de garantias de todos, e o princípio da proporcionalidade deve ser invocado na sua essência, quando dos conflitos entre bens jurídicos tutelados.

É importante também verificar, quando se fala em justiça dentro da nova ordem constitucional, examinar, além das análises jurídicas, a comoção popular que gera o assunto em questão. Fazendo uma análise por meio da influência que a mídia tem para com as camadas sociais, vez que estas, não compreendendo a forma de processamento de delitos, clamam por justiça, na expectativa de penas privativas de liberdade cada vez mais duras e demoradas.

Em continuidade, falar que um acusado não será punido porque houve produção ou uso de uma prova ilícita no processo, soa “de longe” como mais uma impunidade para o País, o qual não é de hoje “anda” desacreditado no Poder Judiciário.

Com referência, evidentemente, a situações de provas ilícitas utilizadas pela acusação, pois em proveito do réu, ou seja, em sua defesa, pacífico é o entendimento tanto da doutrina como da jurisprudência, da autorização das “provas ilícitas”.

Considerando aspectos como este da nossa realidade, o presente artigo parte da seguinte problemática: Seguindo a sistemática processual brasileira é possível a utilização de provas ilícitas com a finalidade de proteger interesse coletivo?

Assim, respalda-se de uma pesquisa com um material teórico baseado em leis brasileiras, sobretudo na Carta Magna, bem como revelar os fundamentos por trás de cada um dos posicionamentos doutrinários encontrados e a forma como nossos tribunais vêm decidindo o problema, evidenciando que não há uma uniformidade na área.

Ademais, busca-se decifrar como as provas ilícitas estão sendo analisadas tanto no transcorrer da persecução penal como na hora da decisão, na expectativa de agregarmos conhecimento sobre um tema de salutar importância, porém tão pouco discutido.

Este artigoalmeja, portanto, à luz do estudo das provas ilícitas e o critério da proporcionalidade, analisar os conflitos entre a legislação brasileira, sobretudo nossa Lei Maior, bem como as teorias e posicionamentos jurisprudenciais de maior destaque, fazendo um enfoque rápido sobre a teoria da prova e suas análises mais importantes, bem como dos princípios que norteiam o tema, para então adentrarmos no estudo das provas ilícitas e o critério da proporcionalidade.

DO INSTITUTO DA PROVA

O processo, na sua ideal conceituação, objetiva fazer a reconstrução dos fatos ocorridos. A prova está para a persecução penal como importante e, portanto, indispensável para demonstração dos verdadeiros fatos ocorridos à época do delito. Assim, compreender sua base, entender seu conceito, é de inquestionável valor para continuar seu estudo, já que a prova é a reunião de todos os elementos encontrados e produzidos pelas partes em busca da verdade real.³

3 AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal**: esquematizado. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2009. p.372.

Com isso, o convencimento do julgador, que é a pretensão das partes que litigam em juízo, procurando fazê-lo a partir do manancial probatório levado aos autos. Fase esta (instrução processual) onde se utilizam dos elementos (provas) disponíveis para se chegar a “verdade” dos fatos. Feita, como já dito anteriormente, pela utilização das provas. Estas questões, como afirma Nestor Távora em sua obra de direito processual penal, tudo aquilo que contribui para a formação do convencimento do magistrado, demonstrando os fatos, atos, ou até mesmo o próprio direito discutido no litígio.⁴

O professor Greco Filho,⁵ corroborando do mesmo entendimento, entende que, no processo, a prova é todo meio destinado a convencer o juiz a respeito da verdade dos fatos, afirmando:

A prova é todo elemento que pode levar o conhecimento de um fato a alguém. O direito processual regula os meios de prova, que são instrumentos que trazem os elementos de prova aos autos. No processo, a prova é todo meio destinado a convencer o juiz a respeito da verdade de uma situação de fato. A palavra “prova” é originária do latim *probatio*, que por sua vez emana do verbo *probare*, com o significado de examinar, persuadir, demonstrar.

Nesse sentido, Guilherme Nucci, citado por Távora,⁶ arremata que existem três sentidos para o termo prova, o primeiro trata-se do ato de provar; o segundo corresponde ao meio; e o terceiro diz respeito ao resultado da ação de provar, conforme se verifica:

Três sentidos para o termo prova: a) ato de provar: é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo (ex.: fase probatória); b) meio: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra

4 TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. Salvador: Editora Podivm, 2013. p.388.

5 GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. Editora Saraiva: São Paulo, 2010.p. 185/186.

6 NUCCI apud TÁVORA, op cit. p. 388.

a verdade de algo (ex.: prova testemunhal); c) resultado da ação de provar: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato.

Desse modo, pode ser percebido que não há divergências doutrinárias no que se refere à conceituação da prova, ambos entendem que a mesma está intimamente ligada à demonstração da verdade dos fatos e ao convencimento do magistrado.

O presente artigo irá além, entendendo ser a prova verdadeiro direito subjetivo com amparo constitucional, sem ela, restaria difícil a demonstração/comprovação, seja da culpa ou da inocência daquele que está sendo processado. Por isso, torna-se indispensável e extremamente importante compreender sua base, ou seja, seu conceito, para continuidade de seu estudo.

A prova, como já dito, tem, como destinatário direto, o Magistrado, este formará o seu convencimento a partir do material trazido aos autos os quais, por sua vez, também são destinatários da prova. No entanto, de forma indireta, as partes, pois serão “convencidas” daquilo que ficou demonstrado no processo.⁷

Quanto à natureza jurídica da prova, trata-se de um direito subjetivo ligado intimamente à demonstração da verdade dos fatos. Tendo aplicação imediata, já que versa de uma natureza processual, com desempenho do direito de ação e de defesa para demonstração da realidade dos fatos, com a submissão à discussão processual num escorço probatório sólido e posterior valoração na sentença.

A doutrina ainda vai mais adiante, estabelecendo o objeto da prova. Nos dizeres de Nestor Távora:⁸ “É o que se deve demonstrar, ou seja, aquilo sobre o que o juiz deve adquirir o conhecimento necessário para resolver a demanda. É o que de fundamental deve estar conhecido e demonstrado para viabilizar o julgamento”.

7 TÁVORA, op cit. p.388.

8 TÁVORA, op cit. p.389.

Logo, torna-se notório que, quando se trata de objeto da prova, é necessária a reconstrução dos fatos, ou seja, os fatos narrados ou trazidos precisam demonstrar sua veracidade. Contudo, é importante destacar que o direito, como regra, não precisa ser provado, eventualmente é que se precisa provar a vigência do direito estadual, municipal, consuetudinário e alienígena.

Nessa ótica, os fatos notórios ou de verdade sabida, por exemplo, não carecem de prova, pois são aqueles de domínio da população informada.⁹ Existem também os fatos axiomáticos que se autodemostam e também não dependem de prova; e os fatos inúteis por serem irrelevantes à persecução penal.¹⁰

O Código de Processo Penal não traz de forma exaustiva todos os meios de prova admissíveis, nesse viés podem ser utilizadas as provas disciplinadas pela legislação e também aquelas ainda não normatizadas, as ditas atípicas.

Eis que entra o Princípio da Verdade Real, adotado pelo Brasil, no qual se admite/permite a utilização de meios probatórios não disciplinados em lei. Desde que moralmente legítimos e não afrontadores do próprio ordenamento, tornando assim a liberdade probatória regra e as limitações figuram na parte das exceções.

A seu turno, o princípio da liberdade probatória não é absoluto, a prova é taxada de proibida ou vedada.¹¹ O seja, os meios de provas não disciplinados pelo CPP encontram-se limitados toda vez que sua produção implique violação da lei ou princípios de direito material ou mesmo processual “afrontando” a disciplina normativa.

Ocorre que a prova taxada de proibida ou vedada é o gênero, enquanto as demais representam espécies segundo classificação amplamente aceita: as provas ilegítimas (violam normas processuais e princípios constitucionais da mesma espécie). E, por último, tema do

9 BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de processo penal: rev. e atual. – 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010. p.337.

10 TÁVORA, op cit. p. 389.

11 TÁVORA, op cit. p. 392.

presente estudo, as provas ilícitas (violam disposições de direito material ou princípios constitucionais penais) as quais serão analisadas ao longo deste artigo.

Por último, cabe ressaltar que alheia à classificação doutrinária, a Constituição Federal não diferenciou as provas ilícitas das provas ilegítimas. Tampouco a Lei nº 11.960/2008, a qual trouxe a reforma do sistema probatório brasileiro, fez qualquer distinção.

DIREITO À PROVA

Cada indivíduo detém o direito de exigir do Estado a suposta solução de um litígio, feita, por meio da prestação jurisdicional, conforme se verifica na nossa Constituição Federal, em seu artigo 5º, XXXV,¹²a qual assegura ao cidadão que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Sendo assim, para que se concretize esse princípio, é necessária uma ampla produção de prova que demonstre a veracidade do direito pleiteado e conseqüentemente o convencimento do Juiz. Consoante se verifica, o direito à prova surge do direito de ação e da necessidade do direito de defesa, do contraditório e da ampla defesa. Bem como do devido processo legal, todos previstos na Carta Magna, pois assegurar o direito de ação no plano constitucional é conferir o acesso ao devido processo legal. Destacando-se o contraditório e a ampla defesa a fim de propiciar às partes a possibilidade ampla na formação do intérprete da lei.

O doutrinador Pedro Lenza, em sua obra *Direito Constitucional Esquemático*,¹³ ao tratar das relações entre particulares em seu contexto legal, aduz:

12 BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. >. Acesso: 18 jun. 2014.

13 LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 15. ed. rev. atual e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2011. p.880.

No âmbito das relações particulares, pode-se fazer tudo o que a lei não proíbe, vigorando o princípio da autonomia da vontade, lembrando a possibilidade de ponderação desse valor com o da dignidade da pessoa humana e, assim, a aplicação horizontal dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Nessa linha, parece natural o entendimento de que o juiz poderia admitir os mais variados meios de prova, independentemente de sua origem ilícita ou não. Porém, essa prerrogativa conflita diretamente com inúmeros princípios constitucionais, que limitam a produção de provas direcionando-as a contornos moralmente legítimos e lícitos.

Desta forma, apesar de estar assegurado constitucionalmente o direito à produção probatória, não é absoluto. Posto que sua própria função de garantidor do direito das partes que litigam implica restrições ao objeto da prova e que aquela seja produzida e valorada corretamente, excluindo a que contrarie o ordenamento jurídico.

O DOGMA DA VERDADE REAL

O princípio da verdade real almeja o ideal de que a justiça somente seria realizada quando a verdade material dos fatos fosse alcançada, importando em uma atuação ilimitada do juiz na busca da veracidade dos fatos ocorridos.

A busca pela verdade real, portanto, induziu o legislador a ampliar as possibilidades na produção de provas no processo penal. Já que, como citado, estamos diante de direitos infinitamente protegidos constitucionalmente, a exemplo da liberdade. E, por isso, só se condena o acusado diante de provas efetivamente capazes de demonstrarem, mesmo que relativamente, a “verdade” sobre os fatos.

Ressalve-se, tal princípio, ao defender a prevalência do interesse público sobre a proteção da liberdade individual, foi/é severamente criticado pela doutrina, com o posicionamento de que a justiça não pode ser realizada ou mesmo encarada a “qualquer preço”. E sim buscada com respeito às garantias individuais consagradas constitucionalmente e às regras morais que norteiam o ordenamento jurídico.

Na análise do professor Pacelli,¹⁴ em sua crítica sobre a criação do princípio da verdade real, aduz que “talvez o mal maior causado pelo citado princípio da verdade real tenha sido a disseminação de uma cultura inquisitiva, que terminou por atingir praticamente todos os órgãos estatais responsáveis pela persecução penal”.

Completando sua crítica, continua:

O aludido princípio, batizado da verdade real, tinha a incumbência de legitimar eventuais desvios das autoridades públicas, além de justificar a ampla iniciativa probatória reservada ao juiz em nosso processo penal. A expressão, como que portadora de efeitos mágicos, autorizava uma atuação judicial supletiva e substitutiva da atuação ministerial (ou da acusação). Dissemos autorizadora, no passado, por entendermos que, desde 1988, tal não é mais possível.¹⁵

A crítica que se faz é em relação à rigidez de uma ou outra interpretação, que pode levar a consequências processuais desastrosas, o que deve haver é uma ponderação na busca pela “verdade” real.

Seguindo outra vertente, no tocante à atuação do juiz no que se refere às provas, existem doutrinas favoráveis à direta interferência do magistrado. Seguem os ensinamentos do professor Nucci:¹⁶

O princípio da verdade real significa, pois, que o magistrado deve buscar provas, tanto quanto as partes, não se contentando com o que lhe é apresentado, simplesmente: arts. 209, 234, 147, 407 ambos do Código de Processo Penal. (...) Enquanto na esfera cível o magistrado é mais um espectador da produção da prova, no contexto criminal, deve atuar como autêntico co-partícipe na busca dos elementos probatórios.

14 OLIVEIRA, Eugênio Pacellide. **Curso de Processo Penal**. 15. ed. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2011. p.333.

15 PACELLI op cit. p.333.

16 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 98/99.

Data venia, a visão de o presente trabalho discordar do Ilustre, afinal, por mais evidente que seja a busca da verdade real no processo criminal, não se pode produzir a prova a qualquer custo. Corroborar com esse entendimento seria ignorar que o magistrado que teve contato com a prova ilícita pode ter comprometido, direta ou indiretamente, a imparcialidade necessária para julgar a demanda. Mesmo de forma não dolosa, o magistrado, direcionado pelo convencimento pré-concebido, em contato com o material ilegal, corre o risco de refletir na decisão, mesmo que de forma implícita, importando assim em um juiz inquisidor, que ao interrogar já sabe o que vai sentenciar.

Com isso, o legislador reformista inseriu o § 4º ao artigo 157 do CPP, estabelecendo que o juiz que tivesse contato com o material ilícito estaria impedido de proferir decisão, devendo remeter os autos ao substituto legal. Contudo, o referido parágrafo, alvo de muitas discussões, foi vetado pela Presidência da República. Resguardando o direito do magistrado, quando da percepção dos maléficos efeitos da prova ilícita no seu convencimento, declare *ex officio* a sua incompatibilidade para sentenciar.

Em suma, pode-se notar que as discussões não são voltadas para a existência ou não do princípio da verdade real no processo penal, mas sim na forma como a lei concretiza tal princípio na legislação vigente. Pois também o presente trabalho corrobora com o entendimento de que este princípio é uma das formas de se chegar o mais próximo da realidade dos fatos.

É tormentoso saber que existe um princípio relativizado pela proibição das provas ilícitas, mas que dá a oportunidade ao magistrado de ordenar a produção da prova. Noutras palavras, não se busca a verdade a qualquer custo, mas também não se pode deixar de punir aquele que é culpado.

Tomará para que, na análise do caso concreto, o judiciário seja capaz de dirimir, a partir de um equilíbrio no princípio da proporcionalidade, questões complexas, como a citada anteriormente, as quais colocam a doutrina em lados opostos. Por outro lado, é de *mister* o estudo e as discussões doutrinárias, pois a partir destas é que conseguiremos chegar o mais próximo do ideal de justiça.

TRATAMENTO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL DAS PROVAS ILÍCITAS

De imediato, faz-se necessário trazer à colação a distinção entre prova ilícita e prova ilegítima. A primeira viola regra de direito material, a segunda regra de direito processual. Quanto ao momento da ilegalidade, a prova ilícita está atrelada ao momento da obtenção, ou seja, que antecede a fase processual, enquanto que a prova ilegítima acontece no momento da produção da prova (interprocessual).¹⁷

Outra diferença que não se pode deixar de lado, é que a prova ilícita é inadmissível, portanto não pode ser juntada aos autos e se juntada carece ser desentranhada. Já a prova ilegítima é nula e deve ser declarada pelo juiz e posteriormente renovada. Ressalve-se que o fato de uma prova violar regra de direito processual, nem sempre conduz ao reconhecimento de uma prova ilegítima. Se se trata de uma prova obtida fora do processo, por exemplo, importa em prova ilícita, ainda que viole concomitantemente duas regras: material e processual.

Feitas tais distinções, será agora analisada a prova ilícita. Em suma, trata-se de uma prova não permitida no nosso ordenamento jurídico. A Constituição Federal vigente preconiza serem inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

Ademais, por força da nova redação do artigo 157 do CPP, as provas ilícitas são aquelas obtidas em violação a normas constitucionais, é, portanto, a que viola regra de direito material, seja constitucional ou legal, no momento da sua obtenção. Importante destacar que a noção de prova ilícita está diretamente vinculada com o momento da obtenção da prova, ou seja, fora do processo (extraprocessual).

Dessa forma, para que se verifique a ilicitude de uma prova tida como “ilícita”, será necessário, além do conteúdo material da norma afrontada, que a violação acarrete ofensa à garantia ou princípio constitucional.

17 GOMES, Luiz Flávio. **Provas ilícitas e ilegítimas**: distinções fundamentais. Disponível em: <<http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/1972597/provas-ilicitas-e-ilegitimas-distincoes-fundamentais>>. Acesso em: 27 jun. 2014.

A seu turno, é certo que o tema das provas ilícitas tem total afinidade com os direitos fundamentais da pessoa, as regras que disciplinam a obtenção das provas estão voltadas para os órgãos persecutórios do Estado. Mas não somente para eles, os particulares também não podem obter prova violando as limitações constitucionais.

Descobrir a verdade dos fatos ocorridos é o que se almeja em toda investigação, no entanto não pode ser feito a qualquer custo, nem o Estado nem o particular podem conseguir ou produzir uma prova violando regras de direito constitucional. Usar-se da tortura, por exemplo, para que o indivíduo confesse um crime não infringe apenas normas constitucionais como também normas internacionais, previstas em tratados de direitos humanos. Pois todas essas regras fazem parte do devido processo legal vigente no País e devem ser respeitadas.

Os dois clássicos sistemas, sobre a prova ilícita no Brasil, são o da admissibilidade e o da inadmissibilidade.¹⁸ Antes da CF/88, vigorava no Brasil a admissibilidade das provas ilícitas, justificando-a com o princípio da veracidade da prova. Posteriormente, com o referido diploma, passou-se a prosperar tanto na doutrina como na jurisprudência a inadmissibilidade da prova como regra e a admissibilidade figura no campo das excepcionais exceções.

A corrente doutrinária que se posicionava pela admissibilidade das provas ilícitas, sustentava que o direito da coletividade deveria prevalecer sobre eventual produção de prova ilícita na obtenção da prova, sem prejuízo da aplicação de sanções.

Já a segunda corrente, predominante na doutrina majoritária até os dias atuais, não aceita a possibilidade de admissão de provas ilícitas. Um dos argumentos que sustentam a inadmissibilidade das provas colhidas de maneira ilícita é o da unidade do ordenamento jurídico, em que qualquer que seja a violação a uma norma do sistema jurídico implica em violação ao ordenamento como um todo, diante de sua unidade.

18 GOMES, Luiz Flávio. **Provas ilícitas e ilegítimas: distinções fundamentais**. Disponível em: < <http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/1972597/provas-ilicitas-e-ilegitimas-distincoes-fundamentais> >. Acesso em 27 jun. 2014.

Destarte, é sabido que o tema supracitado é alvo de muitas discussões, nesse sentido, abordaremos tais sistemas de forma mais precisa a partir das teorias sobre o tema provas ilícitas que analisaremos no tópico seguinte.

TEORIAS SOBRE O TEMA “PROVAS ILÍCITAS”

É de singular importância o enfrentamento das teorias que tratam do tema provas ilícitas, seja justificando ou não a sua utilização, conforme se verifica:

TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA

Por esta teoria, de origem na Suprema Corte norte-americana, chamada de *fruit of the poisonous tree*, a prova ilícita produzida tem o condão de contaminar todas as provas dela decorrentes. Assim, tudo o que é originário de uma prova ilícita seria imprestável, devendo ser desentranhado dos autos, mesmo que formalmente perfeitas, estarão contaminadas no seu nascimento.¹⁹

Nesse sentido, uma vez que a prova ilícita (árvore) se encontra envenenada, conseqüentemente as provas dela decorrentes (frutos) também estarão. Visto que segundo esta teoria, a prova obtida a partir de uma primeira prova por meios ilícitos passa a ser também viciada pela ilicitude da prova originária. De tal modo que a prova ilícita, por derivação, da mesma forma que a prova ilícita originária também deve ser desentranhada do processo.

O tema por sua vez não é pacífico, a corrente minoritária preconiza que a Constituição Federal, no seu artigo 5º, inciso LVI, não tratou da prova ilícita por derivação. Esta omissão levaria ao afastamento da contaminação da prova derivada, pois onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete distinguir. Por oportuno, cabe ressaltar que se adotado tal

¹⁹ MOUGENOT, op cit. p. 346.

entendimento, a rigidez dessa interpretação pode levar o processo a consequências de difícil reparação.

Ademais, se as provas derivadas da ilícita também são imprestáveis, deve o magistrado dar os limites desta contaminação, identificando no caso concreto a extensão do dano. Porém, a preocupação da doutrina hoje está em estabelecer quando estaremos diante de uma prova ilícita por derivação.

Nesse contexto, segue a nova redação dada pela Lei nº 11.690/08 ao artigo 157 do CPP, *verbis*:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.²⁰

No mesmo sentido, corroborando com entendimento da inadmissibilidade da prova tida como ilícita, o Superior Tribunal Federal estabelece:

...Ilicitude da prova - Inadmissibilidade de sua produção em juízo (ou perante qualquer instância de poder)
– Inidoneidade jurídica da prova resultante da transgressão estatal ao regime constitucional dos direitos e garantias individuais. Ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para se revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios lícitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do *due process of law*, que

20 BRASIL.Presidência da República. **Código de Processo Penal**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. >. Acesso em: 18 jun. 2014.

tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), **qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual)**, não prevalecendo, em conseqüência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do *male captum, bene retentum*. Doutrina...²¹ (grifo nosso).

Pode ser percebido claramente que aquelas regras de exclusão também foram adotadas pela legislação brasileira e pelos tribunais superiores, em sua parte final o próprio § 1º do referido artigo quando dispõe primeiramente que serão autorizadas as provas, quando não evidenciado o nexo de causalidade entre elas e, em seguida, quando trata das derivadas, estas quando puderem ser obtidas por uma fonte independente.

A rigor, existem inúmeras críticas principalmente com relação à parte final do citado parágrafo. Visto que a definição das exceções é por demais vaga, não estabelecendo rigor para o uso da teoria na prática, deixando a cargo do juiz a decisão se se trata de prova derivada da ilícita ou não a partir da análise do caso concreto. Em linhas gerais, a relação de causalidade é o liame que deve existir entre uma prova ilícita e outra prova “ilícita” para que se possa falar em contaminação.

21 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 82.788. Rel. Celso de Mello, j. 12.04.05, gn.

TEORIAS DECORRENTES

A teoria dos frutos da árvore envenenada não é absoluta, a sua incidência sofre várias limitações. Dentre elas, a limitação da fonte independente (*independentsourcelimitation*) e a limitação da descoberta inevitável (*inevitablediscoverylimitation*).²²

De acordo com a doutrina, a “limitação da fonte independente”, baseia-se na prova não relacionada com os fatos que geraram a produção da prova contaminada. Ou seja, se existirem provas novas no processo, independente de uma determinada prova ilícita produzida, não há de se falar em contaminação, nem em aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada.

Consoante observar a simples existência de prova ilícita no processo não levará a declaração de nulidade, conseqüentemente o processo poderá ser aproveitado, quando da existência de outras provas independentes das ilícitas. Neste caso, cabe ao magistrado aferir os limites de interdependência do material probatório, partindo-se do pressuposto de que não havendo vínculo entre as provas, não há que se falar em contaminação.

Conforme se verifica no recente julgado do Supremo Tribunal Federal, publicado em 15 de maio de 2012, a 2ª Turma daquela corte adotou expressamente essa teoria:

Polícia militar e execução de interceptação telefônica - 1
A 2ª Turma indeferiu habeas corpus em que se alegava nulidade de interceptação telefônica realizada pela polícia militar em suposta ofensa ao art. 6º da Lei 9.296/96 (“Deferido o pedido, a autoridade policial conduzirá os procedimentos de interceptação, dando ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização”). Na espécie, diante de ofício da polícia militar, dando conta de suposta prática dos crimes de rufianismo, manutenção de casa de prostituição e submissão de menor à exploração sexual, a promotoria de justiça requereu autorização para interceptação telefônica e filmagens

22 TÁVORA, op cit. p.396.

da área externa do estabelecimento da paciente, o que fora deferida pelo juízo.

Polícia militar e execução de interceptação telefônica - 2 Asseverou-se que o texto constitucional autorizaria interceptação telefônica para fins de investigação criminal ou de instrução processual penal, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma da lei (CF, art. 5º, XII). Sublinhou-se que seria típica reserva legal qualificada, na qual a autorização para intervenção legal estaria submetida à condição de destinar-se à investigação criminal ou à instrução processual penal. Reconheceu-se a possibilidade excepcional de a polícia militar, mediante autorização judicial, sob supervisão do parquet, efetuar a mera execução das interceptações, na circunstância de haver singularidades que justificassem esse deslocamento, especialmente quando, como no caso, houvesse suspeita de envolvimento de autoridades policiais da delegacia local. Consignou-se não haver ilicitude, já que a execução da medida não seria exclusiva de autoridade policial, pois a própria lei autorizaria o uso de serviços e técnicos das concessionárias (Lei 9.296/96, art. 7º) e que, além de sujeitar-se a ao controle judicial durante a execução, tratar-se-ia apenas de meio de obtenção da prova (instrumento), com ela não se confundindo²³ (grifo nosso).

A partir desse precedente jurisprudencial, pode-se perceber que mesmo uma prova tida como “ilícita”, considerando o caso citado acima, a busca e apreensão ocorreram sem as formalidades legais, foi possível a sua admissão no processo, afastando a contaminação.

De outro turno, a teoria da “descoberta inevitável” fundamenta-se no fato de que se a prova, devido às circunstâncias, decorre de prova ilícita e conseguida de qualquer maneira por atos de investigação válidos, aquela (a prova) será aproveitada sem contaminação.

Frise-se que na descoberta inevitável o nexo de causalidade existe (entre a prova ilícita e a descoberta), exatamente, por se tratar de meios de provas muito utilizados em investigações. Diferentemente da limitação da fonte independente, que não há nexo entre a prova ilícita e as demais.

23 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 96986/MG. Rel. Min. Gilmar Mendes, 15.5.2012. (HC-96986).

A inevitabilidade da descoberta faz reconhecer que não houve proveito com relação à violação legal. A prova ilícita que deu ensejo à descoberta de nova prova, acabou não sendo decisiva, por menos inevitável, pois seria colhida mesmo sem a existência de ilegalidade.

Diante disso, tanto o CPP, inserindo o § 1º do artigo 157, já citado, quanto o STF, no seguinte julgado, reconhecem a teoria da descoberta inevitável:

Exame grafotécnico e recusa do investigado
A 2ª Turma denegou habeas corpus em que se sustentava a nulidade de sentença condenatória por crime de falso, sob a alegação de estar fundamentada em prova ilícita, consubstanciada em exame grafotécnico a que o paciente se negara realizar. Explicitou-se que o material a partir do qual fora efetuada a análise grafotécnica consistira em petição para a extração de cópias, manuscrita e formulada espontaneamente pelo próprio paciente nos autos da respectiva ação penal. Consignou-se inexistir ofensa ao princípio da proibição da auto-incriminação, bem assim qualquer ilicitude no exame grafotécnico. Salientou-se que, conforme disposto no art. 174, II e III, do CPP, para a comparação de escritos, poderiam servir quaisquer documentos judicialmente reconhecidos como emanados do punho do investigado ou sobre cuja autenticidade não houvesse dúvida. Em seguida, aduziu-se que a autoridade poderia requisitar arquivos ou estabelecimentos públicos do investigado, a quem se atribuía a letra. Assentou-se que o fato de ele se recusar a fornecer o material não afastaria a possibilidade de se obter documentos. Ademais, mesmo que se entendesse pela ilicitude do exame grafotécnico, essa prova, por si só, não teria o condão de macular o processo. Por fim, em relação à dosimetria, assinalou que o STF já tivera a oportunidade de afirmar entendimento no sentido de que, uma vez reconhecida a continuidade delitativa, a exasperação da pena, a teor do que determina o art. 71 do CP, ocorreria com base no número de infrações cometidas.²⁴

24 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 99245/RJ. **Rel.** Min. Gilmar Mendes, 6.9.2011. (HC-99245).

Contudo, parece imprescindível fazer uma crítica a esta teoria, pois é evidente a dificuldade que enfrenta o magistrado quando da análise do caso concreto. Definindo se realmente a inevitabilidade da descoberta existia ou não, pois mais uma vez cabe ao juiz a decisão de reconhecer ou não. Ademais, o artigo do CPP, citado anteriormente, ao reconhecer a teoria da descoberta inevitável, “abre brechas” para as provas derivadas serem produzidas por fontes independentes. Eis o questionamento: quais fontes independentes? Já que o texto da lei não traz as limitações, tornando frágil e insegura a abrangência da mácula.

Conforme se percebe, inúmeras são as teorias a respeito das provas ilícitas e inúmeras são as exceções quanto à teoria dos frutos da árvore envenenada. É importante frisar que aqui foram apresentadas apenas as mais relevantes. Partindo do pressuposto de que são as que trazem maiores divergências e, destarte, recepcionadas, como visto, pelo ordenamento jurídico como também amplamente aceitas pelos Tribunais Superiores.

PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE OU RAZOABILIDADE

Superadas tais discussões, será agora analisado o critério da proporcionalidade quando se trata de provas ilícitas. Tal princípio ganhou desenvoltura no Direito alemão, funcionando como regra de exclusão a inadmissibilidade das provas ilícitas. Quando na análise do caso concreto chegue-se à conclusão de que a exclusão da prova tida como ilícita levaria a absoluta injustiça.

O princípio da proporcionalidade constitui uma atenuação à moderna doutrina constitucional de vedação das provas ilícitas, prevendo sua utilização sempre que o interesse tutelado se sobrepuser à tutela da intimidade, representando uma limitação ao Poder estatal. Assim a prova ilícita só poderá ser aceita em caráter excepcional ou em casos de extrema gravidade.

E para tanto os ensinamentos de Robert Alexy, citado por Távora,²⁵ com o entendimento de que deve haver um sopesamento de valores quando da colisão entre princípios constitucionais, sumarizam que:

Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. *A máxima da proporcionalidade em sentido estrito*, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades *jurídicas*. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão (TÁVORA, 2013, p.400).

Dessa maneira, os conflitos existentes entre bens jurídicos tutelados pelo nosso ordenamento induzem ao intérprete da lei a dar prevalência aquele bem de maior relevância; com isso, surge a necessidade de se harmonizar e compatibilizar direitos aparentemente colidentes, tornando-se imprescindível a utilização do princípio da proporcionalidade, como mecanismo de ponderação dos valores. Lançando mão de um princípio regulativo a fim de se examinar até que ponto merece dar preferência ao todo ou às partes, pautado em determinado limite, para não afastar o mínimo indispensável.

Apesar disso, a preocupação quanto ao uso do critério da proporcionalidade nas provas ilícitas está ligada à acusação, em que pese a doutrina majoritária entender que se de um lado está o *jus puniendi* estatal e do outro a liberdade do réu, que objetiva demonstrar a inocência, este último deve prevalecer, mesmo que ilícita a prova, em seu benefício.

Nesse sentido, a posição é unânime em reconhecer a possibilidade de utilização no processo penal, da prova favorável ao acusado (*pro reo*), invocando o princípio da proporcionalidade para preservação dos interesses do mesmo, a fim de inibir condenação injusta.

25 ALEXY apud TÁVORA, op cit. p.400.

Contudo, é importante acreditar também no uso da prova ilícita além da tutela do réu, ou seja, na utilização da prova ilícita *pro societate*, pois a violação legal para a produção probatória não se justifica apenas para a manutenção do status de inocência do acusado. E, claro, que devem ser respeitados os limites de sua utilização, a sua real utilidade para a persecução penal, bem como o seu grau de contribuição e os prejuízos que venham a causar, já que a sociedade está mais bem amparada no direito à garantia de todos.

Saliente-se mais uma vez que esse entendimento deve ser usado dentro dos limites legais, a partir da análise do caso concreto, invocando o critério da proporcionalidade para que não seja o caminho para o desrespeito à segurança de todos. Não se está aqui fazendo a defesa de produção de provas arbitrárias e sem regras, mas a análise da proporcionalidade no caso concreto, talvez assim existam menos casos “injustos” com a condenação de réus efetivamente culpados.

Para tanto, os ensinamentos do professor Pacelli²⁶ ao entender que o critério da proporcionalidade deve ser utilizado, desde que não coloque em risco a aplicabilidade potencial e finalística da lei:

(...) o critério de proporcionalidade poderá validamente ser utilizado, nas hipóteses em que não estiver em risco a aplicabilidade potencial e finalística da norma da inadmissibilidade. Por aplicabilidade *finalística* e *potencial* estamos nos referindo à função de controle da atividade estatal (responsável pela produção da prova) que desempenha a norma do art. 5º, LVI da CF. **Assim, quando não se puder falar no incremento ou no estímulo da prática de ilegalidade pelos agentes produtores da prova, pensamos ser possível, em tese, a aplicação da regra da proporcionalidade** (PACELLI DE OLIVEIRA, 2011, grifo nosso).

Nossos Tribunais Superiores também vêm corroborando do mesmo entendimento ao usar do critério da proporcionalidade em suas decisões:

26 PACELLI DE OLIVEIRA op cit. p. 377.

GRAVAÇÃO AMBIENTAL. AUSÊNCIA DE CONSENTIMENTO DE UM DOS DIALOGANTES. LICITUDE DA PROVA

O Plenário concluiu questões de ordem suscitadas em inquérito no qual se imputa a senador e a prefeito a suposta prática de desvio de verbas federais (DL 201/67, art. 1º, I) — v. Informativos 395, 422 e 624. Inicialmente, rejeitou-se, por maioria, a questão de ordem proposta pelo Min. Gilmar Mendes no sentido de que, antes de se examinar a licitude da prova, fosse assentada a incompetência do Supremo, por ausência de justa causa para investigar o detentor de foro por prerrogativa de função. Deliberou-se pelo prosseguimento do inquérito, sob a fiscalização da Corte, porquanto se estaria em fase embrionária, na qual apenas cabível a indagação sobre a existência, ou não, de indícios quanto ao possível envolvimento do parlamentar, presentes na espécie. O Min. Marco Aurélio salientou as referências feitas ao senador pelo subscritor da “carta/denúncia”, posteriormente reafirmadas em depoimento prestado na polícia federal, sobre eventual percentual de comissão destinado ao parlamentar. Vencidos o suscitante e os Ministros Luiz Fux, Dias Toffoli e Celso de Mello. Em seguida, também por votação majoritária, resolveu-se a questão de ordem outrora levantada pelo Min. Marco Aurélio para se admitir o processamento do inquérito. Reputou-se inócua a ilicitude apontada, e, ainda que houvesse, ela não teria o condão de contaminar as provas subseqüentes. O Min. Celso de Mello acrescentou que, no caso, a investigação penal poderia ter por base elementos de informação obtidos a partir de captação ambiental — ainda que à revelia de qualquer dos sujeitos que participaram da relação dialógica — e de delação não-anônima (“carta/denúncia”). Vencidos o suscitante e o Min. Gilmar Mendes, que, ante origem ilícita da prova, determinavam o trancamento do feito²⁷ (grifo nosso).

No mesmo sentido, a 2ª Turma do STF, ao admitir gravação clandestina como meio de prova lícita:

27 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inq 2116 QO/RR, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Ayres Britto**, 15.9.2011. (info 640).

ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA E GRAVAÇÃO CLANDESTINA. AUSÊNCIA DE CAUSA LEGAL ESPECÍFICA OU RESERVA DE CONVERSAÇÃO

A 2ª Turma desproveu agravo regimental interposto contra decisão do Min. Joaquim Barbosa, que negara seguimento a agravo de instrumento, do qual relator, tendo em vista a jurisprudência sedimentada desta Corte, segundo a qual é lícita a prova consistente em gravação de conversa realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, se não há causa legal específica de sigilo nem de reserva de conversação. Na espécie, o autor da ação de indenização instaurada na origem, ora agravado, na condição de advogado, sócio do escritório de advocacia recorrente e um dos interlocutores da conversa, juntara ao processo prova obtida por meio da gravação de diálogo, que envolvia a sua demissão, mantido com outros sócios nas dependências do escritório. Asseverou-se que a gravação ambiental meramente clandestina realizada por um dos interlocutores não se confundiria com a interceptação objeto de cláusula constitucional de reserva de jurisdição²⁸(grifo nosso).

É por todas as razões acima expostas que a presente pesquisa esta coesa a esse entendimento, pois do contrário, o Estado estaria sendo incentivado a violar direitos e garantias fundamentais o que colidiria frontalmente com a noção de provas ilícitas, as quais, originariamente, foram idealizadas para reprimir o Estado de violar direitos fundamentais.

Assim, percebe-se que a jurisprudência já se tenciona ao admitir algumas flexibilizações desse entendimento. Todavia, os casos citados são excepcionais, não se podendo afirmar que a exigência foi definitivamente revogada. Apesar de existir forte corrente doutrinária que defende a não utilização da prova ilícita *pro societate*, inclusive com respaldo jurisprudencial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

28 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 560223 AgR/SP, rel. Min. Joaquim Barbosa, 12.4.2011. (inf 623).

Chegando ao término deste trabalho científico, resta evidente a amplitude do problema. A discussão revelou-se multidisciplinar, unindo vários ramos da Ciência Jurídica, desde o Direito Constitucional até chegar ao específico Direito Processual Penal. Embasados em princípios e nas diversas teorias que envolvem o tema, vários doutrinadores se digladiam buscando responder ao grande questionamento que é o da admissibilidade ou inadmissibilidade da prova tida como ilícita.

Como visto, todos os dois principais entendimentos possuem argumentos fortes e já foram adotados por nossa jurisprudência. Não há, ainda, um posicionamento que vincule magistrados ou tribunais, mas é certo que temos exceções que devem ser analisadas. Mostrar o debate, citando os fundamentos levantados por cada uma das correntes, foi justamente um dos objetivos do presente artigo. Ademais, buscou-se deixar claro que a discussão doutrinária já chegou aos tribunais, não conseguindo os julgadores, ainda, adotar uma solução definitiva e uníssona para o impasse.

De todo modo, atingiu-se também outro alvo inicial: a partir do estudo dos mais recentes precedentes do Superior Tribunal Federal, pôde-se indicar o entendimento mais seguro para os operadores do direito. Sendo esse o de não tratar a proibição da produção e da entrada da prova ilícita no processo de forma absoluta. Visto que esta análise comporta exceções e deve ser feita, a partir do caso concreto, com o peso dos valores em questão para se chegar o mais perto do ideal de justiça.

A seguir, reservaram-se, ainda, vários momentos para expor críticas e as posições adotadas no presente trabalho, tudo isso a partir do estudo do princípio da proporcionalidade, o qual pode ser o divisor de águas para se chegar o mais próximo possível da solução do impasse.

E é certo que esse princípio tem conseguido atender às muitas divergências, seja jurisprudencial, seja doutrinária. Pois se tem, de um lado, a sociedade que clama por justiça sem efetivamente conhecer as formalidades processuais e, de outro, o Judiciário que busca aplicar a lei e, principalmente, os princípios e garantias constitucionais, a partir de uma sanção adequada com a conseqüente melhor forma de justiça.

Todavia, os entendimentos foram expostos sempre de forma cautelosa, lembrando aos que leem o fato de ambas as correntes possuírem uma relevante fundamentação por trás, sendo possível e justificável a adoção por uma ou por outra.

Por fim, fica a certeza de que muito ainda será estudado sobre o tema e há muito para ser compreendido sobre a questão da prova ilícita, principalmente no que se refere não apenas as mudanças do Código de Processo Penal. Até porque o direito é mutante, como também as diversas realidades sociais no intuito de buscar sempre a decisão menos injusta. E, sem dúvida, o novo modelo da ordem constitucional a exigir do Judiciário a aplicação e respeito às regras constitucionais.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal**: esquematizado. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2009.

ARAÚJO JR, Amaro Bandeira. **Provas ilícitas no Processo Penal**. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/23631/provas-ilicitas-no-processo-penal> >. Acesso: 18 jun. 2014.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. Rev. e atual. 5.ed. – São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL, Constituição. **Constituição da República do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.>. Acesso em: 18 jun. 2014.

_____. Presidência da República. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 18 jun. 2014.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. HC 82.788, Rel. Celso de Mello, j. 12.04.05, gn.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. HC 96986/MG, rel. Min. Gilmar Mendes, 15.5.2012. (HC-96986).

_____. **Supremo Tribunal Federal**. HC 99245/RJ, rel. Min. Gilmar Mendes, 6.9.2011. (HC-99245).

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Inq 2116 QO/RR, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Ayres Britto, 15.9.2011. (info 640).

_____. **Supremo Tribunal Federal**. AI 560223 AgR/SP, rel. Min. Joaquim Barbosa, 12.4.2011. (inf 623).

FREITAS, Daniela Borges. **Provas ilícitas e/ou ilegítimas no Processo Penal**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11336&revista_caderno=22>. Acesso em: 05 jun. 2014.

GOMES, Luiz Flávio. **Provas ilícitas e ilegítimas: distinções fundamentais**. Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1972597/provas-ilicitas-e-ilegitimas-distincoes-fundamentais>>. Acesso em: 27 jun. 2014.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. Editora Saraiva: São Paulo, 2010.

LACHI, Rômulo. **Exceções à inadmissibilidade das provas ilícitas no Processo Penal Brasileiro**. Disponível em: <http://www.unigran.br/revista_juridica/ed_anteriores/22/artigos/artigo07.pdf>. Acesso: 27 jun. 2014.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15.ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva,2011.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MULLER, Desirée Brandão. **Prova ilícita**: possibilidade da sua aplicação no Processo Penal. Disponível em: < <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2673/Prova-ilicita-A-possibilidade-da-sua-aplicacao-no-Processo-Penal> >. Acesso em: 27 jun. 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 4.ed. São Paulo:Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 15. ed.Rio de Janeiro:Editora Lumen Juris, 2011.

SALDANHA, André Lúcio. **A inadmissibilidade da prova ilícita no Processo Penal Brasileiro**. Disponível em: < http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5921 >. Acesso em: 18 jun. 2014.

SILVA, Ana Patrícia G. **A prova ilícita no Processo Penal**: análise de doutrina e jurisprudência acerca da inadmissibilidade da prova ilícita no processo penal e sua recente flexibilização. Disponível em: < <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6150/A-prova-ilicita-no-processo-penal> >. Acesso em: 27 jun. 2014.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. Salvador: Editora Podivm, 2013.

DEMOCRACIA EM DIREITOS HUMANOS E SUA PROTEÇÃO INTERNACIONAL

Mariana Camilo Medeiros Rosa¹

Carolina Camilo Medeiros Rosa²

INTRODUÇÃO

Os direitos humanos remontam aos dogmas iniciais do cristianismo, que introduziu valores que dignificavam o homem. Em seguida, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão trouxe a noção de que os homens são iguais, livres e possuidores de direitos intransmissíveis.

Por conseguinte, a Revolução Francesa eternizou a luta pelos direitos da pessoa humana, relutando contra a aristocracia dominante e tratando o homem comum como sujeito de direitos. Depois, as atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, sob o manto da legalidade, findaram por unir as nações e dar sentido universal aos direitos humanos.

A Guerra Fria (1945-1991), além de traduzir o conflito socialismo *versus* capitalismo, também representou o de regimes totalitários *versus* democracia liberal. Seu fim conferiu à democracia e aos direitos humanos a condição de valores inquestionáveis mundialmente. Diante desse cenário, o direito internacional se mostrou essencial na consolidação dos regimes democráticos: através da edição de normas de direitos humanos, passou a exercer funções legislativas, mediadoras e jurisdicionais, ditando cláusulas democráticas, sistemas de fiscalização e resolução de conflitos entre Estados (SILVA, 2004).

1 Mestranda em Direito Constitucional, enfoque em Direito Internacional e Concretização dos Direitos (UFRN). Correio eletrônico: mcamilo.adv@hotmail.com

2 Graduada em Direito (UFRN). Correio eletrônico: carool_cmr@hotmail.com

Nesse contexto, utilizando-se do método dedutivo, buscou-se no presente artigo fazer um estudo explanatório, por meio de pesquisa bibliográfica, de forma a resgatar, na doutrina, aspectos de interdependência entre democracia e direitos humanos, como também analisar os mecanismos legislativos de proteção voltados àquela advindos do direito internacional, abordando-se a temática à luz do senso teórico-científico.

DIREITOS HUMANOS E DEMOCRACIA

Concomitantemente à evolução da tutela aos direitos humanos sociais, progrediram os meios de proteção contra o abuso de poder estatal. KELSEN (2000) conceitua a democracia como o direito fundamental do ser humano de participar do governo e das decisões políticas que definem o futuro de sua pátria para libertar-se das formas de governo opressoras. BOBBIO (2003) remonta à existência, na democracia, de “leis fundamentais”, que permitem aos membros de uma sociedade resolver conflitos que surjam entre grupos que defendem valores e interesses diferentes, sem necessidade de recorrer à violência.

As citadas leis fundamentais são as que protegem o cidadão contra as ações arbitrárias do Estado e garantem direito à vida, à liberdade, à igualdade, à ampla defesa, à segurança, à propriedade, à locomoção. Não coincidentemente, estes são conhecidos como os direitos humanos de primeira geração. Ou seja: não há democracia onde não há direitos humanos.

Os direitos interligados ao exercício da cidadania fazem parte do conceito universal de democracia, tutelados pelos institutos internacionais de proteção aos direitos humanos, que visam garantir, globalmente, uma sociedade mais igualitária e justa, de forma que o poder de gerir o Estado se mantenha difundido entre os cidadãos, independente da cultura da nação.

MECANISMOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DA DEMOCRACIA

Os direitos humanos, como valores fundamentais da convivência coletiva, logicamente correlacionados com a democracia no plano interno e a paz no plano internacional, na lição de Noberto Bobbio, podem ser considerados como um “adquirido axiológico” de alcance universal. (LAFER, 1999). Além de normas principiológicas, são também utilizadas as *cláusulas democráticas*, que adotam compromisso entre Estados de adotarem o regime democrático, com o fim de consolidar a soberania popular no plano interno de cada país, tratadas adiante.

PACTO DOS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS E SEU PROTOCOLO FACULTATIVO

O Pacto dos Direitos Civis e Políticos foi adotado pela Organização das Nações Unidas em 1966.³ Seu art. 25 prevê o direito de os cidadãos atuarem na vida política do Estado, de forma direta ou indireta, de assumirem funções públicas, de votarem periodicamente, por sufrágio universal, igualitário e voto secreto.

A violação ao previsto no Pacto pode ser denunciada ao Comitê de Direitos Humanos⁴ no âmbito da ONU, que irá acompanhar a implementação dos direitos e garantias e buscar solução pacífica de conflitos entre os Estados-partes. O Comitê analisa relatórios entregues pelos Estados a cada cinco anos, que informam da aplicação do Pacto em nível nacional.

3 O Congresso Nacional brasileiro aprovou o texto do referido Pacto por meio do Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991, que foi promulgado em 06 de julho de 1992, pelo Decreto Executivo nº 592.

4 Composto por dezoito membros, indicados pelos Estados-partes entre pessoas de elevada reputação moral e experiência jurídica em matéria de direitos humanos, não podendo haver mais de um representante de uma mesma nacionalidade.

Já a solução de conflitos funciona por meio de denúncias ao Comitê, ora feitas por Estado-parte que ratificou o Pacto (caso em que se tentará uma solução amistosa para a questão e, se ineficiente, constituir-se-á uma Comissão de Conciliação *ad-hoc*, constituída por cinco membros designados pelos Estados interessados), ora apresentadas às próprias pessoas vítimas de violações (após esgotamento dos recursos judiciais internos ou indevido protelamento e desde que o caso não tenha sido objeto de análise em outra instância internacional), modalidade prevista no Protocolo Facultativo do Pacto, assinado em 1966 em Nova York⁵ e, por esse motivo, exige a ratificação pelos países envolvidos, tanto do Pacto quanto do seu Protocolo.

MERCOSUL E O PROTOCOLO DE USHUAIA

Os membros integrantes do Mercosul,⁶ ao lado de Bolívia e Chile, celebraram o Protocolo de Ushuaia sobre Compromisso Democrático no Mercosul em 1998. Seu art. 1º considera a democracia condição essencial para o desenvolvimento da integração entre os Estados-partes, e seu art. 2º prevê sua aplicação em casos de ruptura com a ordem democrática, por meio de sistema de consultas no qual se aplicará ao Estado afetado a sanção de “suspensão do direito a participar nos distintos órgãos dos respectivos processos de integração, até a suspensão dos direitos e obrigações originários de tais processos”⁷ (art. 5º), que vigorará até o momento em que a democracia for restabelecida (MERCOSUL, 1998).

A política brasileira vive, atualmente, um momento delicado, no qual sofreu *impeachment* a Presidente da República eleita, Dilma Rousseff, ora

5 Ratificado pelo Brasil apenas em 2009, por meio do Decreto Legislativo nº 311/2009.

6 Bloco econômico, criado por meio do Tratado de Assunção, assinado em 26 de março de 1991, do qual são membros, hoje, Argentina, Brasil, Uruguai, Paraguai e Venezuela e conta como Estados observadores a Bolívia, Chile, Colômbia, Equador e Peru.

7 Esses “direitos e obrigações originários” são os instituídos pelos Tratados de Constituição do Mercosul, a saber: Tratado de Assunção (1991), Protocolo de Olivos (2002) e Protocolo de Ouro Preto (1994).

afastada de suas funções. Por diversas vezes, já foi levantada a hipótese de se aplicar as regras do referido Protocolo ao caso (DYNIEWICZ, 2016), quando se teria uma posição do Tribunal do Mercosul acerca.

UNASUL E O PROTOCOLO DE GEORGETOWN

A União das Nações Sul-Americanas (Unasul) é a consolidação do processo de integração regional dos países da América Latina. Composta por doze Estados-membros⁸ e aberta a adesões por países também da América Central, tem como instrumento formal de constituição o Tratado de Brasília, assinado em 2008. Seu art. 2º prevê como objetivos, dentre outros, a promoção da participação cidadã, o fortalecimento da democracia nos Estados-membros (UNASUL, 2011). Em adicional do Tratado de Brasília, há o Protocolo Adicional sobre Compromisso com a Democracia, assinado em Georgetown, que entrou em vigor em março de 2014. Dos Estados-membros, até então, apenas Brasil⁹ e Paraguai não ratificaram.

É um instrumento aplicável em caso de “ruptura ou ameaça de ruptura com a ordem democrática, de uma violação à ordem constitucional” (art. 1º), por provocação do próprio Estado afetado ou de outro Estado-membro (art. 2º), que permite missões diplomáticas para restabelecimento da democracia (art. 5º) e adoção de sanções decunho comercial, suspensão da participação na Unasul, e até o fechamento de fronteiras (art. 4º) (UNASUL, 2014).

A Unasul tem atuado como incentivadora da continuidade democrática. Sua ingerência, porém, não pode ser considerada

8 Atualmente, são membros da Unasul: Bolívia, Colômbia, Equador, Peru; Argentina, Brasil, Paraguai, Uruguai, Venezuela, Chile, Guiana e Suriname.

9 No Brasil, está pendente a ratificação do Protocolo de Georgetown, que tramita na Câmara dos Deputados por meio do Projeto de Decreto Legislativo nº 8/2015, pendente ainda de aprovação legislativa.

austera.¹⁰MAZZUOLLI (2014) sugere a melhoria do sistema de resolução de controvérsias por meio de criação de um Tribunal, de jurisdição obrigatória e contenciosa, com competência para controlar a convencionalidade de suas normas.

CONCLUSÃO

Do exposto, chega-se à compreensão primeira de que há coincidência entre os direitos humanos de primeira geração (civis e políticos) e as leis fundamentais necessárias para instauração da democracia, desenhando uma relação de interdependência entre ambos.

Transparece, ademais, a importância do sistema internacional de direitos humanos para a tutela e manutenção do regime democrático nos Estados, pois os vinculam através de mecanismos legislativos, mediadores e até repressivos, utilizando-se de documentos que são ratificados pelos países e, assim, assumem caráter universal.

Dentre os mecanismos utilizados, estão as cláusulas democráticas, que objetivam manter a democracia nos Estados. Passíveis de aplicação no direito brasileiro, há o Pacto dos Direitos Civis e Políticos (ONU), o Protocolo de Ushuaia (Mercosul) e o Protocolo sobre Compromisso com a Democracia (Unasul),¹¹ contendo modalidades diferentes de fiscalização e aplicação de penalidades. Percebeu-se, contudo, que tais sistemas encontram dificuldades na exigibilidade das suas normas, já que, por serem baseados na solução predominantemente amistosa de conflitos, estão aquém do necessário para a proteção democrática almejada.

10 Acerca da temática: “Unasul está disposta a agir para parar a derrubada de governos eleitos, mas não está pressionando por mecanismos que assegurem a voz do cidadão ou representação de fato, pois essas medidas seriam consideradas como interferência indevida nos assuntos do Estado-membro” (RIGGIROZZI; GRUGEL, 2015, p.795-796, tradução própria).

11 Em fase de ratificação, cf. Tópico 3.3.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Noberto. Democracia. *In*: SANTILLÁN, J. F. (Org.). **Norberto Bobbio: o filósofo e a política: antologia**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003.

DYNIEWICZ, Luciana. Chanceler argentina diz que Brasil pode ser suspenso do Mercosul. Folha de São Paulo, 21 março 2016. Disponível em: <<http://folha.com/no1752561>>. Acesso em 2 maio 2016.

KELSEN, Hans. **A Democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LAFER, Celso. **Comércio, desarmamento e Direitos humanos**: reflexões sobre uma experiência diplomática. São Paulo: Editora Paz e terra, 1999.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Por um Tribunal de Justiça para a Unasul. *In*: MARINHO, M. E., SILVA, S. T.; e OLIVEIRA, L. P. S. **Diálogos entre juízes**. Brasília, UniCEUB, 2014.

MERCOSUL. **Protocolo de Ushuaia sobre Compromisso Democrático no Mercosul**. 1998.

RIGGIROZZI, Pía; GRUGEL, Jean. Regional governance and legitimacy in South America: the meaning of UNASUR. **International affairs**. Londres, v.91, iss.04. Jul. 2015. Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/1468-2346.12340/full>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

SILVA, Fernando Fernandes. Direito Internacional e consolidação democrática. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 3 jan/jun, 2004.

UNASUL. Tratado Constitutivo da União de Nações Sul-Americanas.
Quito, 2011.

_____. **Protocolo Adicional ao Tratado Constitutivo sobre
Compromisso com a Democracia.** Quito, 2014.

O FORNECIMENTO DE ÁGUA EM TEMPOS DE CRISE HÍDRICA NO RN: OS POÇOS ARTESIANOS DESCONTROLADOS À LUZ DO CDC/90 E DA TUTELA INIBITÓRIA

Pablo Brenno Medeiros

INTRODUÇÃO

Ante o histórico problema de falta de abastecimento de água no Nordeste do Brasil, devido ao clima semiárido típico de grande parte da região, aliado à falta de políticas públicas eficazes; nos últimos anos, notou-se o crescimento desenfreado na abertura de poços artesianos em toda a Região. A água, objeto central do presente artigo, é definida pela Lei n.º 9.433, de 8 de janeiro de 1997 como bem de domínio público, trata-se de um recurso natural limitado, dotado de valor econômico e considerado por alguns como direito humano de sexta dimensão.

De domínio da União ou dos Estados, segundo dicção dos artigos 20 e 26 da Constituição Federal de 1988, a gestão da água se dá através de uma Política de Recursos Hídricos, nos termos de Leis Federais e Estaduais. No Estado do Rio Grande do Norte, é a Lei Estadual n.º 6.908/96 que regulamenta a Política Estadual dos Recursos Hídricos e o Sistema Integrado de Gestão de Recursos Hídricos (SIGERH).

Se a abertura de poços artesianos, com registros históricos desde a China Medieval, já teve grande importância para o desenvolvimento da agricultura, turismo e subsistência em locais não abastecidos por sistema hídrico, atualmente estes poços podem se transformar em um grave problema social, pois sua abertura, principalmente no interior dos Estados nordestinos, observa-se de forma desenfreada e sem cumprir os trâmites legais impostos pelo Direito.

Através da análise do ordenamento jurídico pátrio, procedimentos administrativos específicos, definições doutrinárias e análise

jurisprudencial contemporânea, busca-se através do presente artigo demonstrar possíveis soluções que limitem a abertura de poços no Estado do Rio Grande do Norte e as consequências advindas da comercialização da água oriunda dos poços artesianos para terceiros, figurados nesta relação como consumidores.

DESENVOLVIMENTO

A CONCESSÃO DE OUTORGA DE DIREITO DOS RECURSOS HÍDRICOS

A água, por ser indispensável à vida, deve ter seu uso controlado e moderado, principalmente em épocas de estiagem. Estudos evidenciam que o Nordeste brasileiro está passando por uma das piores secas de todos os tempos. Tal controle, em nossa realidade jurídica, é feito por órgãos públicos que concedem, através de uma tramitação legal e burocrática, a licença, autorização ou concessão de outorga de direito do uso dos recursos hídricos, como, por exemplo, para abertura de poços artesianos.

Comentando acerca do Contrato de Concessão, Alexandrino & Paulo (2012, p.561) aduzem que este se subdivide em concessão de serviços públicos, concessão de uso de bem público e concessão de obra pública. A outorga para abertura de poços artesianos insere-se no contrato de concessão para uso de bem público, definido por Di Pietro (2009, p.342) como “um contrato administrativo pelo qual a Administração Pública faculta ao particular a utilização privativa de um bem público, para que a exerça conforme sua destinação”.

No Estado do Rio Grande do Norte, tal outorga, além da fiscalização de obra hidráulica, é de competência da Secretaria de Recursos Hídricos e Projetos Especiais, conforme aduz o artigo 23, IV da Lei Estadual n.º 6.908/96. Segundo o inciso VI do artigo 2º da supracitada Lei, “a outorga do direito do uso da água é um instrumento essencial para o gerenciamento dos recursos hídricos”. Faz-se, portanto, imprescindível tal outorga para a exploração do recurso hídrico, seja a nível nacional ou estadual.

Para abrir um poço artesiano ou semiartesiano no Rio Grande do Norte, é necessária uma licença específica para exploração da água. Segundo o rol exemplificativo contido em manual disponibilizado pelo Instituto de Gestão das Águas do Rio Grande do Norte, são documentos necessários ao pleito: formulário de requerimento de outorga; documentos pessoais do requerente; cópia do título de propriedade; dados técnicos do poço; estudo de viabilidade de implantação; parecer técnico; *croqui*; teste de bombeamento atual, dentre outros documentos que tornam o requerimento elaborado e complexo. Neste sentido, observa-se o surgimento de empresas especializadas na assessoria de clientes em busca de tal concessão.

Os poços que são abertos sem o devido processo de concessão da outorga podem trazer consigo muitos problemas, sejam diretamente aos indivíduos, como doenças transmitidas através da água, já que esta pode contaminar-se no trajeto ou não ser ideal para consumo, em razão da ausência de estudo de viabilidade; sejam a nível ambiental, como a contaminação e rebaixamento dos lençóis freáticos, que após o uso imoderado são invadidos pela água do mar, causando salinização.

O FORNECIMENTO DA ÁGUA DE POÇOS ARTESIANOS PARA CONSUMO

Segundo Marques (2013, p.115), o legislador brasileiro preferiu uma definição mais objetiva de consumidor. O artigo 2º, caput, do CDC/90, entende como consumidor: aquelas pessoas destinatárias finais do produto, que retiram o bem do mercado ao adquirir ou simplesmente utilizá-lo. Ou seja, é consumidor aquele que coloca um fim na cadeia de produção, não dando continuidade a esta.

O fornecedor, segundo o artigo 3º do CDC/90, tem uma definição ampla. O critério caracterizador é desenvolver atividades tipicamente profissionais, como a comercialização, a produção, a importação, indicando também a necessidade de certa habitualidade, como a transformação, a distribuição de produtos.

Assim, não há óbice na aplicação do CDC/90 no fornecimento de água proveniente de poços artesianos, já que os únicos requisitos exigidos são que a atividade seja habitual ou reiterada.

Nestes casos, além da responsabilização administrativa e criminal, o proprietário do poço artesiano aberto de forma ilegal poderá responder na esfera cível, revestido da figura do fornecedor, caso comercialize a água que jorra do poço aberto.

A água, essencial meio de subsistência, também é um meio adequado para contaminação e disseminação de doenças que, em determinadas situações, podem levar a óbito quem a consumir. São doenças relacionadas ao consumo de água contaminada, a título de exemplo: hepatite, leptospirose, cólera, diarreia e infecções diversas.

O fornecedor da água é coercitivamente impelido a não colocar no mercado de consumo produtos com alto grau de nocividade ou periculosidade, segundo dicção do art. 10 do CDC, e a responsabilidade do fornecedor nestes casos é objetiva, sem auferir o elemento subjetivo da culpa.

Além de ser responsabilizado pelo consumidor final que aduz o art. 2º, caput do CDC, o fornecedor responderá, ainda, pelos danos causados pelo seu produto aos denominados consumidores equiparados. Tais consumidores estão expressos no parágrafo único do supracitado artigo: “equipara-se ao consumidor a coletividade de pessoas ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”.

Um meio eficaz para se combater tais irregularidades é a aplicação da denominada tutela inibitória, que tem como fito não permitir a ocorrência do dano, diferentemente da ressarcitória, que só é aplicada após a ocorrência do dano, ressarcindo, na maioria das vezes, pecuniariamente.

Segundo doutrina de Marinoni (2008, p.65), a tutela inibitória “é prestada por meio de ação de conhecimento, e assim não se liga instrumentalmente a nenhuma ação que possa ser dita principal. Trata-se de ação de conhecimento de natureza preventiva, destinada a impedir a prática, a repetição ou a continuação do ilícito”.

Ademais, o Ministério Público, como órgão essencial à função jurisdicional, é parte extraordinária legítima para ajuizar ações coletivas

(que se classificam em coletivas *stricto sensu*, difusas e individuais homogêneas), nas quais, aplicar-se-ão normas e disposições legais específicas à tutela coletiva, como, por exemplo, referentes à liquidação, execução, princípios e prazos. Tal espécie de tutela encontra no Código de Defesa do Consumidor um dos principais aparatos necessários para sua aplicação, a partir do art. 81.

E o magistrado, na subsunção da norma ao caso prático, através do poder geral de efetivação (art. 139, IV, CPC/15), poderá determinar a remoção de pessoas e coisas, a busca e apreensão, aplicação de multa diária e pessoal, arresto, sequestro e qualquer outro meio coercitivo que vise coibir a abertura de poços artesianos, bem como o fornecimento de água imprópria para uso.

CONCLUSÃO

As cidades que menosprezaram, durante anos a fio, seus reservatórios de água, que viram em suas águas um excelente meio para levar tudo o que não se queria mais, agora querem, e precisam recuperar estas fontes de água e buscarem outros meios para sobreviverem em meio à época de estiagem. Uma dessas alternativas é a abertura de poços artesianos.

Indiscriminados e ilegais, estes poços se multiplicam pela vastidão do sertão nordestino. Ao passo que trazem alívio à população castigada constantemente com a longa estiagem, tais poços trazem possíveis graves problemas à saúde da população que consome suas águas. Os poços abertos sem obediência ao disposto nas legislações pertinentes, seja no âmbito estadual ou federal, podem trazer graves malefícios ao ecossistema, à saúde e aos recursos hídricos, ocasionando doenças que, em estágios avançados, podem levar a óbito.

Deve-se tornar mais popular a informação da necessidade de outorga para abertura de poços artesianos, bem como para o fornecimento de sua água, para que detentores de capital não coloquem interesses econômicos à frente de interesses de toda uma coletividade. Ademais, deve haver uma maior união entre poderes públicos para tornar mais célere tais pleitos, com estudo de viabilidade e de impacto

ambiental eficazes, indeferindo todos aqueles que tenham risco de contaminar o meio ambiente ou trazer riscos à saúde da população.

Faz-se imperioso, ainda, limitar os metros cúbicos de água que poderão ser extraídos por mês em cada poço artesiano, de acordo com a finalidade, tamanho, equipamentos e localização do mesmo, devendo o Estado tomar a frente de tal exploração quando for ultrapassado tal limite, como ocorre, por exemplo, no Estado da Califórnia, nos Estados Unidos da América, para que, assim, coloque-se para eventual fornecimento apenas a água que passar por um eficiente estudo de viabilidade, que ateste ausência de microrganismos, coliformes fecais, produtos químicos e quaisquer outros meios que coloquem em risco a saúde do consumidor.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 20. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012.

CAMARGO, Suzana Bizerril. Rios invisíveis de São Paulo. In: **Revista Superinteressante**. São Paulo: Editora Abril: Edição 344, março de 2015. p. 61.

CONSULT, Poços Artesianos. **Regularização, outorga e licenças de poços artesanais**. Disponível em: <<http://consultpocos.com.br/servicos/licencas-outorgas-e-regularizacao/>>. Acesso em: 08 nov. 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

GASPARI, Marli; DUARTE, Patrícia Francisca. **Direito humano de sexta geração: o acesso à água potável**. Disponível em: <<http://www.site.ajes.edu.br/direito/arquivos/20131030203605.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

IGARN. Requisitos para solicitar a outorga ou renovação de outorga do direito do uso de recursos hídricos. Disponível em: <<http://adcon.rn.gov.br>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória.** 4.ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 6.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.** 4. ed. rev. atual. eampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. ISBN 978-85-203-4812-3.

RIO GRANDE DO NORTE. **Solicitação de outorga, renovação de outorga do direito de uso dos Recursos Hídricos do Estado.** Disponível em: <<http://www.igarn.rn.gov.br>>. Acesso em: 09 nov. 2015.

POLÍTICA JUDICIÁRIA DEMOCRÁTICA PARA BRASILEIRO VER

Dr. Rodrigo Costa Ferreira¹

POLÍTICA PARA QUEM PRECISA; POLÍTICA PARA QUEM PRECISA DE POLÍTICA

Como a nossa existência depende da nossa coexistência (*não apenas existimos, mas coexistimos!*), estamos condenados a pensar a paz sempre levando em consideração o outro: seus interesses, desejos, necessidades *etc.* A maioria de nós acredita que podemos obtê-la, ainda que em parte, mediante certo *modelo político de bem-estar social*. Recentemente, na história do Brasil, elegemos a *Democracia* com esta finalidade. A *Democracia* é a forma de governo na qual o poder soberano de governar é exercido por todos, ou pelo maior número, ou por muitos (cf. Platão, *Político*, 291d; e Aristóteles, *Política*, 1279e), mesmo que de modo indireto (cf. Locke, Segundo Tratado do Governo Civil, XIII, 154). A forma contemporânea de *Democracia* além de operar por representação indireta também se caracteriza por conferir ainda a todos os seus membros um mesmo conjunto de *direitos fundamentais*, ou seja, toma todos eles (*in abstracto*) como sujeitos de direitos.²

Por séculos, baseamos o projeto político de um *Estado Democrático de Direito* em arranjos políticos ligados, em especial, ora ao valor da *liberdade* (*Estado Liberal*) e ora ao valor da *igualdade* (*Estado Social*), mas, hoje, cientes das ideias de que todos nós devemos (1) de alguma forma contribuir para a gerência e o funcionamento do Estado (sociedade

1 Professor Adjunto de Filosofia e de Teoria Geral do Direito na UEPB e na UFRN. Doutor em Filosofia Analítica e Lógica pela UFPB/UFRN/UFPE. E-mail: rodrigouepb@yahoo.com.br; rodrigoufrn@yahoo.com.br

2 Para mais detalhes: Bobbio (2012, p.135-158).

cooperativa/fraternidade) e (2) tratar todos com respeito, ou seja, como seres dignos (dever político que ganhou ênfase no ocidente, particularmente, após as tragédias vividas durante a Segunda Guerra Mundial), estendemos os valores da liberdade e da igualdade como insuficientes (mas ainda sim indispensáveis) ao nosso arquétipo contemporâneo de *Estado Democrático de Direito*. Portanto, acrescentamos-lhe, além dos valores da igualdade e da liberdade, o valor da fraternidade, cujas vertentes são, por exemplo, a solidariedade, a alteridade e a dignidade. O que desejamos, a nossa maneira, é o que os revolucionários da Revolução Francesa, a sua maneira, desejaram: concretizar o ideal de uma sociedade livre, igual e fraterna.

Influenciados por este novo olhar político, tentamos estruturar atualmente a *Democracia* no Brasil. Esta é orientada por *princípios políticos* (ou *normas jurídicas constitucionais*) que reunimos dentro de duas grandes categorias: *princípios de alteridade* e *princípios de ajustamento*. Os primeiros reconhecem como importante e de caráter intersubjetivo o tratamento respeitoso, já os do segundo tipo pretendem adequar o embate entre as vontades da maioria e das minorias ou os interesses do Estado com os dos particulares (são exemplos de tais princípios: a solidariedade, a igualdade formal, a igualdade material, a liberdade positiva, a liberdade negativa, a dignidade humana, entre outros). Todos, de algum modo, encontram-se presentes na nossa *Carta Política* de 1988.

Não é de hoje que depositamos todas as nossas esperanças na construção de um mundo melhor na *política*, seja ela de cunho democrático ou não. E o que nos causa mais admiração é que isto é inexorável, afinal é tão somente por meio da *política* que somos capazes de estabelecer as diretivas que entendemos serem fundamentais às nossas vidas, vidas que só valem apenas serem vividas quando nelas gozamos de saúde, lazer, educação, segurança, liberdade, igualdade, solidariedade, entre outras condições que concebem o nosso ideal de bem-estar. Estamos falando neste sentido de uma “vida digna” (nos moldes ocidentais). Dito isto, é forçoso concebermos a política como a mais bela e necessária de todas as artes (cf. Aristóteles, *Ética à Nicômaco*, I, 2, 1094a 29), já que ela nos oferece algo único: diz como nós devemos viver e o que nós devemos fazer!

DIREITO ENQUANTO INSTRUMENTO DA POLÍTICA JUDICIÁRIA

O *direito enquanto sistema de regras e normas jurídicas*³(em suma, sistema jurídico) é um instrumento, e como instrumento (meio) pode ser utilizado de modo apropriado pelos juristas para a construção de um mundo melhor ou não (fim). Ou seja, o direito enquanto meio se bem aplicado produz bons resultados: bem-estar, segurança, liberdade entre outros. Se mal aplicado, gera desordem, violência, repressão etc. Mas em que sentido nós podemos afirmar que o “direito está sendo bem aplicado” ou que o “direito está sendo mal aplicado”?

O sistema jurídico em si não pode muito (ou mesmo nada), já que, como indicamos, é um meio para um fim. O machado, por exemplo, é um meio para um fim: por exemplo, o corte de uma árvore. Mas se este não é bem utilizado pelo lenhador, que se vale de uma metodologia (procedimento), o resultado final não será eficaz ou o melhor possível. De modo semelhante, portanto, há algo além do próprio direito (enquanto conjunto de prescrições) que deve guiá-lo rumo a uma “boa aplicação/interpretação”: este oráculo é a boa *política judiciária*. Esta é fundamental, pois indica as diretivas imprescindíveis à aplicação/interpretação adequada das regras jurídicas. Observemos, por exemplo, que a *política judiciária* (1) ora sugere o sistema jurídico como um *sistema independente* (sistema operacionalmente fechado, não suscetível à correção moral ou política) e ora o estabelece como um *sistema dependente* (sistema operacionalmente aberto, o qual pode ser corrigido por argumentos morais e políticos não apreendidos pelo direito); (2) determina os *modelos de decisão jurídica* a serem adotados; (3) indica os *métodos dogmáticos de interpretação* a serem utilizados; (4) jurisprudências consolidadas no

3 Por *sistema de regras e normas jurídicas* entendemos: todo conjunto de significantes e de significados produzidas, ao final, entre autoridades competentes (legisladores, juízes, advogados e funcionários públicos), as quais guardam entre si algum tipo de relação (hierarquia, cronologia, tipologia, produção etc.) que nos permite afirmar que existe uma espécie de concatenação lógica entre elas.

tempo-espaco etc. Eis por estas razoes, e outras tantas, que devemos levar a serio a *politica judiciaria*.

Se a *politica judiciaria* tem por objetivo a aplicacao do direito com o proposito de criar estabilidade social, ela deve estar *cognitivamente* vinculada aos *principios politicos* (liberdade, igualdade, solidariedade, dignidade, devido processo legal, entre outros) instituidos pela “moralidade politica democratica” (conjunto de diretivas deontologicas impostas em razao de uma politica pragmatica que delineiam a nocao de bem-estar no ambito de certa comunidade ligada ao regime politico democratico) de uma nacao, mesmo que para tanto realize no ato de aplicacao destes uma releitura conforme a sua *operacionalidade*. Cumprida tal condicao, dizemos ser esta *politica judiciaria* uma “politica adequada” – a qual enunciamos a partir de entao como “*politica judiciaria democratica*”. Suas principais missoes sao: (1) fazer uso nas decisoes juridicas dos *principios politicos constitucionais*; (2) delinear os significados de tais principios (ou *normas juridicas*); (3) propor procedimentos de aplicacao destes (procedimentos estes ausentes na nossa atual Constituicao); e, em decorrenca disto, (4) construir uma tradicao jurisprudencial, cuja caracteristica marcante e a coerencia (ou integridade).

Podemos, assim, provisoriamente, concluir que o “direito bem aplicado” e aquele que e instrumento da *boa politica judiciaria*, sem a qual nao podemos conceber o mundo que desejamos viver! Esta politica, e e importante que se diga isto, e a *politica judiciaria democratica*.

CAMINHOS POSSIVEIS PARA UMA POLITICA JUDICIARIA DEMOCRATICA NO BRASIL

Em linhas gerais, ate aqui, defendemos a tese de que no *Estado Democratico de Direito* a *politica judiciaria* deve se apresentar como *politica judiciaria democratica*. Uma politica judiciaria e democratica quando e norteada por principios que configuram a *Democracia*, como ja indicamos.

Em sentido procedimental, a *Democracia* pode ser entendida tambem como uma especie de projeto politico de governo do povo modelado por *principios institucionais de conteudo juridico e/ou politico e/ou moral*. Na

República Federativa do Brasil, enquanto *Estado Democrático de Direito*, estes princípios foram recepcionados pela nossa *Constituição Cidadã de 1988*: *dignidade humana* (Art. 1º, III), *onipotência popular* (“todo poder emana do povo” – Art. 1, § Único), *separação dos três poderes* (Art. 2º), *contraditório* (Art. 5, LV), *ampla defesa* (Art. 5, LV), *presunção de inocência* (Art. 5, LVII), *publicidade dos atos* (Art. 5, LX), entre outros.

O *princípio da onipotência popular* compõe certo núcleo básico (e invariável) do nosso regime democrático, a partir do qual são articulados outros alicerces políticos importantes, como o *direito ao voto* ou o *direito ao devido processo legal*, para citar apenas estes. Quando afirmamos que “todo poder emana do povo”, queremos dizer com isto que todo *poder* (executivo, legislativo ou judiciário) se origina da vontade da coletividade que anseia por bem-estar e, por conta disto, deve ser revertido em benefício da própria *comunidade política*. Isto só é possível quando as ações daqueles que são investidos de poder estão em conformidade com uma *tradição* (*modus operandi* criado ao longo do tempo e do espaço por membros de uma comunidade que estabelece parâmetros ao *modus vivendi* social) expressa (ou reconhecida) nos mais diversos meios: oralidade, textos filosóficos, textos sagrados, textos jurídicos, e assim por diante. A dinâmica do bem-estar depende da articulação de três tradições: a *tradição política*, a *tradição moral* e a *tradição jurídica*. Mas, aqui, esbarramos em um problema importante, a saber: há uma tradição política, moral ou jurídica consolidada no Brasil?

Não parece ser possível identificarmos, no presente momento, no nosso país, uma tradição moral, política ou jurídica de traços marcantes, fruto de uma reflexão paulatina que se estende por anos, como é possível, por exemplo, encontrarmos em sociedades mais antigas como a inglesa e a americana – a primeira marcada pelo utilitarismo, o parlamentarismo e o *common law* britânico e a segunda caracterizada pelo libertarismo, o presidencialismo e o *common law* americano. Por conta disto, importamos tradições de outros países como soluções aos nossos problemas, as quais foram concebidas a partir de um longo processo de tentativa e erro num dado tempo-espaço, observadas determinadas necessidades e interesses. Infelizmente, fazemos isto de forma grosseira, excessiva,

irresponsável e até mesmo retórica, sem realizarmos uma devida *antropofagia tupiniquim*, processo que julgamos imperioso a uma aplicação mais plausível destas na nossa realidade.

É fato que a nossa jovem sociedade está vivenciando o conturbado momento de formação da sua identidade (ou de sua tradição). Tanto é que é possível observarmos no nosso cotidiano um grande fluxo de valores (muito dos quais divergentes), de atitudes políticas suspeitas (atitudes egoístas que se camuflam na forma de troca de favores) e decisões jurídicas inconstitucionais ou contraditórias entre si (não há uma integridade jurisprudencial).

Seja como for, para aqueles que entendem que o direito deve ser corrigido por uma *moralidade* (ecológica, cristã, utilitarista *etc.*), surge o problema de aplicação de uma *multiplicidade instável de valores morais a serem adotados* e de *teorias éticas aplicáveis* como “solução segura” aos nossos casos jurídicos. O efeito danoso disto é a produção de decisões jurídicas subjetivistas e a arbitrárias,⁴ por mais paradoxal que isto possa parecer. Por outro lado, para aqueles que admitem que o direito deve ser tomado como um *sistema*⁵ independente (criado com o propósito de solucionar *lides* segundo as soluções que ele mesmo oferece), ou seja, que não pode ser corrigido por argumentos éticos (ou políticos, ou econômicos e, assim, por diante), desde que não recepcionados pelo próprio direito, existe o problema de identificar qual é a nossa *tradição jurídica* (ou a nossa *política judiciária*).

Por onde começar? É possível encontrarmos uma *tradição jurídica* nas decisões dos nossos supremos tribunais ou a partir da nossa *Constituição*? A *tradição* também pode ser entendida como uma *política* que se fixa ao longo do tempo e do espaço no consciente coletivo de dada sociedade. A *tradição*, em geral, é bem arquitetada por razões

4 Para citar um exemplo entre tantos possíveis na nossa atualidade: *video* julgamento do H.C. nº 126.292/ 2016. Ao julgar este *habeas corpus* o nosso Supremo Tribunal Federal entendeu que a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o *princípio constitucional da presunção da inocência*.

5 O termo “sistema” deve ser interpretado como sugere Luhmann (2011).

que justificam hábitos (ou práticas) avaliados como adequados à luz de circunstâncias e consequências num dado tempo-espaço. Ela pode vir a sofrer mudanças significativas quando um conjunto de justificativas mais contundentes supera aquelas que anteriormente a fundamentava, havendo assim a revisão de toda cadeia de crenças. A nossa *política judiciária*, neste sentido, deveria conferir as suas jurisprudências uma couraça capaz de resistir ao ataque de “argumentos mal fundamentados”. Um argumento pode estar mal fundamentado por vários motivos. Dentre os quais, destaquemos o erro de fundamento que consideramos o mais grosseiro: o caso em que o argumento jurídico não está pautado numa moral, em direitos ou em deveres expressos na *Constituição Federal*. Dentre outros aspectos, como a nossa *Carta Magna* vem sendo constantemente transgredida, não podemos dizer que conseguimos emplacar em nosso país uma *política judiciária democrática* (ou uma *tradição judiciária democrática brasileira*).

A *tradição*, evidentemente, não deve ser admitida como dogma, devendo ser constantemente avaliada, pois é imperativo que esta se coadune com as mudanças de interesses e de necessidades da comunidade política; caso contrário, ela perde a sua razão de ser: a sua função de integração e sustentação social. No caso Brasil, para entendermos melhor este ponto, citemos a nossa paradigmática passagem da ditadura para os tempos de *Democracia*. É sabido de todos que a *ditadura militar* durante o tempo que vigorou em nosso país forçou uma tradição de práticas e valores que foram superados com a instauração da nossa *Democracia*. Neste instante de ruptura, práticas antes consideradas saudáveis no regime de repressão (ditadura) – como práticas jurídicas de interpretação “contra a lei” (*contra lex*) ou de correção moral do direito – devem ser abandonadas no nosso atual *Estado Democrático de Direito*, mesmo que este esteja ainda em processo de maturação. Isto deve ocorrer porque estas práticas quando realizadas fora do contexto de um Estado de profundas injustiças sociais, como era o Estado brasileiro na época da ditadura, geram resultados terríveis como *políticas arbitrárias* e *decisões jurídicas subjetivas*. Há muito deliberamos que não desejamos práticas como estas, mas resta-nos ainda saber quais novas práticas devemos cumprir em terras

brasileiras. Eis um aspecto operacional que cabe ser elucidado por nossa *política democrática* e pela *política judiciária democrática*.

Um dos símbolos mais expressivos da nossa jovem democracia é, sem dúvida, a nossa *Constituição Federal*. Isto se deve ao fato de termos nela catalogado uma série de diretivas políticas que descrevem como idealizamos o nosso *Estado Democrático de Direito*, como já sugerido acima. Mediante o quadro de instabilidade moral, política e mesmo jurídica que enfrentamos no Brasil nos dias atuais, no final, dado o exposto, sugerimos o óbvio: que, em especial, a nossa *política judiciária* esteja vinculada (ou melhor, subordinada) à nossa *Constituição*. É bem verdade que esta *política judiciária democrática* inicia-se com o reconhecimento da *Constituição* como condição basilar para a legalidade e certa legitimidade, mas isto não significa dizer que esta se encerra com este devido reconhecimento, uma vez que lhe compete ainda estabelecer uma tradição intelectual capaz de propor processos seletivos de elaborações do meio – política, moral, economia *etc.* – que possam ser orientados por regras e decisões próprias do direito (sempre de cunho democrático). Este é o ponto! Enquanto estes dias de *legitimação procedimental* não chegam, sugerimos tão somente que as decisões jurídicas, mesmo aquelas consideradas atos inquestionáveis de boa vontade, de justiça ou de amor ao próximo, estejam subjugadas aos direitos e deveres constitucionais.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Política**. Tradução, introdução e notas de Mário da Gama Kury. Brasília: Ed.UnB, 1997.

_____. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Eudoro de Souza. *In: Os Pensadores*. V. 2. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

BOBBIO, N. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política. Tradução Marco A. Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2012.

LOCKE, J. Segundo Tratado do Governo Civil. In: **Os pensadores**. São Paulo: Nova Cultural, 1973.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Trad. Maria da Conceição Corte Real. Brasília: UNB, 1980.

_____. **Introdução à teoria dos sistemas**. Tradução Ana C. Arantes. Rio de Janeiro: Vozes, 2011.

PLATÃO. **O Banquete – Fédon – Sofista – Político**. Tradução e notas de José Cavalcante de Souza, Jorge Paleikat e João Cruz Costa. São Paulo: Nova Cultural, 1978. Coleção os Pensadores.

DELIMITAÇÃO DE COMPETÊNCIA ENTRE O ICMS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE E DO ISS DO MUNICÍPIO DE NATAL

Rui Paulino de Medeiros Sena¹

INTRODUÇÃO

O presente artigo foi desenvolvido com o objetivo geral de demonstrar conflito de competência, como exemplificar as operações mistas, discutir a atividade preponderante e quando não ocorre a bitributação nas competências das Gestões Públicas de arrecadações concomitantes do ICMS do Estado do Rio Grande do Norte e do ISS do Município de Natal, e o objetivo específico (RODRIGUES, 2013) pontuar o caso de prestação de serviços sobre organização de festas e bufê com fornecimento de comidas e bebidas. Assim, a problemática (LAVILLE, 1999) busca decompor conflitos de competência e demonstrar que não existe bitributação, mas tributação mista, sendo considerada a atividade preponderante do fato gerador do imposto a ser cobrado.

DELIMITAÇÃO DE COMPETÊNCIA ENTRE O ICMS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE E DO ISS DO MUNICÍPIO DE NATAL

A distinção essencial entre poder e competência consiste no fato de que o poder é uma expressão própria para designar a realidade. Diz respeito ao mundo do ser, daquilo que é, segundo os fatos, a realidade do

1 Pós-Graduado em Direito Tributário para Magistério Superior *latu sensu* – Especialização em Direito Tributário; Advogado, formado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco - FDE-UFPE; Historiador, formado em História pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – Bacharelado – CERES- UFRN. E-mail: ruipmsena@gmail.com.

mundo (REALE, 1994). O poder é a aptidão de fato para decidir e fazer valer as suas decisões, seja por meios ou formas. Já a competência é a expressão própria para designar a aptidão colocada pela norma jurídica. É algo que está no plano do dever ser (REALE, 1995). A competência é atribuição para fazer, dada pela lei a alguém. É poder jurídico, no sentido de poder que deve ser, maseventualmente pode não ser. Enquanto o poder é uma expressão da realidade, do fato, a competência é uma expressão jurídica, da norma.

O instrumento de atribuição de competência é a Constituição Federal, pois a atribuição de competência tributária faz parte da própria organização jurídica do Estado. Evidentemente, só às pessoas jurídicas de Direito Público, dotadas de poder legislativo, pode ser atribuída a competência tributária, posto que tal competência somente possa ser exercida através da lei (MACHADO, 2001). A competência tributária não pode ser por seu titular transferida a outra entidade, ainda que não exercitada nos moldes da Constituição.

O trabalho em tela busca mostrar a exceção, para que se possa esclarecer o momento que deve ser exigido o ICMS ou ISS. No caso das operações mistas, retira-se do montante sobre o qual incidiu o ICMS (MACHADO, 1997) sobre as mercadorias e bebidas, calculando-se apenas o valor da prestação de serviço como fato gerador do ISS pelo princípio da não-cumulatividade (SABBAG, 2005). Caso contrário, haveria o caso de bitributação, pois estaríamos cobrando ISS sobre os valores dos insumos já tributados pelo ICMS, não sendo permitido por lei. Por outro lado, deixamos bem claro que no caso da não previsão expressa na lei municipal da incidência do ISS, será o caso de incidir apenas o ICMS.

Dessa forma, para que haja incidência do ICMS em detrimento do ISS, segundo Carlos Roberto de Miranda Gomes e Adilson Gurgel de Castro em sua obra, Curso de Direito Tributário, reeditada pela Cooperativa Cultural da UFRN, basta excluir da competência do Município a incidência do ISS para que incida o ICMS, *in verbis*: “Por último, haverá incidência sobre o valor total da operação, quando mercadorias forem fornecidas com serviços não compreendidos na

competência tributária dos municípios (CF, art. 155, §2º, IX, a) e b)” (GOMES; CASTRO, 2005).

Assim, cabe à lista de serviços prevista na Lei Complementar 116/2013 (MARGIERI, 2003) definir o conceito de serviço com operações mistas, por conseguinte, eleger as atividades que estariam no raio de incidência do imposto municipal de acordo com os mandamentos da Constituição Federal, Constituição Estadual, para não padecer dos vícios de inconstitucionalidades.

Isso se deve pela atividade preponderante em relação à atividade acessória, o serviço de bufê é que deve ser tributado pelo Município de Natal e para os insumos (comida e bebidas) deve ser arrecadado o ICMS.

Temos nesse ponto um caso típico de dupla incidência, ISS pela prestação do serviço e ICMS no tocante à alimentação e às bebidas fornecidas juntamente com a prestação desse serviço. Contudo, com a ressalva capitulada como fato gerador do Imposto Sobre Serviços de organização de festas, recepções e bufê, do item 17.10, do art. 60, do Código Tributário do Município de Natal, Lei nº 3.882/1989, no que diz respeito ao material empregado como alimentação e bebidas como insumo para o serviço que fazem parte da prestação do serviço de bufê:

Art. 60 - Constitui fato gerador do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS a prestação de serviços, por pessoa física ou jurídica, com ou sem estabelecimento fixo, ainda que esses serviços não se constituam como atividade preponderante do prestador e, especialmente, a prestação dos seguintes serviços:

(...)

17.10 – Organização de festas e recepções; bufê (exceto o fornecimento de alimentação e bebidas, que fica sujeito ao ICMS);

(...).

O conceito de tributo nessa norma prevê a origem legal das duas hipóteses de incidência, com natureza vinculatoria e compulsoriedade dos dois impostos (AMARO, 2005). Para ilustrar e confabular, imaginemos que num restaurante sofisticado, poder-se-á especular a

“mão-de-obra de um chefe de cozinha internacional”, onde em tese prepondera uma prestação de serviço especial, pois o cliente estaria consumindo a prestação de um serviço de um chefe de cozinha que adquiriu conhecimento de receitas, “modo de fazer comidas”, por diversos lugares do mundo. No caso do município de Natal, em nome da taxatividade, aplicar-se-á ISS pela organização e recepção e o ICMS para o Estado do Rio Grande do Norte.

Por outro lado, num restaurante comum, como restaurante mais simples que comercialize “prato-feito”, ninguém haveria de entender que esse tipo de prato requer algum conhecimento especializado, será o caso de incidir apenas o ICMS, pela omissão expressa do legislador, aplicando-se a Súmula 163, do STJ: “O fornecimento de mercadorias com a simultânea prestação de serviços em bares, restaurantes e estabelecimentos similares constitui fato gerador do ICMS a incidir sobre o valor total da operação”.

Essa súmula sofre exceção em nossa legislação de Natal, como expressamente abordada pelo legislador no tocante à organização de festas e bufê. Caso tivesse previsto na lei apenas a prestação do serviço sem fazer qualquer ressalva na lista referida, operaria apenas a cobrança do ISS. Nessa norma como há uma exceção por verdadeira expressão legal, em que o legislador municipal admitiu a dupla incidência dos dois impostos, sendo que, para o cálculo do conjunto a ser cobrado o ISS, exclui-se o valor pago a título de ICMS ao Estado relativo ao fornecimento da alimentação e das bebidas.

CONCLUSÃO

O trabalho foi realizado com pesquisa em jurisprudência para dirimir dúvidas sobre bitributação, atividade preponderante e operações mistas na aplicação da legislação do ICMS do Rio Grande do Norte e o ISS do Município de Natal-RN. Após compulsar na lei e doutrina, defendemos a ressalva por exceção expressa na própria legislação municipal, art. 60, item 17.10, do Código Tributário do Município do Natal, que talha hipótese de incidência do fato gerador de ISS sobre

organização de festas e bufê, prevendo a possibilidade do recolhimento concomitante do ICMS sobre o fornecimento de alimentação e bebidas. Porém, a doutrina e alguns julgados defendem que deve prevalecer a atividade preponderante para que possa incidir apenas um tributo. E no caso em que não haja previsão expressa na legislação municipal, haverá, portanto, a incidência do ICMS sobre o valor total da operação das mercadorias fornecidas com serviços e não compreendidos na gestão tributária municipal.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 11.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 163. **O fornecimento de mercadorias com a simultânea prestação de serviços em bares, restaurantes e estabelecimentos similares constitui fatogenerador do ICMS a incidir sobre o valor total da operação**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='163'>>. Acesso em: 19 ago. 2016.

GOMES, Carlos Roberto de Miranda; CASTRO, Adilson Gurgel. **Curso de Direito Tributário**. 7. ed. Revista e Ampliada. Natal: Edição dos Autores, 2005.

LAVILLE, Christian; DIONNE, Jean. Problema e problemática. In: _____. **A construção do saber: metodologia da pesquisa em ciências humanas**. Tradução de Heloísa Monteiro e Francisco Settineri. Porto Alegre: Artmed; Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1999. p.85-102.

MACHADO, Hugo de Brito. **Aspectos Fundamentais do ICMS**. São Paulo: Dialética, 1997.

_____. **Curso de Direito Tributário**. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

MARGIERI, Francisco Ramos. **ISS: teoria, prática e questões polêmicas/ISSQN – Imposto sobre serviço de qualquer natureza**. 3. ed. rev. atual. ampl. nos termos da Lei Complementar n° 116, de 31.7.2003. Bauru-SP: EDIPRO, 2003.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. **Filosofia do Direito**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

RODRIGUES, André Figueiredo. **Como elaborar artigos**. 2.ed. São Paulo: Humanitas, 2013.

SABBAG, Eduardo de Moraes. **Direito Tributário**. 8. Ed. São Paulo: Premier Máxima, 2005.

REFLEXÕES ACERCA DA FORMAÇÃO DAS COLIGAÇÕES DENTRO DOS SISTEMAS ELEITORAIS BRASILEIROS E SUAS IMPLICAÇÕES PARA COM A RELAÇÃO ELEITOR-ELEITO NO PROCESSO SUFRAGISTA VIGENTE

Sebastião Caio dos Santos Dantas¹

Franco Bareze Silva Vital²

Felipe Nathanael de Medeiros³

INTRODUÇÃO

A pesar da grande variedade de sistemas eleitorais existentes, a democracia brasileira optou pela escolha dos seus parlamentares utilizando basicamente dois modelos de representação: o sistema majoritário e o proporcional.

Ao pensarmos neste tema, deparamo-nos com o questionamento de se o instituto das coligações partidárias é compatível com o que determina o parágrafo único do artigo 1º da Magna Carta de 1988, que estabelece “que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Ou seja, por intermédio das coligações partidárias, observa-se que parlamentares se elegem muitas das vezes com votos obtidos por outros parlamentares, incidindo assim uma distorção da soberania popular. Observe-se nesses termos que tal elemento caracteriza-se como uma distorção ao modelo criado e escolhido pelo legislador em representatividade ao poder emanado pelo povo.

1 Bacharelado em direito e Mestrando pelo Programa de Pós-Graduação em Serviço Social – Universidade Federal do Rio Grande do Norte. E-mail: profcaiodantas@hotmail.com

2 Bacharel em Direito – Universidade Potiguar. E-mail: franco_bareze@hotmail.com

3 Bacharelado em Direito – Centro Universitário UNIFACEX. E-mail: felipedosax@hotmail.com

Assim, o tema a ser abordado neste artigo objetiva analisar com base na doutrina e na jurisprudência as alianças político-partidárias nas eleições proporcionais e majoritárias de forma a verificar se estas ferem a soberania popular, já que o eleitor votando em um determinado candidato acaba contribuindo para eleger outro candidato pertencente à coligação. Portanto, pretende-se trazer uma reflexão crítica em torno do tema coligações partidárias, dentro da nova reforma política e o exercício pleno do sufrágio universal.

AS COLIGAÇÕES E A FIDELIDADE PARTIDÁRIA

As coligações surgem a partir das convenções partidárias e podem ser definidas como uma união de forças entre partidos para a obtenção de um fim comum, o maior número de eleitos no pleito.

A sua funcionalidade se encontra em constante divergência doutrinária. Uma corrente defende as coligações como uma forma de sobrevivência dos partidos de menor projeção, enquanto outra corrente condena-a ao entender que a coligação se caracteriza como a desfiguração a ideia central dos partidos e favorece a comercialização de legendas fugazes que perduram tão somente no período eleitoral, sendo meramente descartáveis.

A primeira corrente tem como um de seus principais defensores o deputado João Almeida, que na Comissão Especial da Câmara dos Deputados, sessão de 21.5.97 afirmou: “servem (as coligações) como instrumento de sobrevivência das minorias nas eleições”. Já o segundo raciocínio tem seus defensores Odyr Porto e Roberto Porto, que dizem: “As agremiações políticas de maior expressão podem elevar o seu número de candidatos aos cargos legislativos, se coligadas, ampliando o tempo de propaganda gratuita no rádio e televisão nas eleições majoritárias, sem a participação, portanto, daqueles partidos” (PORTO e PORTO, 1998, p.42).

De acordo com a Resolução nº 23.191/2009 do TSE, as coligações deverão ser tratadas como partido único e, por analogia, possuírem todas

as prerrogativas – direitos e deveres – que sejam cabíveis aos partidos individualizados.

A reforma eleitoral, lei nº 9.504/1997, traz a regulação das normas acerca das coligações e em seu artigo 6º, §4º expressa que só possuirá legitimidade para atuar de forma isolada o partido coligado que questionar a validade da própria coligação, entre a data da convenção e prazo final para impugnação de registro de candidatura.

A POLÊMICA DA VERTICALIZAÇÃO DAS COLIGAÇÕES

A verticalização é a regra que preceitua que os partidos devem seguir nos Estados a coligação nacional, nas eleições para presidente, posicionamento do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) até 2006. Contudo, com a Emenda Constitucional nº 52/2006 em uma inegável manobra política – como historicamente acontece – afirma Barros (2010), a regra de verticalização veio a padecer.

A polêmica se iniciou quando o TSE determinou a verticalização das coligações partidárias para as eleições de 2002 (consulta nº. 715/2001 que resultou na emissão das resoluções 20.993/2002 e 21.002/2002) ao interpretar o art. 6º da lei nº. 9.504/97 e entender que a circunscrição maior engloba a menor, assim sendo as coligações que forem formadas a nível nacional vinculam as uniões realizadas nos demais entes; portanto, na coerência ideológica e com o intuito de gerar um aperfeiçoamento do sistema político partidário. Assim asseverou a então ministra Ellen Gracie em seu voto na referida consulta.

Contudo, a decisão do TSE passou a ser questionada, através do STF e dos partidos políticos que em constante insatisfação pressionaram até conseguir destituir a verticalização por meio da mencionada Emenda Constitucional. O Supremo Tribunal Federal, por sua maioria, considerou inconstitucional, por se tratar de matéria interpretativa característica de ato normativo secundário.

O que o dispositivo impugnado limitou-se a dar interpretação ao art. 6º da lei nº. 9.504/97, caracterizando-se, portanto, como ato normativo secundário de natureza

interpretativa, de modo que os eventuais excessos do poder regulamentar da Resolução em face da lei nº. 9.504/97 não revelariam inconstitucionalidade, mas sim eventual ilegalidade frente à Lei ordinária regulamentada, sendo indireta, ou reflexiva, a alegada ofensa à CF, cuja análise é incabível em sede de controle abstrato de normas (BRASIL,2002, p. 01).

Com base nos apontamentos de Coelho (2010), a classe política, por sua vez, em total inquietação editou a PEC nº.04/2002 acabando com a obrigatoriedade da verticalização das coligações, a PEC foi promulgada com Emenda Constitucional em 08 de março de 2006 e alterou a redação do art. 17, §1º da CF/88, na qual acrescentou: “o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal”.

Lenza (2010) demonstra que a emenda supracitada é totalmente viciada por ferir a Constituição em sua cláusula pétreia do direito e garantia individual e princípio da segurança jurídica a violar o devido processo legal, não sendo respeitados o caráter nacional, coerência partidária e consistência ideológica – princípios dos partidos políticos.

A FIDELIDADE PARTIDÁRIA

A fidelidade partidária é um dos temas mais debatidos no âmbito eleitoral brasileiro. Conforme expõe Barreto (2009) em 04 de outubro de 2007, o STF entendeu que o instituto é princípio constitucional e sua desobediência gerará motivação para perda de cargo eletivo.

De início, a Constituição Federal, em seu art. 17, disciplinou-a como de relevância, deixando a critério dos partidos sua regulamentação em seus estatutos. Ocorre que pela falta de legislação que a limitasse, a desordem se instaurou por muito tempo no Brasil, sendo comum a troca de legendas.

Mudar de partido significa desvio ético-político justamente no conceito básico do partido político e seus filiados que devem ter caráter não subjetivo ao candidato, mas a ideologia e programa partidário.

Com base no exposto por Oliveira (2015), o que se tentou com a iniciativa do STF de depositar nas mãos dos partidos políticos a capacidade de dispor em seus estatutos sobre as causas de infidelidade partidária objetivou a garantia da autonomia e liberdade. Ocorre que em um país com o histórico de corrupção, quase que cultural, desde a chegada da coroa portuguesa até os escândalos de mensalão, o candidato tem seus valores totalmente avessos ao que se pressupõe do representante do povo. Busca-se mais a consolidação de sua personalidade midiática, a publicização de uma “marca” no meio social. Outro aspecto que merece espaço para discussão versa sobre o como os mesmos veem os eleitores. Nessa perspectiva, os indivíduos passam de cidadãos dotados de direito com acesso sufragista a indivíduos que fazem parte de um “curral eleitoral”, passando assim aos políticos a missão de “arrebatar eleitores” – ao invés de seguirem uma cartilha e ideologia partidárias a qual a eles pertence defendendo os interesses coletivos da parcela populacional a qual se filia.

Os próprios partidos passam a atuar no mercado eleitoral se submetendo aos interesses privados para garantirem sua presença na máquina governamental. O exemplo mais claro se dá com a prática do alistamento de pessoas de relevante popularidade social como seus candidatos para que através da vitória desses, o partido passe a possuir maior representatividade no poder.

CONCLUSÃO

Respondendo, então, ao questionamento que gerou o objeto de estudo deste periódico, sobre qual a explicação para o descrédito cada vez maior nos partidos políticos e alianças por estes formados, observa-se que a falta de ideologia, de seriedade programática, de atuação ética e moral de quadros internos e a falta de política de responsabilidade desses partidos se dão por causa das regras que determinam o acesso às vagas eletivas. Afastando-se as instituições político-partidárias de sua missão pedagógica junto às massas, caracterizando-se como uma das bases da formação do partido na democracia. Carreando consigo a

responsabilidade de dever-ser representantes de princípios e ideologias específicas.

Concluimos que na medida em que são aplicados os mecanismos dos quocientes eleitoral e partidário, o eleitor, por força do seu voto, acaba elegendo um candidato que muitas das vezes sequer conhece, maculando assim a real intenção do voto, tornando clara a afronta aos princípios balizadores do Estado Democrático de Direito no exercício do sufrágio universal.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Silvânia Coely Lira. **Fidelidade Partidária: Mandato pertence ao Partido**. 2009.52 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Potiguar, Natal, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo nº 264**. Brasília, DF, 19 de abril de 2002. Brasília: STF, 24 abr. 2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo264.htm>>. Acesso em: 21 jul. 2016.

_____. TSE. Resolução nº 21.002, de 15.3.2002. Relator Min. Garcia Vieira. Consulta nº 715-DF. Consulentes: Miro Teixeira e outros. **Revista de Jurisprudência do TSE**, vol. 13, n. 2, abr-jun 2002. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/hotSites/CatalogoPublicacoes/revista_eletronica/internas/rj_13_2/paginas/resolucoes/res21002.htm>. Acesso em 20 jun. 2016.

COELHO, Marcus Vinícius Furtado. **Direito Eleitoral e Processo Eleitoral**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA, Noelle; RODRIGUES, Léo; **Como funcionam as ligações partidárias**. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/noticias/politica/2013/07/como-funcionam-as-coligacoes-partidarias.htm>>. Acesso em: 21 jun. 2016.

PORTO, Odyr; PORTO, Roberto. Apontamentos À Lei Eleitoral 9.504/97. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

O PREÇO A PAGAR PELA CORRUPÇÃO AINDA COMPENSA?

Thiago Garcia⁴
Felipe Pereira de Medeiros⁵

INTRODUÇÃO

A corrupção existe e acompanha a humanidade há muito tempo. Data de 74 (a.C.) o relato do suborno pago por um cidadão romano ao conselho de sentença para que o absolvesse da acusação de assassinato. Mas a tentativa de coibir a corrupção é, por deveras, tão antiga quanto o Decreto egípcio de Horemheb, de 1.300 (a.C.), já previa a pena de morte aos juízes corruptos e a lei das XII Tábuas, de 450 (a.C.), foi uma das primeiras codificações legais a tratar das implicações penais da corrupção (ZANINI, 2014, p.22).

Como todo problema, entender o que incentiva o indivíduo a corromper-se é um caminho a percorrer em busca da solução. Este artigo se propõe a analisar, através de uma análise econômica, o que serve como incentivo à corrupção. Diante da quantidade monstruosa de ações corruptas amplamente divulgadas na mídia, questiona-se: por que tantos se dispõem a pagar o preço de ser pego na prática da corrupção?

Este trabalho utiliza uma metodologia dedutiva fundamentada em uma pesquisa explicativa com a finalidade de analisar a motivação racionalmente implícita na tomada de decisões que implicam em um

4 Acadêmico do curso de Ciências Contábeis da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. E-mail: felipepmedeiros@hotmail.com

5 B. Sc. em Ciências Contábeis pela Fundação Universidade do Tocantins, pós-graduando em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e acadêmico do curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. E-mail: thiago_garcia97@hotmail.com

proceder corrupto. Faz-se uso de uma corrente do pensamento jus-econômico de análise, a partir de pressupostos e métodos econômicos, verificando-se a hipótese de refrear ações corruptas por aumentar o custo de seu benefício. Procedimentalmente, esta é uma pesquisa bibliográfica de abordagem qualitativa.

ANÁLISE JUS-ECONÔMICA DO INCENTIVO À CORRUPÇÃO

A relação social como conhecemos hoje, ensina Rousseau, teve início a partir do momento em que um sujeito ao cercar um lote de terra se pôs a dizer: “Isto é meu”, encontrando pessoas suficientemente dispostas a lhe dar crédito. Para Rousseau (2005, p.27), a sociedade surge a partir da necessidade humana de proteger aquilo que imagina ser seu.

É esse o pensamento jusnaturalista e contratualista defendido pela corrente filosófica encabeçada por Hobbes, Locke e Rousseau. Para esses, o homem era absolutamente livre em seu estado de natureza. Porém, fora necessário uma imposição limítrofe dessa liberdade. Sendo essa imposta e necessária em virtude da racionalização efetivamente econômica da proteção da propriedade privada. Segundo Hobbes, a necessidade humana de acumular bens gerava instabilidade e conflitos. Sendo, portanto, demasiadamente oneroso o custo da exclusão de terceiros daquilo que se entendia como privado. Para superar essa condição, os homens, então, abriam mão de parte de seu poder, instituindo um poder maior e pleno, o poder do Estado, que era, por derradeiro, proprietário absoluto; assim, apenas por sua concessão e proteção, era garantido o direito de propriedade aos particulares (CABRAL, 2009, p.41-42).

Em suma, o que se pretende apontar é que a formação da sociedade civil teve como fundamento a necessidade de se ter eficiência econômica na proteção dos bens privados. Em algum momento na história, fora imprescindível que houvesse um equilíbrio entre o desejo humano de ter algo e o custo oneroso de proteger – excluir terceiros do usufruto – ao custo da força. Em algum momento, as pessoas firmaram um pacto social, com regras definidas sobre direitos e obrigações, designando um poder maior, o poder do Estado, para garantir o cumprimento desse

pacto por meio da força respaldada pela outorga coletiva. Isso possibilitou o desenvolvimento da sociedade, uma vez que o Estado passou a ter o ônus de proteger os bens privados e as pessoas o de respeitar os limites impostos pelo Estado(GARCIA;DANTAS, 2015, p.355).

O decurso do tempo não mudou o sistema patrimonialista em que se monta a nossa sociedade. Pelo contrário, o aperfeiçoamento das regras desse sistema desencadeou o que hoje conhecemos por sistema capitalista, instando-nos sempre a buscar o lucro, a vantagem. Para alguns especialistas, este é o combustível incentivador da corrupção: a busca ambiciosa pelo capital. Santos Dias, ao questionar os fundamentos capitalistas do mercado mundial, menciona que “a ética sucumbe ao lucro” (2015, p.105). Mas, não se engaja por um discurso socialista, como se este último sistema não sofresse do mesmo mal. Apenas questiona-se o incentivo e a resposta da sociedade através do Estado aos casos concretos de corrupção. Os humanos reagem a estímulos. De forma que entender o que incentiva o homem a se corromper é o caminho para solucionar o problema(ZANINI, 2014,p.35).

Um princípio da economia, a que chamamos de eficiência econômica é quando, por exemplo, procuram-se atalhos para encurtar o caminho ou diminuir os passos. Isso é natural.As pessoas tendem a fazer aquilo que lhes parece mais benéfico. Diante das muitas possibilidades, utilizamos um raciocínio lógico, atribuindo um valor econômico a cada uma das opções. Evidentemente, a racionalidade incentiva a escolhida opção menos onerosa(COOTER; ULEN, 2010, p.23-24).

Steven D. Levitt e Stephen J. Dubner caracterizam a corrupção como “um ato econômico: obter mais gastando menos”. Por isso, não são apenas os políticos ou grandes empresários que trapaceiam. É também aquela garçonne que não informa a gorjeta coletiva e o aluno “que cola” do colega vizinho para usurpar um rendimento que efetivamente não lhe é merecido(2007, p. 23, 28). Dessa forma, corromper-se ou não é uma questão de escolha.

Preocupados com isso, os autores Robert Cooter e Thomas Ulen trabalham pelo desenvolvimento de uma teoria econômica não pautada exclusivamente nos ideais econômicos de eficiência a qualquer

custo. Para esses, “as leis não são apenas argumentos arcanos, técnicos; elas são instrumentos para atingir objetivos sociais importantes” (2010, p.26). As decisões que tomamos são dotadas de valor econômico. Uma escolha racional tende a maximizar a utilidade das nossas decisões. Toda escolha racional envolve prévia análise dos custos e benefícios. A maximização da eficiência econômica se dá à medida que os benefícios superam os custos (p.35-74).

Um exemplo de como o mercado corporativo se utiliza da teoria econômica para maximizar o lucro é bem demonstrado pelo Professor de Filosofia Política da Universidade de Harvard, Michal J. Sandel. Ele relata que na década de 1970, o Ford Pinto era um dos carros mais vendidos dos EUA. Mas, tinha um grave problema de segurança. O tanque de combustível do automóvel estava sujeito a explodir em caso de colisão traseira. Mais de quinhentas pessoas morreram e outras tantas ficaram feridas em decorrência disso. Quando a empresa foi processada, veio a público que os engenheiros que projetaram o carro sabiam do defeito. Eles haviam feito uma análise econômica dos custos e benefícios de se fazer um recall em todos os automóveis já vendidos, tornando os carros mais seguros (equivalente a US\$ 137 milhões). Mas, também fizeram os cálculos relativos à quantidade de indenizações que, porventura, deveriam pagar as vítimas ou familiares das vítimas que ingressassem com uma ação judicial (equivalente a US\$ 49,5 milhões). A Ford “chegou à conclusão de que o custo de consertar o tanque não compensaria o benefício de um carro mais seguro” (2012, p.57-58).

Percebe-se que a análise econômica feita pela companhia foi o fator decisivo na decisão tomada. Por que esse exemplo é relevante? Cooter & Ulen afirmam que: “uma lei é uma obrigação apoiada por uma sanção estatal” (2010, p.25). Ora, se não havia uma sanção legal suficientemente capaz de incentivar a companhia a tomar uma atitude mais “social”, de fato, de um ponto de vista puramente econômico, ela agiu corretamente. A companhia avaliou a situação e escolheu o que lhe era mais benéfico.

Uma das teorias econômicas mais conhecidas e disseminadas é a teoria da demanda que consiste na satisfação do consumidor com

o mínimo comprometimento de suas posses. A lei da demanda, basicamente, consiste na relação inversamente proporcional entre preço e demanda. Sendo o preço, o qualificador necessário para designar a disposição do consumidor em adquirir o produto. Ou seja, à medida que o preço de um determinado produto diminui, a busca por esse produto aumenta, e vice-versa. De forma que a precificação do produto está inteiramente relacionada com quanto o consumidor se dispõe a pagar(-COOTER; ULEN, 2010, p.41-49).

Os economistas relacionam os efeitos das sanções legais no comportamento das pessoas quando preveem que as pessoas reagem às sanções impostas pelas leis da mesma forma que os consumidores reagem aos preços dos produtos. Os consumidores consomem menos dos produtos mais caros e mais dos mais baratos. Assim, as pessoas tendem a cometer menos ilícitos cujas penas sejam mais duras, por simplesmente não estarem dispostas a pagar o preço(COOTER; ULEN, 2010, p.25).

O ser humano reage a estímulos. Certamente, a garantia de baixo risco e alta lucratividade é um grande incentivo para o ingresso em qualquer negócio, seja esse lícito ou não. Ou seja, a quantidade de negócios ilícitos é diretamente proporcional à disposição do criminoso em pagar o preço. Isso significa que, agindo racionalmente, a pessoa que se envereda em uma negociação corrupta, chegou à conclusão, após uma análise econômica da situação, de que os benefícios de sua atitude criminosa compensam o eventual risco de ser pego e condenado(COOTER; ULEN, 2010, p.475).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Visto que as pessoas, em geral, estão engajadas em obter a vantagem ou lucro, escolhem fazer, portanto, o que lhes parece ser mais benéfico. Esta pesquisa partiu de uma análise econômica para apontar que as decisões que implicam em ações, mínimas ou não, são dotadas de valor econômico. Uma vez sendo a corrupção, também uma questão de escolha, temos que a corrupção é um ato econômico que consiste no princípio da eficiência econômica: obter mais gastando menos.

Assim, concluímos que corromper-se é uma questão de escolha que se dá baseando-se, o indivíduo, na maximização da utilidade: uma relação entre o custo e o benefício resultante de sua atitude corrupta. A análise econômica da corrupção atesta que as pessoas reagem às sanções legais como os consumidores reagem aos preços dos produtos. Ou seja, quando as pessoas se corrompem é porque não se sentem intimidadas pela sanção legal decorrente ou confiam na impunidade; estão dispostas a pagar o preço.

É imprescindível a melhora de mecanismos de fiscalização e, conseqüentemente, de punição aos corruptos. De imediato, isso tornará mais leal à concorrência comercial, uma vez que inibirá os agentes de ações corruptas e agraciará o empresariado honesto de equipolente competitividade. Ademais, uma punição efetivamente mais severa, não apenas legalmente garantida, mas efetivamente executada, restringirá a ação daqueles que não estiverem dispostos a pagar o preço da corrupção.

REFERÊNCIAS

CABRAL, Rodolfo de Carvalho. **Direito a terra e trabalho:** o movimento dos trabalhadores rurais sem terra e a crítica da estrutura fundiária brasileira. 207 f. Dissertação (Mestrado em Direito). – Programa de Pós-Graduação em Direito. – Centro de Ciências Jurídicas/FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2009.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia.** 5.ed. Tradução Luis M. Sander e Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010.

GARCIA, T.; DANTAS, T. K. S.. **Justificativa econômica do direito à propriedade intelectual sob a ótica econômica de Cotter&Ulen.** In: 6th ISTI (International Symposium on Technological Innovation), 2015, Aracaju, SE. 6th ISTI (International Symposium on Technological Innovation), 2015. v. 3.

LEVITT, Steven D.; DUBNER, Stephen J. **Freakonomics: o lado oculto e inesperado de tudo que nos afeta**. 7.ed. Trad. Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

ROUSSEAL, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. São Paulo: Martin Claret, 2005.

SANDEL, Michael J. **Justiça – o que é fazer a coisa certa**. 6.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANTOS DIAS, Maria da Graça dos. **Direito e pós-modernidade**. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/424/366>>. Acesso em: 11 out. 2015.

ZANINI, Juliano César. **Corrupção administrativa e mecanismos de controle externo: Discussão doutrinária principiológica**. 2014. 202 fls. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade do Vale do Itajaí, UNIVALI, Itajaí, SC, 2014.

POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS: UMA QUESTÃO PRINCIPIOLÓGICA

Tiago José de Souza Lima Bezerra¹

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 prevê no *caput* do artigo 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.”

Desta forma, percebe-se o quão fundamental é a adoção de ações por parte da coletividade e, principalmente, do Poder Público no sentido de garantir um meio ambiente equilibrado, seja através de leis ou por políticas públicas que garantam este direito para presentes e futuras gerações.

A constitucionalização do Direito e a maior preocupação com a coletividade, a partir da segunda metade do século XX, geraram uma maior atuação estatal no sentido de criar políticas públicas que protejam efetivamente o meio ambiente. A criação destas políticas públicas tem base implicitamente constitucional, utilizando como justificativa uma série de princípios, principalmente aqueles relacionados à questão da responsabilidade e da precaução.

Através das políticas públicas, o Estado deve concretizar este direito constitucional, mediante a utilização de medidas reais que criem obstáculos à degradação ambiental excessiva e possibilitem o desenvolvimento sustentável em todas as searas da sociedade.

¹ Graduando em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. E-mail: tiago.j15@hotmail.com

Neste sentido, tem-se o entendimento do Tribunal Regional Federal da 2ª Região:

DIREITO ADMINISTRATIVO, AMBIENTAL E PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. “LIXÃO”. IMPLANTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS. POSSIBILIDADE. SEPARAÇÃO DE PODERES. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. *ASTREINTES*.

[...]

3. Incumbe ao Judiciário compelir a administração a implementar políticas públicas de meio ambiente, para recuperar a área degradada, sem ofensa à separação dos Poderes. [...]

4. O direito fundamental ao meio ambiente equilibrado deve ser protegido pelo Poder Público e defendido pela coletividade, estando o agente poluidor obrigado, independente de culpa, a reparar os danos causados por sua atividade. Aplicação da Constituição, art. 225 e Lei nº 6.938/1981, arts. 3º, IV e 14, § 1º. Precedentes.

5. O princípio do poluidor-pagador obriga a todo aquele que interfere nocivamente a promover, às suas expensas, a recuperação ambiental, adotando medidas preventivas, acorde ao princípio da solidariedade intergeracional, o que também atende aos objetivos da Lei nº 12.305/2010, que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos, fixando o prazo já vencido de quatro anos para a disposição final ambiental adequada dos rejeitos.

[...]

(TRF-2 - AC: 200650030001363 RJ, Relator: Desembargadora Federal Nizete Lobato Carmo, Data de Julgamento: 20/10/2014, Sexta Turma Especializada, Data de Publicação: 03/11/2014; grifo nosso).

O Direito Ambiental surge como uma nova área de pesquisa do Direito, carecendo ainda de estudos mais aprofundados, tendo em vista a gama de discussões que este tema tem levantado nas últimas décadas e a grande preocupação que cerca o homem na sociedade contemporânea

de preservar o meio ambiente, garantindo o desenvolvimento sustentável, a boa qualidade ambiental e a preservação para as futuras gerações. A adoção de políticas públicas nesta área é consequência desta preocupação global.

Atribuir um conceito ao termo “meio ambiente” é uma tarefa complexa, especialmente pela abrangência que este termo possui e pela complexidade de limitá-lo a uma única área, tendo em vista que ele é objeto de estudo das mais diferentes ciências, tais como o Direito, a Ecologia, a Geologia, a Sociologia e a Biologia. O nosso legislador trouxe explicitamente uma definição para o termo, porém restrita apenas ao âmbito físico, químico e biológico.

Nos termos do inciso I do artigo 3º da Lei nº 6.938/1981, “entende-se por 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.” Silva (2002, p.20) assim define: “o meio ambiente é, assim, a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas.” Aqui, percebe-se a visão holística inserida no conceito, em que existe uma interação não só entre elementos naturais, mas também abrange os artificiais e culturais. Destaca-se, também, a busca pelo desenvolvimento equilibrado, principal objetivo das políticas públicas ambientais.

Nem sempre será possível evitar a degradação ambiental. Além disso, o meio ambiente é um bem de uso comum da sociedade; logo, sua degradação atinge toda a coletividade, desde os que produzem até os que consomem, e todos são responsáveis, direta ou indiretamente, pela sua preservação e, inclusive, pela própria degradação. É nesse contexto que surge o princípio do poluidor pagador e da responsabilidade.

A QUESTÃO PRINCIPIOLÓGICA

No estudo dos princípios do Direito Ambiental, têm-se os princípios da precaução e prevenção, relacionados entre si e ligados à busca direta pelo equilíbrio ambiental e desenvolvimento sustentável, sendo

muitas vezes associados doutrinariamente a um só princípio. Apesar da relação entre eles, apresentam características singulares que se complementam. Ambos os princípios estão ligados à adoção de políticas públicas, buscando evitar a degradação e o risco da poluição, sendo estes riscos já conhecidos (prevenção) ou desconhecidos (precaução).

O princípio da precaução visa a proteger o meio ambiente de um possível dano, de forma genérica, mesmo quando este ainda é desconhecido e independente de certeza científica comprovada. Tem-se aqui a questão da potencialidade do risco.

Em contrapartida, o princípio da prevenção está relacionado a um dano concreto, e não a um potencial abstrato. Aqui, conhece-se o risco, e sabe-se exatamente quais danos determinada ação pode causar. Destaque ao entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO. AMBIENTAL. EMPREENDIMENTO COM POTENCIAL DE DANO AMBIENTAL. ATERRAMENTO DE RECURSOS HÍDRICOS. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. Em se tratando de Direito Ambiental, mister atentarmos aos princípios aplicáveis à espécie, mormente da **precaução** e da **prevenção**. Embora ambos objetivem a proteção do meio ambiente, **diferem** porquanto este último é aplicável quando houver **conhecimento científico dos riscos ao meio ambiente**, ao passo que o primeiro, de origem alemã, se aplica na **inexistência de certeza científica quanto ao dano e à sua extensão**. Grosso modo, a **prevenção** se dá ante **perigo concreto, conhecido**, enquanto a **precaução** ocorre diante de **risco potencial**. Inexistente nos autos prova da existência de margem segura de exploração. Destarte, somente após a perícia técnica é que será possível conhecer a área segura para exploração, afastando-se o potencial risco ambiental, de modo que, por ora, permanece a situação de incerteza a atrair incidência do princípio da precaução. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. UNÂNIME.

(TJ-RS - AI: 70061893921 RS, Relator: Laura Louzada Jaccottet, Data de Julgamento: 25/03/2015, Segunda

Desta forma, o princípio da prevenção age de forma semelhante à precaução, porém especialmente quando os riscos já são conhecidos e previstos. Sua aplicação é de fundamental importância, tendo-se em vista que nem sempre é possível a reparação dos danos ambientais. Conforme Farias (2007, p.54), “de fato, é melhor para o meio ambiente que o dano ambiental nunca ocorra do que ele ocorrer e ser recuperado depois”.

A utilização dos recursos ambientais para fins pessoais e econômicos gera um ônus que não deve ser suportado por toda a população, já que o ambiente é um bem coletivo e não é justo que uma sociedade inteira pague pelo seu uso quando, na verdade, estes custos não lhe pertencem. Assim sendo, o indivíduo poluidor (como também o Estado através das políticas públicas) deve assumir os gastos da sua ação, tanto no sentido de prover os instrumentos necessários à prevenção/precaução, como assumir o risco e a responsabilidade caso não consiga evitar a poluição, devendo, de alguma forma, restituir o meio ambiente e a coletividade pelos danos causados. Aqui se insere o princípio do poluidor pagador.

De acordo com o § 3º do artigo 225 da Constituição Federal: “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.” É importante destacar que o objetivo do princípio do poluidor pagador não é garantir um “direito de pagar para poluir”, mas buscar uma internalização de custos na atividade ambiental com foco na prevenção. Caso a prevenção não seja capaz ainda de evitar o dano, tem-se a reparação e possível responsabilidade. A responsabilidade civil, neste caso, é objetiva. Nos termos do § 1º do artigo 14 da Lei nº 6.938/1981:

Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua

atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Ambiental é um ramo do Direito que tem crescido muito nas últimas décadas, e a imposição de princípios é fundamental para proteger o bem de uso comum do povo, previsto constitucionalmente. Deve-se buscar o equilíbrio ecológico e legitimá-lo juridicamente. A precaução e prevenção devem guiar toda e qualquer atividade que gere alterações dos recursos naturais, tornando a exploração ambiental uma atividade lícita e regulamentada. Surge o princípio do poluidor pagador como uma forma de internalizar os custos da atividade poluidora, já que se deve tratar o meio ambiente como um bem jurídico indisponível. Aquele que polui, deve pagar por isso, não levando as externalidades negativas até a população. Este último princípio jamais deve ser entendido como uma brecha para se “comprar o direito de poluir”, já que os investimentos buscam justamente atenuar os danos ambientais e atribuir um preço a este ônus.

O Estado deve criar políticas públicas ambientais baseadas nestes princípios, já que é função de todos buscarem um meio ambiente equilibrado, evitando-se ao máximo qualquer espécie de dano. A adoção destas medidas não libera o poluidor da responsabilidade, estando ele sujeito a esta no caso da atividade degradante independentemente de culpa.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. In: VadeMecum. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **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. Diário Oficial da União,

Brasília, 02 set. 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em: 21 jul. 2016.

_____. TJ-RS. **AI: 70061893921 RS**. Relator: Laura Louzada Jaccottet. Data de Julgamento: 25/03/2015. Segunda Câmara Cível. Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 02/04/2015.

_____. Tribunal Regional Federal – 2ª Região. **AC: 200650030001363 RJ**. Relator: Desembargadora Federal Nizete Lobato Carmo. Data de Julgamento: 20/10/2014. Sexta Turma Especializada. Data de Publicação: 03 nov. 2014.

FARIAS, Talden Queiroz. **Direito Ambiental**: tópicos especiais. João Pessoa: Editora Universitária, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.