

Revista

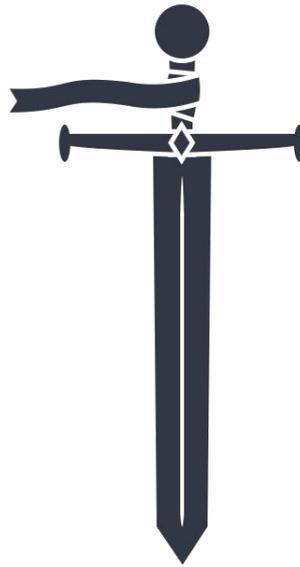
DIREITO DIÁRIO

FORTALEZA, VOL. 3, N.5, NOVEMBRO/DEZEMBRO 2020 | ISSN Nº 2595-1408



EDITORA DIREITO DIÁRIO
www.direitodiario.com.br

REVISTA DIREITO DIÁRIO



ISSN 2595-1408

Fortaleza

Vol. 3, n. 5, nov/dez. 2020



EXPEDIENTES

Revista Direito Diário
Direito Diário Jurídico Editora Ltda.
Rua Norvinda Pires, nº 60, Aldeota
CEP: 60150-280 – Fortaleza, CE
contato@direitodiario.com.br
direitodiario.com.br

Copyright © 2020

Direito Diário Jurídico Editora Ltda.

Todos os direitos reservados e protegidos.

Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte.



DIREITO DIÁRIO

Revista Direito Diário da Direito Diário Jurídico Editora Ltda.
Vol. 3, n. 5 – nov/dez. 2020 (bimestral).

EQUIPE EDITORIAL

Bianca Gabrielle Collaço
Ingrid Carvalho Bezerra
Rafael Aguiar Nogueira e Franco
Victor Hugo Camilo Silva Zanocchi

CONSELHO EDITORIAL

BIANCA GABRIELE COLLAÇO

Pós-Graduada em Direito Tributário. Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Ceará (2015). Advogada.

CARLOS CÉSAR SOUSA CINTRA

Professor de Graduação e de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará e do Centro Universitário Chistus. Doutor (2005) e Mestre (2000) em Direito do Estado – sub-área: Direito Tributário – pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-Graduado em Direito Público (1997) e em Direito Constitucional (1997) pela Universidade de Fortaleza. Advogado.

FELIPE LIMA GOMES

Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Doutor (2015), Mestre (2012) e Bacharel (2009) em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Ex-professor da Universidade de Fortaleza.

INGRID CARVALHO BEZERRA

Pós-Graduada em Direito Administrativo e Licitações pelo Instituto Prominas (2019). Pós-Graduada em Direito Empresarial pela Faculdade Legale. Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Ceará (2017). Advogada.

NADJA PONTE NOGUEIRA

Mestra pela Universidade de São Paulo em Direito Internacional Privado (2020). Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Ceará (2016). Presidente e Consultora da Arg. Consultoria em Argumentação e Persuasão. Advogada.

RAFAEL AGUIAR NOGUEIRA E FRANCO

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (2017). Diretor Conselheiro do Grupo de Estudos em Direito e Assuntos Internacionais, programa vinculado à Universidade Federal do Ceará; Diretor Administrativo da Arg. Consultoria em Argumentação e Persuasão. Advogado.

STEPHANE HILDA BARBOSA LIMA

Pesquisadora do Centro de Ensino, Pesquisa e Inovação da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas - SP. Mestre (2018) e Bacharel (2015) em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Especialista (2016) em Direito e Processo Tributário. Membro emérito da Sociedade de Debates da UFC. Professora e Advogada.

VICTOR HUGO CAMILO SILVA ZANOCCHI

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (2017). Procurador do Município de Itirapina – SP. Pós-Graduado em Direito do Trabalho e Direito Ambiental pelo Instituto IBRA (2019). Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio (2020).

WILLIAM PAIVA MARQUES JÚNIOR

Professor Adjunto do Departamento de Direito Privado da Universidade Federal do Ceará. Doutor (2016) e Mestre (2009) em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Assessor de Legislação e Normas da Pró-Reitoria de Gestão de Pessoas (PROGEP) da Universidade Federal do Ceará. Advogado.

Revista Direito Diário

Direito Diário. – v.3, n.5 (nov./dez. 2020). – Fortaleza: Direito Diário, 2020.

Bimestral

ISSN 2595-1408

1. Direito – Periódicos. Direito Diário.



APRESENTAÇÃO

A Equipe Direito Diário tem a honra de apresentar mais uma edição da Revista Direito Diário, uma publicação acadêmica com periodicidade bimestral, criada para expandir e difundir conhecimento jurídico.

O Direito Diário, criado em 2015, é um portal jurídico virtual que tem como objetivo a disseminação de informações e conhecimentos jurídicos. Por meio de variados tipos textuais, a Equipe Direito Diário traz constantemente notícias, artigos de opinião, artigos científicos e dicas sobre as principais temáticas do mundo Jurídico.

Por intermédio da plataforma virtual, deparou-se com a democratização do acesso ao conhecimento, sendo possível abranger as diversas áreas jurídicas, conforme o interesse de cada colaborador.

O Direito é o meio pelo qual o Estado organiza a sociedade, então, entendemos por bem desenvolver uma ferramenta online na qual fosse possível inserir pessoas, dos mais variados contextos sociais, na realidade jurídico-social brasileira. Outro ponto que impulsionou o nascimento do Direito Diário foi o desafio constante de se manter bem informado sobre os principais acontecimentos jurídicos.

No intuito de ampliar os horizontes do projeto, é lançada a Revista Direito Diário. A partir da publicação desse periódico jurídico, o Direito Diário avança mais um passo na concretização do seu ideal: promover o desenvolvimento de ideias e a disseminação do conteúdo jurídico, com mais seriedade e compromisso, a fim de contribuir para o crescimento da sociedade e para o crescimento do próprio Direito como ciência.

O periódico publica artigos, resenhas e monografias (nacional ou internacionalmente) com as mais diversas abordagens teóricas e metodológicas, incluindo artigos transdisciplinares, de pesquisa aplicada ou que se enquadrem nos campos de pesquisa Direito e Desenvolvimento (*law & development*), Direito e Sociedade (*law & society*), Direito e Meio Ambiente (*law & environment*), e Direito e Economia (*law & economics*). Ademais, recebe trabalhos sobre Direito nacional, internacional e global; Teoria, Sociologia, Filosofia e História do Direito; e sobre ensino jurídico.

Também é possível ter acesso ao nosso conteúdo por intermédio do nosso endereço eletrônico (direitodiario.com.br).

Boa leitura a todos e todas!

Bianca Gabriele Collaço¹

Rafael Aguiar Nogueira e Franco²

¹ Pós-Graduada em Direito Tributário. Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Ceará (2015). Advogada.

² Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (2017). Diretor Conselheiro do Grupo de Estudos em Direito e Assuntos Internacionais, programa vinculado à Universidade Federal do Ceará; Diretor Administrativo da Arg. Consultoria em Argumentação e Persuasão. Advogado.



SUMÁRIO

A transformação do Estado Social no Estado Penal	8
<i>Ana Luísa Rocha Delfino</i>	
A visão dos Tribunais Superiores sobre a autoria no delito do art. 2º, I da Lei n.º 8.137/90	27
<i>Bernardo Raposo Vidal</i>	
Os desafios da empresa contemporânea no mundo pós-pandemia: a aplicação do princípio da solidariedade como ponto de equilíbrio entre a ordem econômica e a preservação do meio ambiente	46
<i>Oton Fernandes Mesquita Junior</i>	



A TRANSFORMAÇÃO DO ESTADO SOCIAL NO ESTADO PENAL

Ana Luísa Rocha Delfino*

Sumário: 1. Introdução; 2. A substituição do Estado Social pelo Estado Penal; 2.1. A burocracia como aliada da punição; 2.2. Os negros como principais alvos e a lucratividade do Estado Penal; 3. Sistema Prisional Brasileiro; 3.1. O perfil do preso brasileiro; 3.2. A realidade das prisões; 3.3. Educação como precursora da igualdade social; 4. Adaptação Do Direito Penal À Realidade Social; 4.1. A finalidade do Estado Penal; 5. Considerações finais; 6. Referências.

RESUMO

O artigo trata da transformação do Estado Social em Estado Penal, tendo por modelo de análise o Welfare State, nos Estados Unidos, e seu desmonte no final do século XX, ao tempo em que ocorre uma série de transformações na legislação criminal e na política carcerária americana, a partir dos estudos de L. Wacquant. Analisa de maneira crítica o argumento da dependência dos assistidos e do desestímulo ao trabalho como efeitos do Welfare, em face da precarização do mercado de trabalho americano. Esse Estado de workfare não visa a reduzir a pobreza, mas busca apenas diminuir a visibilidade dos pobres na paisagem cívica. Verifica a contribuição do tratamento midiático dado à violência urbana para a formação de um sentimento de “guerra contra os pobres”, contribuindo também para o aumento de gastos públicos e privados no setor de segurança. Investiga as novas formas penais e penitenciárias instaladas, como a criminalização de práticas de sobrevivência até então toleradas, como pequenos comércios de rua, e a intensificação do policiamento repressivo dessas práticas. Comparativamente, examina o recrudescimento da população carcerária no Brasil e investiga sua relação com políticas públicas de assistência social e educação das camadas mais atingidas pela criminalização da pobreza, realizando uma pesquisa de dados sobre o perfil do preso brasileiro e sobre a realidade e as condições carcerárias. Constata que o sistema de privação à liberdade não gera impactos significativos na redução da criminalidade em longo prazo, mas significa aumento da dificuldade de acesso a oportunidades, estabelecendo uma roupagem de inclusão social e trabalhista, na realidade tendo o efeito inverso, além de manter a classe marginalizada da sociedade nos postos de trabalho sub-remunerados, sem benefícios ou garantias, reduzindo as expectativas individuais de crescimento e mudança de vida.

Palavras-chave: Estado Social. Estado Penal. Política Carcerária Americana. Criminalização da Pobreza. Realidade e Condições Carcerárias.

*Advogada com atuação preponderante na esfera pública. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará – UFC (2014 - 2018). Pós-graduanda em Direito Público na Faculdade Legale e em Educação para Cidadania no Instituto Federal de Goiás - IFG. Graduada em Gestão de Políticas Públicas na Universidade de Brasília - UnB. Integrante da Comissão de Direitos Humanos da Ordem dos Advogados do Brasil da Seccional do Distrito Federal - OAB/DF.

ABSTRACT

The article deals with the transformation of the Social State into a Criminal State, using the Welfare State in the United States as a model of analysis, and its dismantling at the end of the twentieth century, at the same time as a series of transformations in criminal legislation and in prison policy occurs from the studies of L. Wacquant. It critically analyzes the argument of the dependence of the assisted and the discouragement to work as effects of Welfare, in face of the precariousness of the American labor market. This workfare state does not aim to reduce poverty, but seeks only to reduce the visibility of the poor in the civic landscape. It verifies the contribution of the media treatment given to urban violence to the formation of a feeling of “war against the poor”, also contributing to the increase in public and private spending in the security sector. It investigates the new criminal and penitentiary forms installed, such as the criminalization of survival practices hitherto tolerated, such as small street businesses, and the intensification of repressive policing of these practices. Comparatively, it examines the recrudescence of the prison population in Brazil and investigates its relationship with public policies of social assistance and education of the strata most affected by the criminalization of poverty, conducting a data survey on the profile of the Brazilian prisoner and on the reality and conditions of prison. Notes that the system of deprivation of liberty does not generate significant impacts in reducing crime in the long term, but it does increase the difficulty of accessing opportunities, establishing a guise of social and labor inclusion, in reality having the opposite effect, in addition to maintaining the marginalized class of society in underpaid jobs, without benefits or guarantees, reducing individual expectations of growth and life change.

Keywords: Welfare State. Criminal State. American Prison Policy. Criminalization of Poverty. Reality and Prison Conditions.

1 INTRODUÇÃO

Muito se diz sobre a criminalidade e como revertê-la na atualidade, assunto que consta indispensavelmente nas pautas de discussão de diversos países que procuram encontrar soluções, muitas vezes pela criação de novas punições como uma tentativa de atingir sua redução. Os países estão cada vez mais intensificando seus gastos com o sistema prisional e aumentando sua massa carcerária como instrumentos ou políticas voltadas ao controle e redução de seus índices.

Um país considerado como modelo por seu sistema prisional é os Estados Unidos, que vem servindo como referência a países europeus e latino-americanos. Porém a realidade difere do que é estampado diariamente pela mídia e utilizado em campanhas político-partidárias, que se apoiam no discurso sobre a segurança e a necessidade de intensificação de políticas penais. As transformações configuradas pela burocratização do sistema carcerário e a privatização dos serviços evidencia, entretanto, que a população carcerária cresce juntamente com as desigualdades sociais e a pobreza.

Com o Estado Social em crise pelo questionamento dos fundamentos e efeitos do Welfare State, o Estado Penal encontrou espaço para consolidar-se e tornou-se símbolo do novo modelo de gestão da criminalidade, em que os princípios da igualdade e bem estar são sopesados com o da punibilidade, sendo que o último se sobrepõe sobre os outros.

Esse trabalho procura sintetizar a realidade prisional norte americana e sua influência sobre o resto do mundo, de maneira que ocorra uma descaracterização da imagem presente no imaginário da população entorno desse sistema, apresentando as consequências reais desse modelo opressor e descomprometido com os indivíduos marginalizados dentro da sociedade. No Brasil, por exemplo, a massa carcerária está se expandindo de forma extraordinária e assustadora, tendo por motivo a ausência de políticas sociais efetivas e a carência de investimentos na educação.

Dados coletados, seja no sistema carcerário americano como no brasileiro, mostram a forte e clara discriminação racial como resíduo do período de escravidão, que demonstra a desigualdade eminente e a diferenças de oportunidades apresentadas para esse grupo marginalizado pela sociedade. Os agressores sexuais também são alvos dessa nova forma de estado, o que será analisado resumidamente durante o artigo.

2 A SUBSTITUIÇÃO DO ESTADO SOCIAL PELO ESTADO PENAL

Os Estados Unidos possuem uma história repleta de conquistas e méritos surpreendentes, o que os colocam como um exemplo para os outros países que se espelham em suas políticas e transformações. Com um exército composto por 1,4 milhão de soldados e um orçamento que gira em torno de 577 bilhões de dólares (RUIC, 2015), podemos encontrá-lo em 1º lugar no ranking de maior potência militar do mundo. Ocupam essa posição também dentre outro ranking que não é tão interessante assim: o de maior população carcerária. Possuindo 2,24 milhões de indivíduos encarcerados, o que representa 716 para cada 100 mil habitantes (DEARO, 2013), pode-se constatar que esse número é superior ao exército americano, o que o torna mais espantoso.

Os Estados Unidos apresentaram mudanças significativas em suas políticas nos últimos 40 anos, o que acarretou esse aumento hiperbólico de presidiários, havendo uma substituição do estado assistencial pelo estado punitivo. Os programas sociais, que buscavam reduzir as desigualdades e reduzir a pobreza, foram deixados de lado e tiveram seus orçamentos revertidos para as novas e inovadoras transformações do estado penal.

Os programas assistenciais não logravam êxito em suprir as reais necessidades dos indivíduos. Porém, mesmo sendo uma forma irrisória de ajuda, foram uma maneira de o governo compensar a falta de um modelo estatal de suporte para educação e saúde e uma tentativa de reduzir as desigualdades criadas pelo próprio sistema. Porém, o governo passou a acolher um novo discurso, embasado em ideias proclamadas pela mídia juntamente com a população de classe média, que passou a enxergar nesses programas sociais uma dependência dos assistidos por tais. Assim, passou-se a disseminá-las com a visão de que esse auxílio seria uma maneira de custear pessoas desinteressadas em trabalhar ao preço da mão de obra trabalhadora ativa e pagadora de impostos, como se os valores assistenciais pudessem manter um padrão de vida aceitável sem exigir um trabalho a parte.

A mudança do foco das políticas públicas do estado norte-americano não foi apenas crucial para o cenário atual do sistema prisional, como foi causa de grande parte da desigualdade social vivenciada dentro do país. A redução das oportunidades para os mais pobres os leva a optar por um trabalho desqualificado atender as condições de ingresso nos programas custeados pelo Estado:

Essa política chegou a tal ponto que a “guerra contra pobreza” foi substituída por uma guerra contra os pobres, transformados em bodes expiatórios de todos os grandes males do país e agora intimados a assumir a responsabilidade por si próprios, sob pena de se verem atacados por uma batelada de medidas punitivas e vexatórias, destinadas, se não a reconduzi-los ao estreito caminho do emprego precário, pelo menos a minorar suas exigências sócias e, por conseguinte, sua carga fiscal. (WACQUANT, 2013, p. 96)

Serão analisados que aspectos se colocam para burocratizar esse sistema, como exigências para ingresso e permanência nos programas de auxílio, bem como no próprio sistema prisional.

2.1 A burocracia como aliada da punição

Com essa nova ideia sendo estampada na mídia e utilizada como argumento em campanhas políticas em favor do aumento da segurança, tornaram-se cada vez menores os valores destinados para os programas de auxílio, sendo tais valores revertidos em orçamento para construção de novas penitenciárias. Nessas condições, o indivíduo precisa está submetido ao trabalho, mesmo sendo este desumano, sendo mal pago ou com carga horária excedente.

Dentre as novas exigências dos programas de auxílio encontram-se a de que o indivíduo deve aceitar qualquer emprego, independente da remuneração ou condições de trabalho, para poder continuar cadastrado nos programas, acarretando também em uma redução do valor concedido, o que coloca muitas pessoas abaixo da linha da pobreza mesmo estando empregada e recebendo assistência, pois ambos não são suficientes para arcar com as despesas familiares:

A insuficiência e a ineficácia dos programas de trabalho forçado são tão patentes quanto seu caráter punitivo. Embora esses programas sejam periodicamente saudados como o remédio miraculoso contra a epidemia da “dependência” que, dizem, aflige os pobres estadunidenses, nenhum deles jamais permitiu que mais do que um punhado de participantes escapasse da miséria. (WACQUANT, 2013, p. 111)

Mantendo a mesma linha de pensamento, Wacquant (2013, p. 112) continua:

Na melhor das hipóteses, esses programas substituem a “dependência” de programas estaduais existentes pela “dependência” em relação a padrões superexploradores, nas franjas do mercado de trabalho, suplementada por frágeis redes familiares e pelo comércio ilegal de rua, onde é acessível, uma combinação que, na prática, garante a continuação da pobreza. (WACQUANT, 2013, p. 112)

Assim tem-se a transformação do *welfare state* (bem estar) no *workfare*, neste em que o indivíduo é acolhido pelo mercado de trabalho de maneira precária e em sua maioria, temporária, em que Wacquant (2013, p. 112) aborda de maneira elaborada em seu livro e nele afirma que o *workfare* não visa a reduzir a *pobreza*, mas busca apenas diminuir a *visibilidade dos pobres na paisagem cívica*. Assim, o sistema priva a liberdade individual de escolha e de acesso a melhores oportunidades, estabelecendo uma roupagem de inclusão social e trabalhista, sendo que na realidade ocorre o inverso, em que se mantém a classe marginalizada da sociedade nos cargos sub-remunerados e com baixas exigências, reduzindo as expectativas individuais de crescimento e mudança de vida.

Com novos requisitos para serem atendidos pelos que procuram a ajuda do governo, diminuiriam os que conseguem entrar nos programas, o que fez com que muitos necessitados ficassem largados e abandonados pelo Estado:

Afora isso, as famílias desprovidas ainda têm de batalhar para conseguir receber ajuda à qual têm direito. A segunda técnica de contração do Estado caritativo não é orçamentária, mas sim administrativa. Ela consiste em multiplicar os obstáculos e requisitos burocráticos impostos àqueles que solicitam os benefícios, de modo a desencorajá-los ou eliminá-los (ainda que temporariamente) das listas dos

beneficiários. Sob o pretexto de identificar os abusos e dificultar a vida dos “fraudadores”, os escritórios de auxílio social multiplicaram os formulários a preencher, o número de documentos a fornecer, a frequência dos controles e os critérios de reavaliação periódica dos dossiês. (WACQUANT, 2013, p. 98)

Essa burocratização também atingiu os presidiários e os que buscam sair dessa condição. Inclusos dentro do regime prisional, as questões burocráticas passaram a impedir a saída real do sistema, aumentando o tempo das penas e inserindo requisitos para estender a condicional e, ainda, dificulta-la, deixando-os por um longo período sob vigilância do governo durante e após sua estada prisional. Com toda essa burocracia, somam-se às inovações tecnológicas que passaram a disponibilizar as fichas dos criminosos online, o que torna mais difícil o retorno dos ex-presidiários ao mercado de trabalho.

O ex-detento, apenas por possuir esse status em seu histórico, pois não se pode omitir em seu currículo o fato criminoso, naturalmente encontra dificuldades para se encaixar em um emprego e para ser reinserido na sociedade, além de pouca ou praticamente nenhuma assistência financeira para o retorno desse indivíduo as necessidades diárias custeadas de maneira própria. Todos esses indivíduos, uma vez deixados à sorte pelo sistema, passam a integrar os conhecidos “moradores de rua”, que futuramente acabaram sendo presos pelo próprio regime, que os tipificam como “perturbadores da paz pública”.

Os incrementos tecnológicos, como a disponibilização virtual dos perfis dos antigos e atuais detentos, impedem que o indivíduo possa se retratar socialmente, como o seu arrependimento e posterior melhora de conduta, pois a própria sociedade os lembra de seus erros diariamente o que pode acarretar em sérios distúrbios psicológicos ou até mesmo em um piora comportamental. Além de, no caso do direito brasileiro, retirar a possibilidade de efetivação do seu direito ao esquecimento. Como exemplo de afetados por tais inovações, encontramos em destaque os delinquentes sexuais, que mesmo após seguirem suas vidas e cumprirem sua pena, eles encontram seus rostos e crimes estampados em sites e até em avisos públicos em torno da localidade em que residem. Essa forma de privilegiar a segurança da sociedade em detrimento do direito individual de esquecimento e arrependimento traz à discussão o massacre que os erros têm sobre o futuro dos criminosos, impedindo-os de continuar suas vidas e mudarem de atitude.

Nesse mesmo sentido, encontram-se os criminosos de crimes menos ofensivos, que mesmo pagando sua pena, continuam tendo sua vida afetada por seus atos anteriores, impedindo-os de encontrarem trabalho e até de estabelecerem laços dentro da sociedade, gerando uma exclusão social desse ex-presidiário.

Para aumentar esse distanciamento do mercado de trabalho, encontram-se as prisões como “escola do crime”, uma vez que não possuem projetos de educação, de reintegração social e nem de aperfeiçoamento individual, o que leva o jovem detento a permanecer na criminalidade quando é posto em liberdade.

Essas mudanças realizadas no Direito Penal estadunidense possibilitaram o aumento de presos e das dificuldades de reinserção dos ex-detentos. Dentre os motivos para a superlotação dentro dos presídios, pode-se citar a grande quantidade de novos tipos penais acrescidos ao sistema jurídico penal americano, principalmente relacionado às drogas, como também a criação da lei que estabelece que a partir do terceiro crime a pena tornar-se perpetua e da dispensa de processo judicial caso o indivíduo assuma seu crime, pegando uma pena pré-estabelecida sem julgamento, para os casos de pequeno impacto social. Esses últimos enquadramentos jamais seriam admissíveis no sistema penal brasileiro, uma vez que ferem princípios contidos na Constituição brasileira e no Código Penal, mas que serão tratados em outro tópico com análise a partir do olhar do Direito brasileiro.

2.2 Os negros como principais alvos e a lucratividade do Estado Penal

Um percentual massacrante da população carcerária é formado por negros, fato que torna evidente a questão da segregação racial histórica dos Estados Unidos, deixando resquícios que se refletem no complexo penal atual e que não foi sempre uma característica observada nas prisões (WACQUANT, 2013, p. 303). A desigualdade social caminha lado a lado com a desigualdade racial, na qual o Estado faz uma transferência da população pobre dos guetos negros americanos para dentro das prisões. Encontram-se então dois centros de exclusão dos negros do corpo social, que se relem nos guetos ou dentro de prisões para satisfação da mídia, dos governos e da classe média e alta da sociedade:

Assim, do mesmo modo que o gueto protege os habitantes da cidade da poluição que implica o contato físico com os corpos corrompidos, mas indispensáveis, de um grupo pária, à maneira de um “preservativo urbano”, conforme Richard Sennet afirma brilhantemente em sua descrição do “medo de tocar” na Veneza do século XVI, a prisão limpa o corpo social da infâmia temporária que lhe infligem aqueles, entre seus membros, que cometeram crimes, ou seja, segundo Emile Durkheim, os indivíduos que violaram a integridade sócio-moral da coletividade, infringindo-lhe “estados fortes e determinados da consciência coletiva”. (WACQUANT, 2013, p. 346)

Essa transposição da população negra demonstra o quanto o Estado Penal reforça as desigualdades já pré-existentes, estreitando as possibilidades individuais daqueles que, por questões históricas e sociais, já estão marginalizados ou excluídos. Wacquant (2013, p. 333) coloca essa política do encarceramento como maneira de afirmação e intensificação das desigualdades, o que acaba inclinando essa população ao crime:

O principal motor da inédita expansão do Estado Penal estadunidense na era pós-keynesiana e a razão de sua política *de facto* de “ação carcerária afirmativa” em relação aos afro-americanos não é a criminalidade, mas sim a necessidade de reforçar uma clivagem de casta que vem se desgastando, e apoiar o regime emergente do assalariamento dessocializado, no qual a maioria dos negros é lançada em virtude de sua carência de capital cultural vendável no mercado e ao qual os mais desprovidos resistem, escapando para a economia ilegal das ruas.

O Estado Penal também está envolto por mitos que o justificam, entre eles encontramos o de que a intensificação do sistema repressivo tem apresentado bons resultados e sendo uma política bem sucedida. Muitos aspectos já foram apresentados que descaracterizam esse argumento, sendo o mais relevante para análise a questão econômica atrelada a esse modelo estatal, ressaltando a lucratividade do Estado Penal.

Os gastos realizados nos programas sociais não podem ser comparados com os valores investidos nas políticas de encarceramento, o que custou aos cofres estadunidenses muito mais e apresentou menos resultados:

O dilema é que, se eles colocam em plebiscito a pretensa “guerra ao crime”, que fez quadruplicar a população carcerária do país em 20 anos, os eleitores estadunidenses se recusam em assumir o custo exorbitante da mudança do Estado social para o Estado penal. (WACQUANT, 2013, p. 285)

As penitenciárias exigem um valor exorbitante de investimentos, tanto para ser construída como para a sua manutenção. As empresas privadas conseguiram enxergar nessa inflação de demanda por prisões um mercado lucrativo, tornando o Estado norte americano como propulsor das privatizações das penitenciárias, que hoje é adotado em diversos países.

A partir desse interesse privado, pode-se desenrolar diversas características que continuam a manter o crescimento da quantidade de presídios e detentos. Quando uma empresa particular passa a projetar e adquirir lucratividade em uma determinada área, o mesmo investe na mídia e na política para conseguir a manipulação do pensamento social. Daí encontramos o incentivo midiático e em campanhas políticas para a intensificação das

medidas penais, o que passa despercebido pela maioria da população, tendo então o controle de suas mentes.

O lucro advindo das penitenciárias é obtido de diversas maneiras, mas um ponto essencial que deve ser apresentado é o da mão de obra prisional. Os detentos realizam trabalhos durante sua estadia prisional de uma maneira quase análoga ao processo de escravidão. O prisioneiro não é obrigado de maneira direta ao trabalho, mas caso não o faça, terá muitos “benefícios” vedados, entre eles a recreação e a redução do tempo de pena.

Desta maneira, pode-se encarar o trabalho dentro das prisões como uma obrigação do detento, que trabalha a um custo baixo e de nada recebe provento. Porém a empresa que administra recebe seus lucros, e os mesmos não são revertidos em vantagens para os trabalhadores prisioneiros. Esse lucro vai diretamente para os cofres privados e serão os motivadores para a criação de novas prisões.

3 SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

A questão do crescimento carcerário encontra-se presente em diversos países, e um país que apresentou um aumento relevante foi o Brasil. Adquirindo a posição de 4º (quarto) país com a maior população carcerária do mundo, atrás dos Estados Unidos, China e Rússia, tem-se a necessidade de uma análise das políticas implantadas no sistema penal brasileiro, uma vez que as estimativas para os próximos anos são desanimadoras. Com a disponibilização do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (BRASIL, 2014) (Infopen), o Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, afirmou que caso o Brasil mantenha o ritmo de crescimento de suas penitenciárias, em 2022 possuiremos mais de 1 milhão de pessoas encarceradas.

O levantamento ainda apresenta um crescimento de 161% no período entre 2000 e 2014, valor dez vezes maior que o crescimento do total da população brasileira que apresentou aumento de apenas 16% no mesmo período, média de 1,1% ao ano (AGUIAR, 2015). Com esses dados podemos abordar diversas questões, desde sociais até os problemas orçamentários, traçando um perfil do tipo do preso existente no Brasil passando pelo funcionamento penal brasileiro e os exorbitantes valores gastos com um sistema ineficiente.

3.1 O perfil do preso brasileiro

O perfil dos presidiários brasileiros não difere muito do encontrados nas prisões estadunidense: jovens, negros e com baixa escolaridade. Encontra-se atualmente um percentual de 56% do total de presos entre 18 e 29 anos, o que demonstra que em sua maioria é formada por jovens e comparando o perfil etário da população prisional com o da população brasileira em geral observa-se superioridade, pois essa faixa etária compõe apenas 21,5% da população total do país. Vale ressaltar que essa é considerada a faixa de idade da população economicamente ativa.

Outra característica da população prisional brasileira é no aspecto de cor, raça ou etnia. Os negros se apresentam com o percentual estonteante de 67%, o que significa que 2 a cada 3 presos são negros. Sendo realizado um paralelo com o percentual de negros dentro da população brasileira de acordo com o Censo de 2010 (BRASIL, 2013), a população negra prisional supera a de negros na população total brasileira que se compõe por 51%.

As informações apresentadas acima são apenas um ilustrativo superficial das características marcantes dos presídios brasileiros, da qual podemos inferir grandes problemas dentro da sociedade brasileira principalmente na questão social, em que existe um precário investimento em educação pública, privando a classe mais necessitada de um ensino de qualidade e de aperfeiçoamento, acarretando em uma falta de profissionalização e consequentemente baixa remuneração, inserindo-os na criminalidade. Deste pode-se inferir a relação de mortalidade dessa população marginalizada, em que o jovem vivenciando a realidade criminal encontra como destino ou a prisão ou seu óbito, evidenciando o porquê da maioria da população carcerária ser composta por jovens.

Esse perfil se perpetua na sociedade brasileira, pois o Estado brasileiro prefere adotar políticas públicas sem uma real eficácia de inserção dos jovens na sociedade e investir em medidas de caráter imediato, como a violência penal. É necessário existir uma política realizada em longo prazo, que consiga transformar as condições e possibilidades dessa população carente de assistência, possibilitando sua participação social e inserção no mercado de trabalho (GOMES, 2013).

3.2 A realidade das prisões

As penalidades, assim como as formas de cárcere, sofreram transformações ao longo dos anos, havendo uma transição do processo penal desde a violência física pública ocorrida

no medievo com o intuito de salvar a alma do condenado por meio de seu suplício corporal, até a utilização das penitenciárias.

A privação de liberdade é vista na atualidade como a melhor opção no tratamento das condutas que afetam e colocam em perigo a sociedade. Quando a prisão é comparada com as punições passadas, encontra-se o seu atual status de humanitária, sendo esse motivo de diversas análises sociológicas e sociais, apontando críticas severas desse sistema punitivo atual. Claramente que as penas e métodos aplicados pelos antepassados são extremamente exagerados e juridicamente desnecessários, mas isso não coloca a situação atual como melhor e única alternativa de punição.

O sistema penal brasileiro, assim como outros, incrementou em seu rol de penalidades, penas alternativas que substituem a privação de liberdade em casos de pequena ofensividade ao bem jurídico. Essas novas possibilidades, como por exemplo, a prestação de serviço para comunidades carentes, têm favorecido bastante o sistema penal uma vez que o reinsere socialmente, acarretando benefícios tanto à sociedade, quanto ao desenvolvimento moral do condenado.

Mesmo com essas inovações dentro do ordenamento, a prisão ainda é a principal forma utilizada, porém, além da punição de atos criminosos, deve existir também uma maneira de reabilitar esses indivíduos para que quando colocados em liberdade, sejam reinseridos socialmente. Disto surge a maior contradição do sistema prisional, pois, ao invés de devolver à sociedade um indivíduo reabilitado, encontramos a prisão como uma “fábrica de delinquentes”, produzindo a marginalização no lugar de destruí-la, pois separam, classificam e afastam o sujeito da sociedade mais ampla (PINTO, 2007):

A punição vai-se tornando, pois, a parte mais velada do processo penal, provocando várias consequências: deixa o campo da percepção quase diária e entra no da consciência abstrata; sua eficácia é atribuída à sua fatalidade não à sua intensidade visível; a certeza de ser punido é que deve desviar o homem do crime e não o abominável teatro; a mecânica exemplar da punição muda as engrenagens. Por essa razão, a justiça não mais assume publicamente a parte da violência que está ligada a seu exercício. (FOUCAULT, 1987, p.13)

Por serem as prisões a opção mais utilizada no cumprimento das penas, necessitam possuir melhores estruturas físicas, já que, com a superlotação, os presos estão sendo amontoados em dezenas dentro de celas que são inicialmente projetadas para manter de dois a três detentos. Além disso, a falta de ensino regular dentro das prisões e de atividades voltadas para sua profissionalização impossibilita o crescimento individual com a aplicação prática dos

conhecimentos no mercado de trabalho futuro. A questão da educação é, portanto, central na discussão da criminalidade.

3.3 Educação como precursora da igualdade social

Como já ensinava Pitágoras: “Educai as crianças para que não seja necessário punir os adultos”, a educação é um dos pilares da sociedade, pois é através dela que se transmite conhecimentos, habilidades, comportamentos e até mesmo ideologias. A educação se faz essencial, pois é por meio dela que o indivíduo desenvolve seu senso crítico e encontra oportunidades de crescimento pessoal, tanto intelectual como profissional. Conceituação pertinente é a de Paulo Freire, que apesar de enfatizar a importância da ética no processo educativo e referir-se a prática docente, destaque a educação como ato formador:

Não é possível pensar os seres humanos longe, sequer, da ética, quanto mais fora dela. Estar longe ou pior, fora da ética, entre nós, mulheres e homens, é uma transgressão. É por isso que transformar a experiência educativa em puro treinamento é amesquinhar o que há de fundamentalmente humano no exercício educativo: o seu caráter formador. Se se respeita a natureza do ser humano, o ensino dos conteúdos não pode dar-se alheio à formação moral do educando. Educar é substantivamente formar. (FREIRE, 1996, p.37)

Dessa maneira o sistema prisional não pode se abster dessa fase indispensável do ser humano, ainda mais por possuir em seu interior uma maioria de jovens, que necessitam desse processo de aprendizagem como fator determinante de suas atividades e escolhas futuras. As penitenciárias brasileiras, assim como as norte-americanas, possuem um baixo investimento no processo de aprimoramento do presidiário, sendo o foco preferível o trabalho prisional realizado.

A atividade laboral é considerada uma maneira de desenvolver as habilidades dos detentos, porém não deve ser a única, uma vez que o período de permanência no confinamento se faz em longo prazo com a grande parte dos presos, pois esse isolamento social faz com que percam a noção de humanidade, liberdade e por que não dizer de aprendizado pela repetição maçante da rotina prisional. Se houver a inversão das políticas, com uma priorização da educação em comparação com as políticas penais, uma mudança no quadro na criminalidade também será observada, pois essa reduzirá.

Afinal, parece haver nesse aspecto uma via de mão dupla: se a violência, em suas diversas formas, tem impacto negativo na educação, também é verdade que a educação pode ter impacto positivo no enfrentamento da violência. Uma educação de qualidade para todos tem o poder de desviar da criminalidade crianças e jovens, graças às oportunidades que oferece. (WAISELFISZ, MAPA DA VIOLÊNCIA 2010: ANATOMIA DOS HOMICÍDIOS NO BRASIL, 2010. P. 5)

A prisão possui como núcleo do seu conceito a punição e tem seu sentido pejorativo como algo necessário, pois deve ser vista como uma ameaça ao descumprimento do ordenamento jurídico estruturado socialmente. Ou seja, o presídio deve ser um local pior que a realidade em liberdade individual, que cause repulsa aos indivíduos e assim intimide os possíveis infratores. Em parte, essa ideia em torno do funcionamento prisional está correta, porém isso não deve representar um completo descaso com os detentos.

As políticas públicas, principalmente as com teor educacional, devem focar tanto em evitar a entrada na criminalidade, realizando maiores investimentos no ensino público em regiões carentes e com altos índices de criminalidade, como também realizar projetos de ensino dentro dos presídios, dando continuidade aos estudos dos detentos e investindo em sua profissionalização, para que, quando forem postos em liberdade, possam inserir no mercado de trabalho com menos obstáculos e evitando assim o seu retorno à criminalidade.

4 ADAPTAÇÃO DO DIREITO PENAL À REALIDADE SOCIAL

A carência de investimentos em políticas sociais produz dentro do próprio Estado os jogos de compensação. Essas formas de compensar a precariedade dos serviços públicos podem ser encontradas dentro do próprio ordenamento jurídico, sendo o mesmo que pune e condena teoricamente todos igualmente, também o que procura reduzir as desigualdades que podem ter causado seus atos criminosos.

Princípios fundamentais dentro do Direito Penal trazem à tona a discussão entre questões coletivas, como a segurança social, e as individuais:

Por impulso do Estado Social, em suma, não somente se incrementou quantitativamente a legislação penal (muito além do que era necessário para a tutela de novos bens jurídicos), como também se concretizou a maior transformação experimentada pelo Estado de Direito e especialmente pelo Direito penal: agora os bens jurídicos em torno dos quais gravita o sistema de sanções pertencem tendencialmente ao coletivo (bens supraindividuais). Do individual passa-se ao coletivo, isto é, ao supraindividual. O eixo do sistema deixa de ser a pessoa, considerada em sua individualidade, para recair sobre as expectativas sociais, universais. (GOMES; BIANCHINI, 2002, p. 56)

E a discussão se acentua quando são estabelecidas as finalidades do Direito Penal: a proteção, subsidiária e fragmentária, de bens jurídicos; a proteção do indivíduo contra a reação social que o crime desencadeia; e a construção de um sistema normativo dotado de garantias que lhe concedam racionalidade (GOMES; BIANCHINI, 2002, p. 92).

Esse conjunto de objetivos do Direito Penal, juntamente com as tentativas desse Direito de buscar atender o coletivo e o individual, projeta muitas facetas no Estado Penal dando-lhe características plurais, que ao mesmo que pune, busca compensar as suas próprias falhas.

4.1 A finalidade do Estado Penal

O Direito Penal tem como características essenciais a subsidiariedade e a fragmentariedade. Ambas refletem a utilização do sistema penal como uma última tentativa de resolução dos problemas, fazendo-se necessário apenas caso o conflito não seja sanado por outro ramo do Direito ou então ofenda um bem jurídico de grande importância social.

Dessa maneira, os bens jurídicos protegidos se reduzem aqueles essenciais e por isso necessitam de uma maior rigidez para que seja efetivada sua proteção e as punições penais só são necessárias em caso de violação desses bens jurídicos resguardados e consagrados pela legislação.

Entre as finalidades também se encontram a de proteção do indivíduo contra a reação social decorrente do ato criminoso, em que o Estado Penal evita que a população resolva seus conflitos entre si, acarretando em reações desproporcionais. O Estado Penal procura oferecer ao indivíduo, independente do crime, a chance de defesa, assim como se concede, teoricamente, o perdão social após o cumprimento de sua pena.

Assim como todo ramo do Direito, o Penal possui suas garantias que servem como proteção do indivíduo perante a força punitiva do Estado, bem como também oferece possibilidades de utilização de princípios que beneficie o réu e traga suas condições sociais para discussão no âmbito jurídico.

Podemos encontrar diversos princípios que apresentam como características essenciais fatores sociais, como nível de instrução e questões econômicas, dentre eles o princípio da subsidiariedade, intervenção mínima, lesividade, adequação social, da insignificância e tantos outros que possibilitam ao Direito Penal que se enquadre dentro da realidade social.

O embate entre a proteção individual e a dos direitos coletivos é bastante polêmica e engloba um emaranhado de conteúdos e de questões subjetivas extensas e complexas. Quando existe o caso concreto, ocorre em muitos casos o sopesamento de princípios e direitos, tendo o juiz o papel fundamental de buscar atender a demanda do conflito de maneira mais eficiente e completa possível. Porém, o próprio juiz como um ser humano possui valores e ideologias próprias que influenciam no seu julgamento, mesmo o que busca ser o mais imparcial possível.

Dessa forma, por influência de diversos fatores dentro do processo penal, tantos formais como informais, encontramos uma alternância, em que ora se prevalece o individual, e ora o coletivo. Porém, pode-se notar que existe uma perspectiva supra individualista, ou seja, preponderância dos interesses coletivos sobre os individuais, em destaque, em que se coloca a coletividade e sua segurança como um bem jurídico supremo.

Com isso a ideia mesma de bem jurídico (e, em consequência, a própria finalidade garantista que se lhe pretendia conferir) sofre uma perda irreparável (e efetivamente até hoje não recuperada *in totum*), porque agora são justamente a liberdade e o patrimônio individuais os substratos empíricos que passam a construir os objetos preferidos da intervenção estatal para alcançar os objetivos coletivos (a pretexto de proteger bens indispensáveis para a convivência social, amplia-se a tutela dos bens supraindividuais). (GOMES; BIANCHINI, 2002, p. 57).

Diversos princípios são utilizados dentro do sistema penal como formas de interpretação e análise mais eficiente ao caso concreto, possibilitando uma possível redução ou extinção de pena em boa parte dos crimes. Todavia, esses princípios também podem ser vistos dentro de uma perspectiva de compensação estatal, pois com um Estado Social insuficiente, cabe ao Estado Penal buscar a redução das desigualdades geradas pela carência da assistência governamental e que são vislumbradas dentro da realidade social.

Com a tentativa de aplicar o princípio da igualdade, em que se deve tratar os diferentes na medida de suas desigualdades, o Direito Penal busca utilizar princípios que trazem consequências diferentes a situações distintas, mesmo sendo aparentemente ações criminosas semelhantes. Como exemplo podemos citar uma situação hipotética de subtração de bem material alheio, no exemplo certa quantia de dinheiro, em que um indivíduo A realiza a ação por real necessidade financeira para compra de alimentos, enquanto o indivíduo B realiza o mesmo ato pelo simples gosto da prática criminosa. Em ambos os casos, os indivíduos seriam responsabilizados pelo tipo penal denominado de “Furto”, artigo 155 do Código Penal brasileiro, porém fica nítida a diferença quando analisado o caso concreto, pois

um teve a necessidade (furto famélico) e o outro não, não podendo o juiz julgar ambos aos mesmos olhos.

No exemplo acima, encontram-se no julgamento do indivíduo A uma excludente de ilicitude denominada de estado de necessidade, que uma das maneiras do Estado Penal compensar a falta de assistência por parte do governo com os indivíduos marginalizados e necessitados. Enquanto o segundo, por apenas praticar o ato, será responsabilizado penalmente com o decorrer do processo penal legal.

Existem diversos princípios e formas de o sistema penal tentar reduzir esses problemas sociais refletidos em atividades criminosas, porém com grande importância e bastante recorrentes nas decisões judiciais, pode-se citar o da ofensividade e da insignificância.

O princípio da ofensividade, também conhecido como princípio da lesividade, relaciona-se com a questão de real ofensividade ao bem jurídico tutelado pelo Estado. Ou seja, para ser objeto de análise do processo penal, é necessário que haja uma real ofensa ao bem tutelado, gerando polêmicas em torno dos crimes de perigo. Dessa maneira o princípio é norteador do legislador na criação de tipos penais, como do Judiciário, que deve averiguar se houve ou não real ofensa ao bem jurídico tutelado.

Como já enfatizado, o princípio da ofensividade no Direito penal tem a pretensão de irradiar suas concretas consequências (seus efeitos) em dois diferentes planos: serve “não só de guia na atividade legiferante, orientando, portanto, o legislador, no exato momento da formulação do tipo legal, como o escopo de vinculá-lo à construção de tipos legais dotados de um real conteúdo ofensivo a bens jurídicos socialmente relevantes, senão também como critério de interpretação, dirigido ao juiz e ao intérprete, para exortá-los a verificar em cada caso concreto a existência (no fato histórico) na ‘necessária lesividade’ ao bem jurídico protegido. (GOMES, 2002, p. 28)

Como deduções desse princípio encontramos a função subsidiária do Direito Penal, como também o da própria insignificância, que exclui da apreciação penal situações que na prática não ofendeu realmente o bem jurídico tutelado, como também coloca situações atípicas em crimes consequentes de problemas sociais, cabendo ao Estado buscar excluir a ilicitude ou evitar a própria tipicidade do ato para preservar os indivíduos em meio a criminalidade que são produtos da falta de investimento em diversos setores públicos da sociedade.

Para concluir sobre a questão da ofensividade:

O direito penal não é necessário para qualquer outro tipo de infração que não seja lesiva ou concretamente perigosa para o bem jurídico tutelado; (b) exclusivamente a efetiva lesão ou o concreto perigo é que justificam a proibição no Direito penal da liberdade, excluindo-se qualquer outra. (GOMES, Flávio Luiz, 2002, p. 46).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os Estados Unidos e diversos países do mundo investem altos valores no Estado Penal nos últimos anos, o que acarretou na retração do modelo assistencial e em um aumento exuberante da quantidade de políticas penais. Os políticos norte-americanos encontraram no discurso sobre a segurança e a criminalidade o amparo para arrecadar votos da sociedade civil de classe média, esses que são manipulados pela mídia sensacionalista.

Um aliado voraz desse estado penal é a burocracia, em que ambos buscam formas de manter os ex-detentos vinculados ao sistema, assim como dificulta a participação destes aos programas assistenciais, possibilitando um retorno efetivo ao mercado de trabalho e a vida social. Contudo, a burocracia não está apenas presente contra os pertencentes ao sistema carcerário, como também contra os indivíduos marginalizados, no qual colocam obstáculos na participação de auxílios sociais, deixando-os com escassas possibilidades e tornando o mundo do crime mais seduzível.

Envolvidos dentro das desigualdades sociais, juntamente com as políticas penais e a burocracia excessiva, encontramos os negros, que por questões históricas, encontram-se como os mais afetados por esse sistema que foca em punir ao invés de oferecer assistência. As populações marginalizadas se apresentam como as mais propensas à criminalidade, uma vez que por possuírem poucas alternativas dentro do mercado econômico, encontram no crime a forma de conseguir sustento próprio e familiar.

No Brasil não constatamos um cenário diferente, os presídios são formados em sua maioria por jovens, negros e com baixa escolaridade. O país enfrenta uma hiperinflação carcerária, o que traz consequências financeiras e sociais ao governo, com um aumento de gastos em um sistema ineficiente e a necessidade de incrementar as formas de reinserção dos ex-detentos na sociedade. Um ponto importante que reduziria a quantidade de indivíduos atrás das grades, como também ajudaria aos que dele saem em seu retorno à vida social, é a educação.

A educação sendo priorizada, juntamente com o amparo de políticas sociais, acrescentaria alternativas de crescimento econômico e de mudança de status social aos seus indivíduos, sem a necessidade de buscar amparo em condutas ilícitas e perigosas. Já o acesso

ao ensino dentro das penitenciárias atribuiria profissionalização aos detentos, trazendo-lhes uma capacitação maior para, quando houver o retorno ao cotidiano, esses encontrem alternativas para não retornarem suas atividades criminosas. O sistema educacional é essencial em qualquer sociedade, merecendo ela ser o foco das políticas sociais e sendo por meio dela a realização do desenvolvimento econômico dos países.

O Estado Penal também busca formas de adaptar-se às necessidades sociais, tanto por meio de princípios do Direito Penal, como por políticas de reinserção por intermédio de formas alternativas de pena. A substituição da pena de detenção por penas alternativas, como por exemplo, o trabalho na comunidade, traz benefícios claros e diretos aos que sofreram danos, assim como desperta no autor a consciência social e a responsabilidade por seus atos.

As mudanças de políticas são observadas em todas as épocas, assim como ocorrem em todos os tipos de sociedade. Porém, existem padrões e semelhanças observados em todos os modelos, características que podem e devem servir de ensinamento, tanto com os avanços, como com os erros. Os países devem sempre buscar exemplos uns nos outros, devendo o Brasil observar as falhas cometidas por países como os Estados Unidos, que passam por diversos problemas em seu sistema carcerário, evitando que cometam as mesmas falhas e absorvam os pontos positivos.

6 REFERÊNCIAS

AGUIAR, Ednilson. De 2000 a 2014, população carcerária cresceu 161% no Brasil. **Terra**. 23/06/2015. Disponível em: <<https://bit.ly/3oHe3uO>>. Acesso em: 05 ago 2015.

BRASIL Poderá ter Mais de 1 Milhão de Presos em 2022. **Exame**. 23/06/2015. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/brasil-podera-ter-mais-de-1-milhao-de-presos-ate-2022>>. Acesso em: 05 ago 2015

BRASIL. **Censo Demográfico de 2010**. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, Governo Federal. Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <<http://www.censo2010.ibge.gov.br/apps/atlas/>>. Acesso em: 10 ago 2015.

BRASIL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Departamento Penitenciário Nacional, Ministério da Justiça, Governo Federal. Junho de 2014. Disponível em: < <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf> >. Acesso em: 10 ago 2015.

DEARO, Guilherme. Os 10 Países com Mais Presos no Mundo. **Exame**. 09/12/2013. Disponível em: <<http://exame2.com.br/mobile/mundo/album-de-fotos/os-10-paises-com-mais-presos-no-mundo>>. Acesso em: 05 jul 2015.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramallete. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia**: saberes necessários à prática educativa. Rio de Janeiro: Paz & Terra, 1996.

GOMES, Luiz Flávio. **Perfil dos presos no Brasil em 2012**. 2013. Disponível em: <<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121932332/perfil-dos-presos-no-brasil-em-2012>>. Acesso em: 14 ago 2015.

GOMES, Luiz Flavio. **Princípio da Ofensividade no Direito Penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flavio; BIANCHINI, Alice. **O Direito Penal na Era da Globalização**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

PINTO, Sônia de Oliveira. **Espaços de morte, escritos de vida: Visões literária e jornalística do cárcere brasileiro**. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Letras). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2007.

RUIC, Gabriela. As 25 Maiores Potências Militares do Planeta em 2015. **Exame.com**. 30/03/2015. Disponível em: <<http://exame2.com.br/mobile/mundo/noticias/as-25-maiores-potencias-militares-do-planeta-em-2015>>. Acesso em: 05 jul 2015.

WACQUANT, Loïc. **Punir os Pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

WASELFISZ, J. J. **Mapa da Violência 2010**: anatomia dos homicídios no Brasil. São Paulo: Instituto Sangari, 2010.

**Submetido em 25 out. 2020. Aceito em 31 out. 2020.*



A VISÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES SOBRE A AUTORIA NO DELITO DO ART. 2º, II DA LEI N.º 8.137/90

Bernardo Raposo Vidal*

Sumário: 1. Introdução 2. Noções preliminares para escorreita compreensão dos julgados. 2.1 Aspectos Tributários 2.1.1 Sujeito passivo: contribuinte e responsável do ICMS. 2.1.2 Não cumulatividade do ICMS 2.2 Aspectos Penais 2.2.1 Direito Penal Tributário e Direito Tributário Penal 2.2.2 Bem Jurídico tutelado pelo Direito Penal Tributário e sua legitimidade ante o custo dos direitos fundamentais. 2.2.3 A constitucionalidade da lei 8.137/1990 – ausência de vinculação entre crime contra a ordem tributária e prisão por dívida 2.2.4 Breve análise do tipo penal previsto no art. 2º, II, Lei 8.137/90 3. Principais fundamentos da criminalização do inadimplemento doloso do ICMS pelo STJ e STF 4. Considerações finais. 5. Referências bibliográficas.

RESUMO

O artigo analisa criticamente a visão dos Tribunais Superiores sobre a autoria no delito do art. 2º da Lei n.º 8.137/90, principalmente o assentado, respectivamente, pelo Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, no RHC 163334/SC e no HC 399.109. Utiliza-se, para tal, de pesquisa na Jurisprudência dos Tribunais Superiores, Doutrina e a Legislação em vigor, que trarão fundamentos idôneos para reconhecer o acerto da *ratio decidendi* extraída dos referidos julgamentos.

Palavras-Chave: Inadimplemento Tributário. Direito Penal Tributário. Lei n.º 8.137/1990. RHC 163334/SC do STF. HC 399.109 do STJ.

ABSTRACT

The article critically analyzes the view of the Superior Courts on authorship in the offense of art. 2 of Law 8,137 / 90, mainly the one settled, respectively, by the Supreme Federal Court and the Superior Court of Justice, in RHC 163334 / SC and HC 399.109. For this purpose, research is used in the Jurisprudence of the Superior Courts, Doctrine and the Legislation in force, which will provide suitable grounds for recognizing the correctness of the *ratio decidendi* extracted from the referred judgments.

* Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará. UFC (2019-2020). Possui graduação em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2006) e Especialização em Direito Administrativo Empresarial pela Faculdade Cândido Mendes (2008/2009). Ex-Advogado do BNDES. Atualmente é Juiz de Direito - Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. E-mail: bernardovidal@hotmail.com..

Keywords: Tax Default. Tax Criminal Law. Law nº. 8.137 / 1990. RHC 163334 / SC of the STF. HC 399.109 of the STJ.

1 INTRODUÇÃO

A relação tributária é conhecidamente uma zona de tensão, por um lado o Fisco busca legitimamente a arrecadação de tributos, com o fim principal de custear o pesado, mas não menos importante, Estado Social de Direito. Por outro lado, os contribuintes suportam a legítima intervenção ao seu direito fundamental à propriedade, seja em função do dever de solidariedade, seja em razão da sua capacidade contributiva.

Nesse contexto, a relação tributária (Fisco-Contribuinte) revela-se mais uma espécie da relação Estado-Cidadão, que se avulta extremamente importante diante da construção da doutrina dos direitos fundamentais, como indispensável mecanismo de proteção contra os abusos do Estado.

Na cobrança do tributo, não é diferente, são inúmeros os debates jurídicos acerca de situações em que ocorrem excessos estatais na arrecadação tributária. Já são bastantes conhecidas as sanções políticas, que consistem em meios indiretos e ilegítimos de cobrança do crédito tributário, alheios às garantias fundamentais, com menoscabo ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório.

Nesse ponto, há que se diferenciar a responsabilidade penal da responsabilidade tributária. São esferas diferentes e podem sim estabelecer sanções diversas. Recentemente, parte dos tributaristas retomou a discussão sobre a “criminalização do inadimplemento tributário” e a constitucionalidade da lei nº 8.137/90, situação já dirimida pelo STF e pacificada no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) n. 999425. O mote para o ressurgimento desta questão foi o RHC 163334/SC e o HC 399.109, respectivamente no STF e STJ.

Ambos os tribunais superiores (STF e STJ), em termos gerais, decidiram que a conduta de não recolher ICMS em operações próprias enquadra-se no tipo previsto no art. 2º, II, da Lei nº 8.137/90 (apropriação indébita tributária).

O novo entendimento também deve ser analisado à luz de algumas peculiaridades na apuração do ICMS, tributo cujo lançamento se faz por homologação e que, em muitos casos envolve uma cadeia de produtores, portanto, importante cotejar os conceitos de contribuinte e responsável tributário. Além disso, o ICMS, por estar intrinsecamente ligado a operações

comerciais, é um tributo que movimentava vultosos valores, o que amplificava a importância de compreensão dos julgados epigrafados.

Sob a ótica penal, o presente estudo se justifica tendo em vista principalmente a necessidade de correta delimitação do dolo e suas nuances no caso concreto, através da verificação das condutas dos sujeitos.

2. NOÇÕES PRELIMINARES PARA ESCORREITA COMPREENSÃO DOS JULGADOS

Para melhor compreensão da conclusão das cortes superiores e entender a *ratio decidendi* dos julgados, necessário lembrar, ainda que objetivamente, alguns conceitos do Direito Tributário e do Direito Penal abordados nos votos.

2.1 Aspectos Tributários

Nessa etapa, serão recordadas as noções de contribuinte e responsável tributário, a classificação dos tributos em diretos e indiretos e o regime de não cumulatividade do ICMS.

2.1.1 Sujeito passivo: contribuinte e responsável do ICMS

Dispõe o art. 128 do CTN:

Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.

Como decorrência do dispositivo, a pessoa a quem o legislador atribui a responsabilidade deve ser vinculada ao fato gerador da obrigação. Aqui se deve ter uma noção de intensidade do vínculo, que necessariamente deve existir, mas não pode configurar relação pessoal e direta com o fato gerador, afinal, se tal situação se caracterizar, o sujeito passivo será contribuinte, e não responsável.

O transportador da mercadoria possui um vínculo com os fatos geradores do ICMS, por exemplo na saída da mercadoria do estabelecimento comercial. Por isso, pode ser

considerado, por disposição expressa de lei, responsável pelo pagamento do tributo em determinadas circunstâncias. Frise-se que sempre é necessária expressa disposição legal atribuindo a alguém tal condição em razão do princípio da legalidade.

A doutrina majoritária entende que, de acordo com o momento em que surge o vínculo jurídico entre a pessoa designada por lei como responsável e o sujeito ativo do tributo, a responsabilidade tributária pode ser classificada como ‘por substituição’ ou ‘por transferência’. (ALEXANDRE, 2017, p. 352)

Na responsabilidade “por substituição”, a sujeição passiva do responsável surge contemporaneamente à ocorrência do fato gerador. Já na responsabilidade “por transferência”, no momento do surgimento da obrigação, determinada pessoa figura como sujeito passivo, contudo, num momento posterior, um evento definido em lei causa a modificação da pessoa que ocupa o polo passivo da obrigação, surgindo, assim, a figura do responsável, conforme definida em lei.

A substituição tributária pode ser dividida em progressiva (para frente) ou regressiva (para trás). A progressiva ou subsequente ocorre nos casos em que as pessoas ocupantes das posições posteriores das cadeias de produção e circulação são substituídas, no dever de pagar tributo, por aquelas que ocupam as posições anteriores nessas mesmas cadeias. Na regressiva usa-se o mesmo raciocínio, mudando a perspectiva tendo por foco o substituído.

Um exemplo de manual (ALEXANDRE, 2019, p.706) pode ajudar a ilustrar a primeira. Suponha-se que “A” é uma refinaria de combustíveis que vende gasolina para diversos distribuidores (“B”), que, por sua vez, vendem o combustível para milhares de postos (“C”), que, por fim, fazem a venda aos consumidores finais.

Nesta situação, torna-se mais eficiente para o Estado cobrar de “A” todo o tributo incidente na cadeia produtiva, mesmo no que concerne aos fatos geradores a serem praticados em momento futuro. Assim, “A” será sujeito passivo do tributo incidente sobre as seguintes operações: a) venda de combustível feita de “A” para “B”; b) venda de combustível de “B” para “C”; c) venda de combustível feita por “C” aos consumidores.

Com relação ao primeiro caso, “A” é contribuinte, pois é ele quem pratica o ato definido em lei como fato gerador do ICMS, tendo com ele relação pessoal e direta (promove a saída da mercadoria do estabelecimento comercial). Com relação aos dois últimos casos, “A” é responsável, pois sua obrigação decorre de expressa determinação legal, apesar de não possuir relação pessoal e direta com a saída da mercadoria do estabelecimento comercial.

Assim, todo o tributo da cadeia produtiva é pago, mesmo somente tendo se verificado o primeiro fato gerador. O cálculo do recolhimento total é realizado sobre o valor pelo qual se presume que a mercadoria será vendida ao consumidor. Tal montante é definido mediante a aplicação do regime de valor agregado estabelecido no art. 8.º da LC 87/1996, levando em consideração os dados concretos de cada caso.

Registre-se que o Superior Tribunal de Justiça considera a técnica de cobrança do ICMS antecipado sobre uma base de cálculo fixada segundo os ditames do regime de valor agregado (exposta acima) absolutamente distinta da cobrança com base em “pautas fiscais”, considerada ilegítima pelo Tribunal (STJ, 2.ª T., REsp 1.041.216-AM, rel. Min. Eliana Calmon).

No sentido da legalidade dessa cobrança, o STJ já decidiu que:

[...] com o pagamento antecipado não ocorre recolhimento do imposto antes da ocorrência do fato gerador. O momento da incidência do tributo fixado por lei não se confunde com a cobrança do tributo, pelo que o sistema de substituição tributária não agride o ordenamento jurídico tributário. (STJ, 2.ª T., REsp 89.630/PR, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 08.06.1999, DJ 01.07.1999, p. 161).

2.1.2 Não cumulatividade do ICMS

Segundo o art. 155, § 2.º, I, da CF/1988, o ICMS será não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal.

A sistemática da não cumulatividade funciona mediante a utilização do mecanismo dos débitos e créditos. Importante observação é feita por Ricardo Alexandre: “Ressalte-se que a terminologia a ser utilizada na explanação é a jurídica e não a contábil, visto que os bens e direitos em contabilidade são registrados como “débitos” e as obrigações como “créditos”, sentido exatamente contrário ao que é aqui adotado.” (ALEXANDRE, 2017, p. 708)

A cada aquisição tributada de mercadoria, o adquirente registra como crédito o valor incidente na operação. Tal valor é um “direito” do contribuinte(também chamado usualmente de “ICMS a recuperar”), que pode ser abatido do montante incidente nas operações posteriores.

A cada alienação tributada de produto, o alienante registra como débito o valor incidente na operação. Tal valor é uma obrigação do contribuinte, consistente no dever de

recolher o valor devido à aduana estadual ou compensá-la com os créditos obtidos nas operações anteriores (também chamado de “ICMS a recolher”).

Então, faz-se uma comparação entre os débitos e créditos das operações na cadeia. Caso os débitos sejam superiores aos créditos, o contribuinte deve recolher a diferença de ICMS aos cofres públicos. Caso os créditos sejam maiores, a diferença pode ser compensada posteriormente ou ser objeto de ressarcimento, caso preenchidos determinados requisitos.

O inciso I do art. 155, § 2.º, da CF/1988, tratando do ICMS, dispõe:

- II – a isenção ou não incidência, salvo determinação em contrário da legislação:
- a) não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes;
 - b) acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores.

Em virtude das disposições restritivas, a existência de créditos nas operações enumeradas no dispositivo é excepcional, dependendo de disposição expressa da legislação.

Ricardo Alexandre indica didático exemplo (ALEXANDRE, 2017, p. 710):

A título de exemplo, imagine-se uma cadeia de produção/circulação de mercadoria, com alíquota do ICMS uniforme e igual a 10% (dez pontos percentuais), em que o comerciante “A” aliena a mercadoria ao comerciante “B” pelo valor de R\$ 100,00 (cem reais), com isenção do ICMS; o comerciante “B” vende a mesma mercadoria ao comerciante “C” por R\$ 300,00 (trezentos reais), também com isenção de ICMS; já o comerciante “C” vende a mercadoria ao consumidor por R\$ 500,00 (quinhentos reais), sem isenção do ICMS.

Deixando de lado a análise dos motivos que “porventura levaram o legislador a não isentar a venda da mercadoria ao consumidor, percebe-se que, da mesma maneira que ocorre na cadeia do IPI, a não concessão do direito a crédito para “B” e “C” faria com que onerasse a cadeia produtiva o mesmo montante que a gravaria sem a concessão do benefício.

Se não fosse a isenção, “A” teria de recolher aos cofres públicos R\$ 10,00 (dez reais) a título de ICMS pela venda feita a “B”, “B” teria de recolher R\$ 20,00 (vinte reais), fruto da diferença entre o valor do “débito” decorrente da venda (trinta reais) e o crédito da compra feita a “A” (dez reais), “C” também teria de recolher R\$ 20,00 (vinte reais), fruto da diferença entre o valor do “débito” decorrente da venda (cinquenta reais) e o crédito da compra feita a “B” (trinta reais). Seriam recolhidos aos cofres públicos estaduais os mesmos R\$ 50,00 (cinquenta reais) que seriam recolhidos sem a isenção.

Quanto ao ICMS, contudo, as consequências advêm da expressa previsão constitucional objeto de estudo. Além disso, também de maneira similar ao IPI e nos termos da alínea b do dispositivo constitucional transcrito, a isenção ou não incidência do ICMS resulta na anulação dos créditos relativos às operações anteriores, salvo disposição em contrário da legislação.

Por derradeiro, lembre-se que o ICMS é lançado por homologação, pois é o próprio sujeito passivo que, a cada período de tempo determinado na lei, respeitando a sistemática de débitos e créditos, calcula o valor do imposto devido e antecipa o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta verificar a correção do procedimento e, se for o caso, homologá-lo, podendo, ainda, lançar de ofício as diferenças porventura devidas, bem como comunicar às autoridades competentes para apuração de eventual delito de apropriação indébita tributária, com as balizas estabelecidas nos julgados analisados no item 3.

2.2 Aspectos Penais

Nessa etapa, serão recordadas as noções de Direito Penal Tributário e Direito Tributário Penal; a constitucionalidade, os bens jurídicos protegidos pela lei n.º 8.137/1990 e a análise típica do delito previsto no art. 2º, II da referida disposição legal.

2.2.1 Direito Penal Tributário e Direito Tributário Penal

Antes da análise dos elementos constantes nos julgados epigrafados, necessário diferenciar a responsabilidade tributária da responsabilidade penal.

O Direito Penal Tributário consiste no ramo do Direito no qual confluem duas disciplinas jurídicas que integram o Direito Público, a saber, o Direito Penal e o Direito Tributário. O Direito Penal possui como principal característica o escopo de proteção de bens jurídicos por meio da previsão de sanções penais, consideradas as mais drásticas de um ordenamento jurídico. Por sua vez, o Direito Tributário preocupa-se em normatizar os direitos, deveres e procedimentos relativos à arrecadação de tributos, necessários para o funcionamento das engrenagens estatais.

O Direito Penal Tributário é ramo do Direito Penal que cuida dos estudos dos crimes tributários. Tais delitos são praticados por pessoas legalmente responsáveis pelo recolhimento e pagamento de espécies tributárias, que deixam de fazê-lo dolosa e fraudulentamente.

Compõe o objeto do Direito Penal Tributário as infrações tipificadas em leis especiais, como a Lei nº 8.137/1990, bem como os tipos penais previstos no Código Penal como o art. 168-A, art. 334, 2ª parte, art. 316, §1º e art. 337-A.

Costuma-se dizer que o Direito é uno, não pode ser fracionado daí ser inadmissível a existência de um ramo do Direito absolutamente independente e suficiente em si mesmo. Por outro lado, a ramificação do ordenamento jurídico facilita a abordagem em subtemas, sendo valioso recurso metodológico e didático. Com esse intuito, a doutrina majoritária distingue o Direito Penal Tributário do Direito Tributário Penal.

É possível demarcar o início da fronteira entre o Direito Tributário Penal e o Direito Penal Tributário no princípio da culpabilidade. Segundo este princípio, de fundamento constitucional, uma pessoa somente será punida por meio do Direito Penal se tiver praticado um fato típico, ilícito e culpável, sendo inadmissível a utilização de uma responsabilidade penal objetiva, isto é, que independa de dolo ou culpa.

Em termos práticos, no Direito Penal Tributário a responsabilização do agente se dá de forma subjetiva, vale dizer, mediante a aferição de sua culpabilidade, além do que o ilícito perpetrado tem, naturalmente, caráter penal. O contrário ocorre no Direito Tributário Penal, em que a sanção pode ser aplicada independentemente de ficar comprovada a culpabilidade do sujeito passivo da obrigação tributária, desde que haja previsão legal do ilícito, o qual, nesta hipótese, será civil.

Não obstante a inexistência de diferença ontológica entre ilícito civil e penal, na situação específica pode haver diversidade de institutos, devido a significados distintos para fatos jurídicos concebidos por cada ramo do Direito. No entanto, o ilícito penal é relativamente independente dos ilícitos civis, incidindo subsidiariamente ou cumulativamente. Em outros termos, caso o fato configure um ilícito tributário, será regulado pelas normas de Direito Tributário, gerando uma sanção administrativa. Em sendo o mesmo fato previsto um tipo penal, será regido pelas regras atinentes ao Direito Penal, possibilitando a imposição de uma sanção penal, ainda que de forma cumulativa.

Neste sentido, José Frederico Marques (1975, p.14):

(...) a infração apenas tributária constitui objeto do Direito Tributário Penal, enquanto o ilícito tributário tipificado como fato punível vem a ser objeto do Direito Penal Tributário, (...), nenhum deles se estrutura como ciência jurídica autônoma: um, o Direito Penal Tributário integra o Direito Penal e o outro, o Direito Tributário Penal, é parte ou segmento do Direito Tributário.

2.2.2 Bem Jurídico tutelado pelo Direito Penal Tributário e sua legitimidade ante o custo dos direitos fundamentais

Para fazer frente aos custos dos direitos, surge o tributo, modalidade de receita derivada necessária para a consecução das políticas estatais de fomento de sua própria máquina administrativa como também como combustível para a tutela e efetivação dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição. Marcus Abraham (2005, p.4) aduz que o tributo se basearia no dever fundamental de pagar, que seria originário do poder de legislar, constituindo uma receita compulsória necessária para suportar os gastos essenciais do Estado ou com finalidade regulatória, limitado pelos direitos fundamentais e conforme as competências constitucionais atribuídas aos entes públicos.

Logo, pode-se concluir, portanto, que os tributos são o preço que todos os cidadãos devem pagar pela vida em sociedade, sendo necessário para a implementação das mais diversas políticas públicas pelo Estado incluindo as de promoção e garantia dos direitos humanos fundamentais. Logo, contra condutas daqueles que se negam liberada e fraudulentamente a repartir seus ganhos com a sociedade, deve o Estado se valer de instrumentos de dissuasão e punição contra esses atos de modo a proteger a receita necessária ao enfrentamento dos custos dessas políticas.

Nas palavras de Stephen Holmes e Cass Sustein (2019, p. 26), “As decisões sobre políticas públicas não devem ser tomadas com base numa hostilidade imaginária entre a liberdade e o coletor de impostos; se esses dois fossem realmente adversários, todas as nossas liberdades clássicas correriam o risco de ser abolidas.”

A jurisprudência dos Tribunais Regionais desde muito já firmou-se conforme excerto abaixo:

Minha posição é no sentido da necessidade de um Direito Penal Tributário, o que não viola o princípio da lesividade, pois o bem jurídico protegido é a arrecadação tributária, nem o princípio da subsidiariedade, pois é flagrante a insuficiência das sanções administrativas na matéria. Bem por isso, da referida incriminação, não há falar em “violação ao princípio da proporcionalidade, sendo que a sanção corresponde ao desvalor social do crime contra a ordem tributária” (TRF4, AC 20010401068845-0, Vladimir Freitas, 7ª T., u., 6.3.03; TRF4, AC 20007100000852-0).

2.2.3 A constitucionalidade da lei 8.137/1990 – ausência de vinculação entre crime contra a ordem tributária e prisão por dívida

A referida questão já foi submetida mais de uma vez à tutela do Supremo Tribunal Federal (STF), que, em 2017, reafirmou a jurisprudência no sentido de que a criminalização

de sonegação fiscal (prevista na Lei 8.137/1990) não viola o artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal (CF), em virtude de ter caráter penal e não se relacionar com a prisão civil por dívida. A decisão foi tomada pelo Plenário Virtual na análise do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 999425, que teve repercussão geral reconhecida.

O artigo 2º, inciso II, da lei, prevê que constitui crime contra a ordem tributária deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos.

O ministro Ricardo Lewandowski, relator do recurso, citou em sua manifestação que o Plenário do Supremo, no julgamento do Habeas Corpus (HC) 81611, assentou que a lei se volta contra sonegação fiscal e fraude, realizadas mediante omissão de informações ou declaração falsa às autoridades fazendárias, praticadas com o escopo de suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório (resultado), *in verbis*:

Assim, ainda que seja possível a extinção da punibilidade mediante o pagamento do débito verificado (Lei 10.684/2003, artigo 9º), a Lei 8.137/1990 não disciplina uma espécie de execução fiscal *sui generis* nem uma cobrança de débito fiscal. Ela apenas dispõe que a incriminação da prática de fraude em documentação tributária fica sujeita à fiscalização pela autoridade fazendária, sem, no entanto, estatuir ou prever a possibilidade de prisão civil em razão de débito fiscal. Assim, as condutas tipificadas na norma de 1990 não se referem simplesmente ao não pagamento de tributos, mas aos atos praticados pelo contribuinte com o fim de sonegar o tributo devido, consubstanciados em fraude, omissão, prestação de informações falsas às autoridades fazendárias e outras estratégias.

Ainda, para o relator, o tema apresenta relevância jurídica, econômica e social, pois trata da constitucionalidade de delito que visa combater a sonegação fiscal, com reflexos diretos na arrecadação de recursos para a manutenção do Estado e para promoção do bem-estar social. Além disso, transcenderia os limites subjetivos da causa, na medida em que é de interesse das Fazendas Públicas e dos contribuintes.

Seguindo o voto do relator, por unanimidade, o STF reconheceu a existência de repercussão geral do tema e deu negou provimento ao recurso extraordinário, por maioria, vencido o ministro Marco Aurélio, reafirmando a jurisprudência dominante sobre a matéria.

2.2.4 Breve análise do tipo penal previsto no art. 2º, II, Lei 8.137/90

O bem jurídico protegido é a ordem tributária, ou seja, o interesse do Estado na arrecadação dos tributos. Alguns autores falam que o bem jurídico é o erário.

O art. 2º, II, da Lei nº 8.137/90 é uma forma especial de apropriação indébita. É muito semelhante também com o delito de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A do CP), sendo a principal diferença a seguinte: no delito do art. 168-A do CP, O agente deixa de repassar contribuições previdenciárias recolhidas dos contribuintes. Enquanto que no crime do Art. 2º, II, da Lei nº 8.137/90 o agente deixa de repassar quaisquer outros tributos (que não contribuições previdenciárias) recolhidas dos contribuintes.

O sujeito passivo(vítima) será a União, o Estado-membro ou o Município tributante. O sujeito ativo do crime é o sujeito passivo da obrigação. Desse modo, o sujeito ativo do crime é aquele que ostenta a qualidade de sujeito passivo da obrigação tributária, conforme claramente descrito pelo art. 2º, II, da Lei nº 8.137/90: “deixar de recolher (...) na qualidade de sujeito passivo da obrigação”.

Um ponto interessante é que a lei, quando aponta o sujeito ativo do crime como sendo o passivo da obrigação tributária, o faz de maneira geral, isto é, não distingue o sujeito passivo direto do indireto¹ da obrigação tributária. Destarte, nada impede que o sujeito ativo deste crime possa ser tanto o contribuinte (sujeito passivo direto da obrigação tributária) como o responsável tributário (sujeito passivo indireto da obrigação tributária).

Assim, o termo “sujeito passivo de obrigação”, previsto no tipo penal, abrange o contribuinte e o responsável (substituição tributária). No caso do ICMS próprio (como no exemplo acima dado), o sujeito ativo do crime será o comerciante.

Doutrinariamente, é classificado como crime comum, considerando que não se exige qualidade especial do sujeito ativo (pode ser qualquer pessoa que tinha responsabilidade pelo recolhimento e não o fez dolosamente). O objeto do delito é o valor do tributo. No caso, a quantia transferida pelo consumidor ao comerciante.

Algumas vezes a legislação estabelece que a pessoa tem, como obrigação tributária acessória, que recolher o tributo ou a contribuição social devida por outra e depois repassar esse valor ao ente tributante. Ex1: o empregador, ao efetuar o pagamento do salário do empregado, deverá reter uma parcela desse rendimento e repassar tal valor à Receita Federal. Se a pessoa fizer o desconto e não recolher, no prazo legal, o valor do tributo ou da contribuição social para o Fisco, haverá a prática desse crime. Ex2: Rubens, sócio-gerente de uma sociedade comercial, deixou de recolher, de forma consciente, no prazo legal, o ICMS,

¹ Nesse ponto, verificar a distinção entre tributos diretos e indiretos trazida por Hugo de Brito Machado e Schubert de Farias Machado em “Dicionário de Direito Tributário, São Paulo, Atlas, 2011, p. 105.

referente aos meses de março e abril de 2002, escriturado nos livros fiscais e declarado à administração fazendária. Nessa situação, Rubens praticou, em tese, crime contra a ordem tributária.

O delito exige, para sua configuração, que a conduta seja dolosa, consistente na consciência (ainda que potencial) de não recolher o valor do tributo. O dolo, conforme conceito generalizado, é a vontade consciente de realizar um crime, ou mais tecnicamente, o tipo objetivo de um crime, também definível como saber e querer em relação às circunstâncias de fato do tipo legal. Assim, o dolo é composto de um elemento intelectual (consciência, no sentido de representação psíquica) e de um elemento volitivo (vontade, no sentido de decisão de agir), como fatores formadores da ação típica dolosa (SANTOS, 2002, p. 62).

Segundo doutrina de Ricardo Antônio Andreucci (2019. p. 112-113), existem três teorias a respeito do conteúdo do dolo:

a) Teoria da vontade, segundo a qual dolo é a vontade de praticar uma ação consciente, um fato que se sabe contrário à lei. Exige, para sua configuração, que quem realiza a ação deve ter consciência de sua significação, estando disposto a produzir o resultado.

b) Teoria da representação, segundo a qual o dolo é a vontade de praticar a conduta, prevendo o agente a possibilidade de o resultado ocorrer. É suficiente que o resultado seja previsto pelo sujeito, mesmo que não o deseje.

c) Teoria do assentimento (ou do consentimento), segundo a qual basta para o dolo a previsão ou consciência do resultado, não exigindo que o sujeito queira produzi-lo. É suficiente o assentimento do agente ao resultado.

O Brasil adotou, no art. 18, I, do Código Penal, a teoria da vontade (para que exista dolo é preciso a consciência e vontade de produzir o resultado – dolo direto) e a teoria do assentimento (existe dolo também quando o agente aceita o risco de produzir o resultado – dolo eventual).

Não há tipo penal culposo para este delito. Outro ponto importante é que não se exige clandestinidade para sua configuração. O fato de o agente registrar, apurar e declarar em guia própria ou em livros fiscais o imposto devido não desconfigura o delito.

Reitere-se o que já analisado acima, no subitem 2.2.4. A conduta reprovável criminalizada por este tipo penal não é inadimplemento puro e simples, mas sua cobrança de terceiro sem repassá-lo ao Fisco, apropriando-se do valor. Por essa razão, o STF entende que os crimes contra a ordem tributária são compatíveis com a Constituição Federal e não representam prisão por dívida (art. 5º, LXVII, da CF/88): Os crimes previstos na Lei nº

8.137/90 não violam o disposto no art. 5º, LXVII, da Constituição. STF. Plenário. ARE 999425 RG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 02/03/2017 (repercussão geral).

O agente tinha a obrigação tributária de recolher o tributo ou contribuição. A redação do tipo penal fala em deixar de recolher o “valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado”. Isso significa que nem todo sujeito passivo de obrigação tributária que deixa de recolher tributo ou contribuição social responde pelo crime do art. 2º, II, da Lei nº 8.137/90, mas somente aqueles que “descontam” ou “cobram” o tributo ou contribuição.

Aqui, faz-se premente esclarecer a semântica dos verbetes “descontado” e “cobrado”, presentes no tipo penal. O Min. Rogerio Schiatti Cruz(HC 399.109-SC) em seu voto, explica que as palavras “descontado” e “cobrado” não estão empregadas aqui no sentido tributário. No Direito Tributário, o sujeito passivo nunca irá “cobrar” o tributo, sendo esta uma atividade do Fisco. O máximo que o sujeito passivo pode fazer é a retenção do tributo para, posteriormente, recolher ao Fisco, como ocorre na substituição tributária. De igual forma, o sujeito passivo não “desconta” tributos. Tecnicamente, para o Direito Tributário, descontar significa dar desconto, ou seja, conferir abatimento nos casos em que há o pagamento antecipado do crédito tributário (art. 158, parágrafo único, do CTN).

Diante disso, o Ministro aduz que se deve interpretar tais expressões para fins penais. Nessa linha de raciocínio, tem-se que “descontado” está relacionado com a responsabilidade tributária por substituição. Assim, descontado seria o valor recolhido pelo responsável tributário em uma relação jurídica obrigacional tributária cuja responsabilidade se dá por substituição.

Já “cobrado” estaria semanticamente relacionada com “receber”, “embolsar” ou “coletar”. Afinando-se, portanto, com os tributos indiretos, cuja incidência acarretará o aumento do valor do produto a ser suportado pelo contribuinte de fato. Logo, se o valor do ICMS de determinada venda era R\$ 200,00, o vendedor (contribuinte de direito) irá repassar esse custo ao comprador (contribuinte de fato). Assim, o vendedor irá “cobrar” do comprador esse valor e, se deixar de pagar (recolher) esse valor para o Fisco, pode cometer o delito em tela.

Prossegue o Min. Rogerio Schiatti Cruz na relatoria do HC 399.109-SC, *in verbis*:

A título de exemplo, menciono o ICMS. O produtor, ao iniciar a cadeia de consumo, recolhe o imposto sobre operações próprias e é reembolsado desse valor com a transferência do encargo para o atacadista que, por sua vez, o transfere para o varejista e que, por fim, repassa para o consumidor final. Veja-se que nessa hipótese, mesmo no caso do ICMS incidente sobre operações próprias, o produtor “cobra” (é

reembolsado pela retenção) do próximo adquirente do produto na cadeia de produção, até que o consumidor final, após sucessivas transferências de encargo, suporte o ônus de pagar o valor correspondente ao ICMS, que será acrescido ao valor final do produto. Não há, portanto, “descontos” em nenhuma circunstância.” (HC 399.109-SC).

Nesse sentido, quanto à distinção entre as condutas de descontar e cobrar, preclara lição de Andreas Eisele (2004, p. 84):

O ato de descontar pode se manifestar de duas formas: A primeira se verifica quando o responsável tributário, por ocasião da satisfação de uma prestação devida ao contribuinte (pagamento de salário ou do preço de serviço prestado, por exemplo), que constitua a materialização da hipótese de incidência, tem o dever instrumental de subtrair parcela do objeto da prestação, destinada ao erário em nome e favor do contribuinte. Tal a situação, por exemplo, do IRRF e do ISSRF (além da contribuição social devida pelos trabalhadores).

A outra hipótese ocorre quando o responsável tributário administra valores de terceiro (contribuinte), sobre os quais incidirá determinada tributação pela verificação do fato impositivo, possuindo o responsável a obrigação acessória de destacar dos valores administrados a parcela referente ao tributo, para posterior entrega ao Fisco. Este é o caso do IOF e da CPMF.

Cobrar é a situação na qual o contribuinte, ao calcular o preço de uma mercadoria ou serviço a entrar em circulação (operação sobre a qual irá incidir o tributo), destaca (formal ou materialmente) a parcela consistente no valor do tributo incidente sobre a operação, cujos efeitos econômicos serão, assim, repassados ao adquirente na cobrança. Essa é a modalidade pela qual são aferidos o ICMS e o IPI.

3. Principais fundamentos da criminalização do inadimplemento do ICMS Próprio pelo STJ e STF

Conforme já afirmado alhures, ambas as Cortes assentaram entendimento no sentido de reconhecer a autoria penal do responsável tributário do ICMS declarado, mas não recolhido nas operações diretas.

A Terceira Seção do STJ julgou o Habeas Corpus nº 399.109 – SC, relatado pelo Ministro Rogério Schietti Cruz, que envolvia o não recolhimento de ICMS em operações próprias, no qual a empresa, apesar de ter declarado a dívida do imposto, não efetuou o pagamento.

Nesse julgamento, a Corte Superior unificou seu entendimento sobre essa situação se configurar como crime ou não previsto no artigo 2º, II da Lei 8137 de 1990, chamado de apropriação indébita tributária, que tem o seguinte teor: “deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos”.

De se salientar que a Quinta e a Sexta Turma, divergiam sobre esse tema.

A Sexta Turma entendia que no caso de não haver o repasse de ICMS retido pelo sujeito passivo da obrigação tributária, haveria de se distinguir duas situações: (i) hipótese de ICMS apurado em operações próprias, situação que não se configuraria como crime, mas mera inadimplência; (ii) casos de ICMS apurado e retido por substituição tributária, situação que se configuraria como crime do artigo 2º, II da Lei 8137 de 1990.

A Quinta Turma, por sua vez entendia que o não repasse do ICMS nas duas hipóteses (tanto o ICMS apurado em operações próprias, como o ICMS apurado e retido por substituição tributária) se configuraria como o crime previsto art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990, desde que comprovado o dolo.

Ao julgar o HC 399.109 – SC, o STJ unificou o entendimento em desfavor dos contribuintes. A Terceira Sessão por maioria decidiu que para a configuração da conduta típica descrita no artigo 2º, II, da Lei n. 8.137/90 basta que o agente aproprie-se do tributo descontado ou cobrado dos contribuintes de fato, ou seja, dos compradores dos produtos fornecidos pela empresa e deixe de recolhê-los aos cofres públicos. Vale dizer, o não repasse do ICMS apurado em operações próprias se configura como o crime previsto art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990.

No âmbito do STF, apesar de ainda não ter sido concluído o julgamento, há seis votos contra um, no sentido do entendimento do relator Ministro Luís Roberto Barroso, que tem a seguinte proposta: “O contribuinte que, de forma contumaz e com dolo de apropriação, deixa de recolher o ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço, incide no tipo penal do art. 2º, II, da Lei 8.137/90.”

O contribuinte que, de forma contumaz e com dolo de apropriação, deixa de recolher o ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço, incide no tipo penal do art. 2º, II, da Lei nº 8.137/90. O valor do ICMS cobrado do consumidor não integra o patrimônio do comerciante, o qual é mero depositário desse ingresso de caixa que, depois de devidamente compensado, deve ser recolhido aos cofres públicos. Vale ressaltar, contudo, que, para caracterizar o delito, é preciso comprovar a existência de intenção de praticar o ilícito (dolo).

O não repasse do ICMS recolhido pelo sujeito passivo da obrigação tributária, em qualquer hipótese, enquadra-se (formalmente) no tipo previsto art. 2º, II, da Lei nº 8.137/90, desde que comprovado o dolo. Em outras palavras, o tipo do art. 2º, II, da Lei nº 8.137/90 não fica restrito apenas às hipóteses em que há substituição tributária. O que se criminaliza é o fato de o sujeito passivo se apropriar do dinheiro relativo ao imposto, devidamente recebido

de terceiro, quer porque descontou do substituído tributário, quer porque cobrou do consumidor, não repassando aos cofres públicos.

Imagine-se a seguinte situação hipotética criada pelo Professor Márcio André Cavalcante (2018, p. 31-35):

João é sócio-gerente de uma loja de confecções. Ele vendeu diversas roupas e, no preço, embutiu os custos que ele teria com o ICMS. Em outras palavras, ele realizou operações que configuram fato gerador de ICMS. O agente entregou a Guia de Informação e Apuração do ICMS (chamada de GIA) ao Fisco Estadual, mas não recolheu o tributo devido. Sobre o tema, vale lembrar a Súmula 436 do STJ: A entrega de declaração pelo contribuinte reconhecendo débito fiscal constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do fisco. O STJ entendeu que sim: A conduta de não recolher ICMS em operações próprias ou em substituição tributária enquadra-se formalmente no tipo previsto no art. 2º, II, da Lei nº 8.137/90 (apropriação indébita tributária), desde que comprovado o dolo.

O não repasse do ICMS recolhido pelo sujeito passivo da obrigação tributária, em qualquer hipótese, enquadra-se (formalmente) no tipo previsto no art. 2º, II, da Lei nº 8.137/90, desde que comprovado o dolo.

Em outras palavras, o tipo do art. 2º, II, da Lei nº 8.137/90 não fica restrito apenas às hipóteses em que há substituição tributária. STJ. 3ª Seção. HC 399.109-SC, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 22/08/2018 (Info 633).

A defesa recorreu, então, ao STF. O que decidiu a Corte? João cometeu o crime? SIM. A conduta de não recolher ICMS enquadra-se no tipo previsto no art. 2º, II, da Lei nº 8.137/90: O contribuinte que, de forma contumaz e com dolo de apropriação, deixa de recolher o ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço incide no tipo penal do art. 2º, II, da Lei nº 8.137/90. STF. Plenário. RHC 163334/SC, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 18/12/2019 (Info 964).

O Min. Relator Roberto Barroso estabeleceu três premissas, reputadas importantes para a matéria: a) o Direito Penal deve ser sério, igualitário e moderado; b) o pagamento de tributos é dever fundamental de todo cidadão, na medida em que ocorra o fato gerador e ele exiba capacidade contributiva; e c) o mero inadimplemento tributário não deve ser tido como fato típico criminal, para que seja reconhecida a tipicidade de determinada conduta impende haver um nível de reprovabilidade especial que justifique o tratamento mais gravoso.

O valor do ICMS cobrado em cada operação não integra o patrimônio do comerciante, que é depositário desse ingresso de caixa. Esse entendimento é coerente com o que foi decidido pelo STF no RE 574.706 (Tema 69 da repercussão geral), oportunidade na qual ficou assentado que o ICMS não integra o patrimônio do sujeito passivo e, conseqüentemente, não compõe a base de cálculo do PIS e da Cofins.

Dessa maneira, a conduta não equivale a mero inadimplemento tributário, e sim à apropriação indébita tributária. Portanto, não se está punindo o agente pelo simples fato de ter deixado de pagar o tributo, mas sim por ter ficado para si com um valor que não lhe pertencia.

Assim, para caracterizar o tipo penal, a conduta é composta da cobrança do consumidor e do não recolhimento ao Fisco.

Sobre esse ponto, o professor Márcio André Cavalcante (2020, p. 21-26) traz importantes observações, *in verbis*:

Além da interpretação textual do art. 2º da Lei nº 8.137/90, ao se fazer uma interpretação histórica também se conclui pela existência de tipicidade na conduta. Na redação apresentada em substitutivo ao projeto de lei original, tratava-se, em incisos separados, a hipótese de retenção e não recolhimento e a hipótese de cobrança no preço e não recolhimento. No texto final aprovado, o dispositivo foi compactado sem a modificação do sentido da norma. Fundiu os dois incisos em um só e dispôs os termos “descontado”, para o tributo retido na fonte, e “cobrado”, para o incluído no preço.

De igual modo, a análise do direito comparado reforça essa compreensão. Em outras partes do mundo, os delitos tributários inclusive são punidos de forma mais severa. Interpretação teleológica Direitos fundamentais, serviços públicos e os objetivos da República são financiados com os tributos arrecadados.

No Brasil, o ICMS é o tributo mais sonegado e a principal fonte de receita própria dos Estados-membros. Logo, é inequívoco o impacto da falta de recolhimento intencional e reiterado do ICMS sobre o Erário. Considerar crime a apropriação indébita tributária produz impacto relevante sobre a arrecadação. Proteção da livre iniciativa A sonegação de tributos ofende, ainda, a livre iniciativa. Isso porque empresas que sistematicamente deixam de recolher o ICMS ficam em uma situação de vantagem competitiva em relação as que se comportam corretamente. No mercado de combustíveis, por exemplo, empresas que sonegam são capazes de alijar os concorrentes que cumprem suas obrigações.

Para consumação delitativa, exige-se, obrigatoriamente, o dolo. O crime de apropriação indébita tributária não comporta a modalidade culposa. Assim, é imprescindível a demonstração do dolo. Logo, não será todo devedor de ICMS que cometerá o delito. O inadimplente eventual distingue-se do devedor contumaz. O devedor contumaz faz da inadimplência tributária seu *modus operandi*.

Ante a impossibilidade de penetrar-se na psique do agente exige-se a observação de todas as circunstâncias objetivas do caso concreto, sendo certo que, deve-se demonstrar a representação do resultado pelo agente. Portanto, o dolo da apropriação deve ser apurado pelo juízo durante a instrução criminal a partir das circunstâncias objetivas e factuais, tais como inadimplência reiterada; a venda de produtos abaixo do preço de custo; criação de obstáculos à fiscalização; utilização de “laranjas”; falta de tentativa de regularização de situação fiscal; o encerramento irregular de atividades com aberturas de outras empresas, dentre outras condutas.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Supremo estabeleceu no acórdão do RHC n.º 163.334 que, para incidir no tipo penal disposto no art. 2º, II, da Lei n.º 8.137/1990, o contribuinte deverá: 1) deixar de recolher o ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou do serviço; 2) com ânimo de apropriação; 3) de maneira recorrente.

Para adequada percepção da importância desses julgados, tenha-se em mente que a responsabilidade penal deriva de mandados constitucionais de criminalização e estão sob o signo da discricionariedade regrada do legislador. Portanto, é razoável que ele criminalize condutas que malversem bens jurídicos estatais de suma importância para a sobrevivência estatal.

O papel das Cortes Superiores, como intérpretes legais e constitucionais no presente caso, apenas revela o conteúdo do tipo penal, sem analogias. Caso o legislador não concorde com a referida compreensão judicial sobre a abrangência do tipo penal do art. 2º, II, da Lei n.º 8.137/90, poderá editar norma que restrinja o referido alcance, revertendo a decisão judicial.

Pode-se criticar a política criminal por detrás da lei 8.137/1990, mas entende-se que a interpretação legal exposta nos acórdãos oriundos do RHC 163334/SC do STF e no HC 399.109 do STJ revestiram-se de fundamentação idônea e lógica.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAHAM, Marcus. **Justiça Fiscal, Direito Privado e Planejamento Tributário**. Tese de Doutorado. Departamento de Direito do Estado. Rio de Janeiro: UERJ, 2005.

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário**. 11ª ed. Rev., atual. e ampl. – Salvador – Ed. JusPodivm, 2017.

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Manual de Direito Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

AFONSO, Thadeu José Piragibe. **O Direito Penal Tributário e os instrumentos de política criminal fiscal**. Tese de Dissertação de Mestrado. Departamento de Direito do Estado. Rio de Janeiro: UERJ, 2011.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crimes federais – 9. ed. rev., atual. e ampl.** – São Paulo : Saraiva, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão geral no recurso extraordinário com agravo 999.425 Santa Catarina**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311404653&ext=.pdf>>. Acesso em: 16/11/2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso ordinário em habeas corpus 163.334 Santa Catarina. Relator: Min. Roberto Barroso.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaPastaFachin/anexo/RHC163334.pdf>>. Acesso em: 16/11/2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 399.109 – SC), Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz.** Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201701067980&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em 16/11/2020.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Informativo comentado: Informativo 633-STJ.** Disponível em: <<https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2018/12/Info-633-STJ-1.pdf>>. Acessado em 16/11/2020.

_____. Informativo comentado: **Informativo 964-STF.** Disponível em: <<https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2020/02/info-964-stf.pdf>>. Acessado em 16/11/2020.

EISELE, Andreas. **Apropriação indébita e ilícito penal tributário.** São Paulo: Dialética, 2001.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal – parte geral,** Rio de Janeiro: Forense, 2006, 17. ed..

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R.. **O custo dos direitos: Por que a liberdade depende dos impostos?** São Paulo: WMF Martins Fontes, 1ª ed. 2019. Kindle edition.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal,** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, v. 1.

MACHADO, Hugo de Brito; MACHADO, Schubert de Farias. **Dicionário de Direito Tributário.** São Paulo, Atlas, 2011.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

**Submetido em 07 dez. 2020. Aceito em 17 dez. 2020.*



OS DESAFIOS DA EMPRESA CONTEMPORÂNEA NO MUNDO PÓS-PANDEMIA: A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE COMO PONTO DE EQUILÍBRIO ENTRE A ORDEM ECONÔMICA E A PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE

Oton Fernandes Mesquita Junior*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A Pandemia do Corona Vírus: Como será a retomada da atividade econômica no Pós-Pandemia; 3. A Ordem Econômica e a preservação do meio ambiente: uma leitura sistemática da constituição; 4. Princípio da Solidariedade: o elo entre a Ordem Econômica e a Ordem Ambiental constitucional brasileira; 5. Conclusão; 6. Referências.

RESUMO

O presente trabalho pretende analisar a importância do princípio da solidariedade esculpido na Constituição federal, para a conformação entre a ordem econômica e a proteção ao meio ambiente, no contexto de retomada econômica em um cenário ainda incerto do pós-pandemia do COVID-19. Busca-se analisar como as empresas podem adotar o princípio da solidariedade como guia para superar a crise econômica, assim como para promover a defesa e a preservação do meio ambiente, assumindo esse compromisso com as presentes e futuras gerações. A metodologia utilizada se fundamenta na pesquisa bibliográfica e documental. A pesquisa é pura e de natureza qualitativa, com finalidade descritiva e exploratória.

Palavras-chave: Princípio da solidariedade. Ordem econômica. Meio ambiente. Empresa. COVID-19.

ABSTRACT

The present work intends to analyze the importance of the solidarity principle inscribed in federal Constitution, for the conformity between the economic order and the protection of the environment, in the context of economic recovery in a still uncertain scenario of the post-pandemic of COVID-19. It seeks to analyze how companies can adopt the principle of solidarity as a guide to overcome the economic crisis, as well as to promote the defense and preservation of the environment, assuming this commitment to present and future generations.

* Advogado. Mestrando do Curso de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal do Ceará. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará em 2014. E-mail: oton.junior@hotmail.com.

The methodology used is based on bibliographic and documentary research. The research is pure and of a qualitative nature, with descriptive and exploratory purposes.

Key words: Principle of solidarity. Economic order. Environment. Firm. COVID-19.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho propõe investigar como o princípio da solidariedade, esculpido no art. 3º, I da Constituição federal brasileira pode contribuir para promover um melhor equilíbrio entre a ordem econômica e a proteção do meio ambiente, sobretudo em um cenário de retomada da atividade econômica no mundo pós-pandemia.

No capítulo inaugural, pretende-se apresentar um panorama geral sobre os efeitos da pandemia na economia brasileira, analisar o comportamento adotado pelo governo federal no combate à pandemia e sua repercussão na atividade empresarial, bem como em relação ao meio ambiente.

No segundo ponto do artigo, busca-se mostrar o papel do mercado no sentido de agir observando as premissas impostas pelos princípios da ordem econômica em harmonia com o meio ambiente, por uma interpretação sistemática da Constituição, promovendo um equilíbrio entre a necessária atividade econômica e o meio ambiente, evitando-se dessa forma que o anseio pela retomada a qualquer custo possa causar danos irreversíveis ao meio ambiente.

No terceiro capítulo, tenciona-se mostrar brevemente a evolução do conceito de solidariedade, desde o seu contexto político, até ganhar status de norma constitucional e integrar um dos objetivos da Carta Política brasileira, bem como apresentar sua relevância para o equilíbrio entre a ordem econômica e o meio ambiente, sendo, pois, o fiel da balança entre o mercado e o compromisso com as futuras gerações.

No capítulo conclusivo, pretende-se verificar se o princípio da solidariedade previsto na Constituição brasileira tem como contribuir e balizar o comportamento das empresas no sentido de proporcionar uma maior conscientização sobre a utilização dos recursos naturais e suas consequências para o planeta.

Ao longo de todo trabalho, utilizar-se-á das ferramentas e conceitos de Direito e Economia, para auxiliar na compreensão de algumas questões relevantes do comportamento dos agentes econômicos em cenários de crise econômica global.

A metodologia de estudo utilizada para consecução dos objetivos do presente trabalho fundamenta-se na pesquisa bibliográfica e documental, sobretudo o estudo de livros, artigos

científicos, periódicos e textos jornalísticos e de opinião que tratem do assunto alvo deste trabalho. A pesquisa é pura e de natureza qualitativa, com finalidade descritiva e exploratória.

2 A PANDEMIA DO CORONA VÍRUS: COMO SERÁ A RETOMADA DA ATIVIDADE ECONOMICA NO PÓS-PANDEMIA?

Como será o mundo pós-pandemia? Certamente, essa é uma das maiores incógnitas da humanidade atualmente. Muito se especula como será o mundo depois que os países conseguirem implementar medidas médico-sanitárias satisfatórias e capazes de reduzir os riscos de contágio entre seus cidadãos, entretanto poucas são as respostas ainda.

A pandemia do coronavírus causou muitas perdas humanas por todo o planeta e trouxe bastante sofrimento para a humanidade. A última grande pandemia que assolou o planeta havia sido a Gripe Espanhola após o fim da Grande Guerra há cem anos. O surto de coronavírus, além de se mostrar um imenso desafio médico-sanitário para toda comunidade internacional, apresenta-se também como a causa de futuros e possivelmente severos problemas econômicos que, certamente, afetará a todos os países indistintamente, haja vista a globalização e a profunda conexão entre os mercados e as economias mundiais.

Em paralelo com a preocupação com a saúde da população, outro grande desafio dos países será promover medidas de estímulo para retomada gradual da economia, protegendo empresas, postos de trabalho, sem se esquecer, obviamente, da proteção ao meio ambiente. Todavia, a situação econômica que se projeta para o futuro, nesse contexto de pós-pandemia, é um cenário de várias incertezas, o que pode conduzir a uma situação de eventual desequilíbrio econômico. Segundo projeções do Fundo Monetário Internacional (FMI) (AGÊNCIA ESTADO, 2020, *online*), a economia global deve cair cerca de 4,9%, enquanto o Brasil deve amargar uma queda no seu Produto Interno Bruto (PIB) próximo de 9,1%, com elevação de seu endividamento para próximo de 102% do PIB. A se confirmar esses números, será a pior recessão econômica da história brasileira.

Segundo Kloefer (1994), em momento de fraqueza econômica, o equilíbrio pode ser alterado às custas da proteção ao meio ambiente. Essa, talvez, seja uma questão central para se analisar no contexto do pós-pandemia, pois, seguindo o raciocínio de Kloefer, é possível afirmar que a humanidade viverá uma situação de acentuada fraqueza econômica em decorrência da pandemia e que demandará um esforço gigantesco dos países para sair da recessão econômica que se aproxima. Para o autor alemão, diante de uma situação de recessão

ou depressão econômica, seria então aceitável promover uma retomada econômica ao custo de danos ambientais, incorporando os prejuízos causados ao meio ambiente como externalidades negativas.

À primeira vista, parece um *trade-off* razoável, ou seja, se for para salvar as economias mundiais, o meio ambiente poderia ser sacrificado para ajudar a combater mais uma recessão econômica global, permitindo que a humanidade supere mais essa crise. Mas será que o planeta aguenta pagar mais essa conta? Acredita-se que não seja essa a melhor opção, aliás, é sempre bom destacar que “o dano à natureza, quase sempre, volta-se contra o próprio ser humano, assombrando-o e, não raro, prejudicando-o de modo inevitável” (BENJAMIN, 2011, p. 96)

É certo que em momentos de extremas dificuldades econômicas, tanto as pessoas quanto as empresas tendem, quando instadas a tomar decisões econômicas importantes, a agir por incentivos, maximizando seus ganhos e reduzindo seus custos de forma racional (SALAMA, 2017). Contudo, diante de um cenário de muitas incertezas, haverá algum incentivo que induza os agentes econômicos a adotar comportamentos voltados para uma maior proteção ambiental, caso isso signifique elevar seus custos de transação?

Segundo Sustain e Thaler (2008), normalmente os governos optam por medidas de comando e controle que de certa forma vão de encontro à liberdade de escolha e ao livre mercado. Seguem afirmando que as empresas aderem mais facilmente a incentivos econômicos, ou *nudges*, que medidas coercitivas ou mandatórias.

Alinhados com esse pensamento exposto acima, Matias e Belchior (2007, p. 173) preceituam o seguinte:

No entanto, a intervenção estatal baseada na regulação sancionatória clássica não vem sendo suficiente como mecanismo de proteção ao meio ambiente. É importante, em conjunto com o sistema normativo vigente, a existência de instrumentos econômicos de política ambiental que possam acarretar, de uma forma efetiva, mudanças no comportamento dos agentes econômicos poluidores por meio de incentivos financeiros e de mercado.

Todavia, desde que o presidente Bolsonaro assumiu a presidência, o governo brasileiro tem dado maus exemplos tanto no combate à pandemia, quanto no enfrentamento ao desmatamento da Amazônia, enxovalhando o nome do país na comunidade internacional. Aliás, é bom destacar, que o próprio Ministro do Meio Ambiente, Ricardo Sales, em reunião ministerial ocorrida em 22/04/2020, disse que, durante a pandemia, seria o momento ideal

para “passar a boiada”, numa provável alusão ao afrouxamento de normas de proteção ambiental, uma vez que as atenções, sobretudo da mídia, estariam todas voltadas para o combate à pandemia do coronavírus. Em matéria veiculada antes mesmo da mencionada reunião ministerial, o *Green Peace* (GREENPEACE BRASIL, 2020, *online*) já alertava para o projeto do governo Bolsonaro com a finalidade de destruição da Amazônia em meio à pandemia do COVID-19.

É bastante preocupante que o governo brasileiro nesse momento de profunda retração econômica ainda esteja negligenciando a política de proteção ambiental, sobretudo no tocante ao desmatamento desenfreado na Amazônia. Esse comportamento errático do governo brasileiro pode induzir que os agentes econômicos não se comprometam com a proteção da natureza, e resolvam transferir para sociedade os custos de eventuais danos ambientais que venham a causar, uma vez que o governo federal vem promovendo o desmantelamento dos órgãos ambientais, bem como afrouxando a fiscalização. Uma prova disso, é que na gestão Bolsonaro se aplicou o menor número de multas dos últimos 25 anos, o que evidencia uma política de conivência com ilícitos ambientais (BRANT; WATANABE, 2020, *online*).

Recentemente, uma carta assinada por diversos fundos de investimento internacionais (AZEVEDO, 2020, *online*), advertiu o governo brasileiro sobre sua política ambiental, deixando bem evidente que estão preocupados com o avanço do desmatamento na Amazônia e com violação dos direitos dos povos indígenas e de suas terras, com possíveis impactos no Acordo de Paris. Esse comportamento um tanto controverso da gestão Bolsonaro acerca da proteção ao meio ambiente, acaba por incentivar que agentes econômicos não busquem adotar boas práticas de gestão ambiental. Outra consequência funesta das práticas do governo federal no tocante ao meio ambiente, é o reflexo negativo na imagem do agronegócio brasileiro.

Não obstante a balança comercial brasileira ainda se sustente na pujança do setor agropecuário nacional (KIANEK, 2020, *online*), é extremamente preocupante que os países importadores e grandes conglomerados internacionais possam retaliar os exportadores brasileiros devido a desastrosa condução da política ambiental. Seria muito ruim para a economia brasileira se isso ocorresse em plena pandemia, pois tudo indica que o agronegócio é quem vai sentir menos os impactos da crise econômica.

Para se coibir o avanço da poluição e do desmatamento, propõe-se, então, uma maior integração entre os princípios que norteiam a Ordem Econômica prevista no art. 170 da Constituição federal com o Meio Ambiente previsto no art. 225 também da Carta Magna. Obviamente não se descarta a importância dos incentivos econômicos apontados ao longo do

tópico, através das ferramentas de Direito e Economia, todavia não é exatamente o escopo do trabalho, que pretende focar mais no aspecto normativo e integrador do princípio da solidariedade como elo entre a ordem econômica e a ordem ambiental.

Adiante, mostrar-se-á como o mercado pode trabalhar e voltar a produzir, gerando emprego e renda sem se descuidar da proteção ambiental tão importante para as atuais e futuras gerações, tendo o princípio da solidariedade como elo entre o mercado e o meio ambiente.

3 A ORDEM ECONÔMICA E A PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE: UMA LEITURA SISTEMÁTICA DA CONSTITUIÇÃO

As empresas devem compreender que não basta produzir, vender e entregar os lucros aos seus *shareholders* ou *stakeholders*. A responsabilidade social da empresa vai muito além disso. A Responsabilidade Social Empresarial (RSE) consiste, portanto, na participação ativa da empresa na sociedade, e deve, para tanto, observar os direitos humanos, a proteção ao meio ambiente, ter uma conduta ética para com seus colaboradores e consumidores, sempre buscando equilibrar a produção de riqueza e a melhoria da sociedade (IDOWU, 2015).

Ampliando ainda mais o conceito sobre responsabilidade social empresarial, pega-se emprestado uma definição de Mascarenhas e Costa (2011, p. 146):

Deste modo, definimos responsabilidade social e ambiental como um processo contínuo, progressivo e voluntário que congrega, por um lado, a competência da empresa em cooperar e interagir com a comunidade sobre questões sociais e ambientais, levando em consideração os seus valores e atitudes para atingir os seus objetivos e, por outro lado, envolve tanto processos de regulação tais como as normas, a gestão dos stakeholders e da ética empresarial, o marketing social e os rótulos sociais e ecológicos como processos de execução de obrigações ambientais legais. **Deste modo, a responsabilidade social e ambiental desencadeia processos de socialização ecológica e ética, de solidariedade social e ambiental tanto por parte dos agentes sociais da empresa como dos sujeitos que são simultaneamente cidadãos e consumidores.** (grifos nossos)

Entre os conceitos analisados sobre RSE, verifica-se que há uma estreita correlação entre a atividade empresarial com a proteção e preservação do meio ambiente. Essa relação está também bastante clara no art. 170 do texto constitucional, quando se observa que entre os princípios da Ordem Constitucional há a necessária observância da livre iniciativa à função social da propriedade, à defesa do consumidor e à defesa do meio ambiente, só para mencionar esses três, que se encaixam melhor no escopo desse artigo.

Conforme reforça Fiorillo (2013), os recursos ambientais não são inesgotáveis, sendo, pois, inadmissível que as atividades econômicas de desenvolvam alheias a esse fato. Arremata afirmando que uma sociedade deve promover o desenvolvimento sustentável e planejado para que os recursos existentes não se esgotem ou se tornem inócuos. Nessa mesma toada, sob uma perspectiva mais econômica, Gullo (2010, p. 19) conclui que “há que se pensar em uma forma de equalizar as necessidades ilimitadas do ser humano, com a oferta limitada dos recursos naturais”.

Segundo Derani (2008), a Constituição tem este caráter integrador entre a Ordem Econômica e a Ordem Ambiental, com o objetivo de promover a melhoria da qualidade de vida e consagrar o direito de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, que na sua visão é também um direito fundamental semelhante àqueles previstos no art. 5º da Carta Magna. De posse desse entendimento, verifica-se que a atividade empresarial não é arbitrária nem desvinculada dos preceitos constitucionais.

A atividade econômica, fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, não pode ser interpretada fora de um contexto, ou seja, conforme afirma Grau (2010), uma norma deve ser interpretada pelo método de interpretação lógico-sistemática, posto que não se interpretam textos normativos constitucionais isoladamente, mas sim no seu todo.

Conforme afirma Derani (2008), não há essencialmente uma separação material entre economia e ecologia, pois a base de desenvolvimento das relações produtivas se encontra na natureza, esta união se faz sentir dentro do ordenamento jurídico, onde a realização do art. 225 da Constituição, passa pela efetivação dos elementos presentes no art. 170 e vice-versa.

Derani (2008) continua afirmando que o desenvolvimento econômico deve incluir o uso sustentável dos recursos naturais, pois, na visão da autora, qualquer política que se proponha unicamente monetarista, acaba por colidir frontalmente com os princípios constitucionais que regem a ordem econômica e os que tratam da defesa do meio ambiente.

Certamente, nesse contexto de pandemia, é o Estado, por meio de instrumentos de política econômica, quem promoverá as condições para que o mercado possa superar a crise econômica. Por certo, o mercado também tem um papel fundamental nessa reconstrução. Segundo Matias (2009b, p.20), “mercado é instrumento de regulação das relações sociais, não exercendo apenas a função de alocação de recursos, mas também de sua distribuição”. Para Matias (2009b), as relações econômicas são sempre reguladas por normas jurídicas, justamente para coibir excessos dos agentes econômicos que integram o chamado mercado.

Ainda sobre o conceito de mercado, Grau (2010) afirma que como o mercado é movido por interesses egoísticos, ou seja, pela busca pelo maior lucro possível, é preciso substituir os critérios subjetivos por padrões objetivos de conduta, o que implicaria na superação do individualismo próprio dos agentes do mercado, por isso este deve ser regulado por normas jurídicas.

A pandemia do COVID-19 e a quarentena imposta pelo isolamento social, de acordo com Boaventura de Sousa Santos (2020, *ebook*), abrem uma janela de oportunidade para que a humanidade possa repensar o modo de viver, produzir, consumir, e de conviver nesses primeiros anos do século XXI. Em matéria recentemente publicada na Revista *Foreign Affairs*, a autora, Sonia Shah (2020, *online*), corrobora com esse pensamento de Boaventura de Sousa Santos, de que a pandemia pode ser uma oportunidade única para promover uma transformação no estilo de vida, que leve a maior proteção dos ecossistemas compartilhados, e alerta que a crise climática ainda não convenceu que os líderes mundiais adotassem o consumo sustentável de energia e outros recursos naturais, mas que, talvez, os enterros em valas comuns provocadas pela COVID-19 e sua devastação econômica talvez consigam².

No entanto, há quem imagine que a pandemia servirá de catalisador para acentuar ainda mais as desigualdades sociais e econômicas no mundo. Klein (2008), em sua obra “A Doutrina do Choque”, tratou exatamente de explicar o que denominou de capitalismo de desastre, que surge em momentos de grandes choques, provocados por eventos como terrorismo, golpes de estado, guerras e calamidades naturais. Talvez, a pandemia seja então esse evento capaz de aprofundar ainda mais as desigualdades econômicas mundiais com repercussões ainda mais nefastas para o meio ambiente.

Nesse contexto, Fensterseifer (2008) defende em seu estudo, a adoção de uma nova ordem estatal, denominada de Estado Socioambiental de Direito, que pressupõe a existência de uma dimensão social e outra ecológica como elementos de um projeto jurídico-político compatível com a Lei fundamental brasileira.

Ainda segundo Fensterseifer (2008), o Estado Socioambiental de Direito é um estado regulador da atividade econômica, capaz de dirigi-la e ajustá-la aos valores e princípios constitucionais, com objetivo de promover o desenvolvimento humano e social de forma

² “To date, neither the growing toll of the climate crisis nor the thousands of extinctions caused by habitat destruction have convinced political leaders to embrace sustainable consumption of energy and other natural resources. Perhaps the mass graves being excavated to bury COVID-19 victims and the economic devastation suffered by tens of millions of people who have lost their livelihoods due to nationwide lockdowns will. If so, the COVID-19 pandemic may present a unique opportunity for the kind of transformative lifestyle changes that could save lives, livelihoods, wild species, and our shared ecosystems” (tradução livre).

ambientalmente sustentável. Assim, o autor entende que o princípio do desenvolvimento sustentável esculpido no art. 170 da Constituição está vinculado a uma ideia de capitalismo socioambiental que visa compatibilizar os princípios da Ordem Econômica com a ordem ambiental prevista no art. 225 da Carta Política.

Seguindo uma mesma linha de pensamento, Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2018) afirmam que os desafios imposto pela crise ecológica, e pela sociedade tecnológica e industrial, passou a ser necessária a superação do paradigma do Estado Liberal e do Estado Social, evoluindo para um novo modelo de Estado Socioambiental de Direito. Nessa toada, os autores complementam:

A compreensão integrada e interdependente dos direitos sociais e da proteção do ambiente, mediante a formatação dos direitos fundamentais socioambientais, constitui um dos esteios da noção de desenvolvimento sustentável no âmbito do Estado Socioambiental de Direito, de tal sorte que o desenvolvimento sustentável (e o correspondente princípio da sustentabilidade) tem assumido a condição de princípio constitucional de caráter geral [...]. O Estado Democrático de Direito, com o propósito de promover a tutela da dignidade humana em face dos novos riscos ambientais e da insegurança gerados pela sociedade tecnológica contemporânea, deve ser capaz de conjugar os valores fundamentais que emergem das relações sociais e, por meio das suas instituições democráticas (e adequada regulação jurídica), garantir aos cidadãos a segurança necessária à manutenção e proteção da vida com qualidade ambiental, vislumbrando, inclusive, as consequências futuras resultantes da adoção de determinadas tecnologias. (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2018, p. 306)

Para Bosselmann (2008), definir sustentabilidade é tão complexo quanto definir o conceito de justiça, demanda uma reflexão baseada em valores e princípios, portanto, qualquer discurso sobre sustentabilidade é essencialmente ético. O conceito de desenvolvimento sustentável é derivado do princípio da sustentabilidade, e só é significativo se relacionado à ideia central de sustentabilidade ecológica.

Ainda segundo Bosselmann (2008), o desenvolvimento deve ser baseado na sustentabilidade ecológica a fim de atender às necessidades das pessoas que vivem hoje, o que o autor chama de equidade intrageracional, e do futuro, qualificado de justiça intergeracional. O autor alerta para uma reconciliação entre valores ambientais, direitos de propriedade, justiça social e interesses comerciais no centro da maioria dos casos que envolvam direito ambiental, e complementa afirmando que leis, tratados e princípios jurídicos precisam ser interpretados à luz do princípio da sustentabilidade, pois, segundo o autor, este princípio é capaz de fornecer orientações cruciais para a promoção da justiça, dos direitos humanos e sobre a soberania do Estado.

Essa influência do princípio da sustentabilidade levantado por Bosselmann sobre o ordenamento jurídico de um Estado pode ser traduzido no conceito de transversalidade que, segundo Fensterseifer (2008), é expressão que adquire maior projeção político-administrativa para a abordagem ambiental, e diz respeito exatamente à ideia de irradiação das normas ambientais para todas as esferas do Poder Público, alcançando, inclusive, a sociedade, a ponto de modelar comportamentos em favor da defesa ecológica, e complementa:

Na medida em que a proteção do ambiente é colocada na estrutura constitucional do Estado brasileiro como dever de proteção estatal, e também como direito fundamental da pessoa humana, há que se remodelar a estrutura do Estado no intuito de traçar, de forma “transversal” e cooperativa, a atuação de todos os seus poderes políticos, entes estatais, órgãos administrativos, etc., a fim de perseguir e atingir tal objetivo. Diante de tal contexto, é possível demarcar o novo papel constitucional do Estado em face da tutela do ambiente, tendo, inclusive, o art. 225, §1º, da Constituição, arrolado uma série de tarefas ambientais para os poderes públicos. A proteção do ambiente passa, de forma definitiva, a constituir-se como objetivo ou fim constitucional do Estado de Direito brasileiro. (FENSTERSEIFER, 2008, p. 145)

No contexto da pandemia do coronavírus, observa-se que há um conflito intergeracional latente. A geração atual precisa produzir o suficiente para retirar a economia global da recessão, no entanto, essa mesma geração tem o compromisso indelével com as futuras gerações, pois, necessariamente precisa entregar o planeta em condições iguais ou melhores para as gerações vindouras.

Aqui no Brasil, a Constituição deixou isso bastante evidente no art. 225 quando afirmou que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo-se a todos o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Para além da solidariedade estampada no art. 225 da Carta Política, Matias e Belchior (2007, p. 173) complementam afirmando que “é impossível o divórcio entre normas de incremento de práticas econômicas socialmente justas, proporcionando uma correta distribuição de riqueza, com normas destinadas à proteção do meio ambiente”.

É o princípio da solidariedade que faz essa ponte intergeracional, que busca, portanto, conformar essa situação um tanto conflitante, de uma geração que precisa sobreviver à pandemia, fazer com que a economia retome o rumo desejado, e ao mesmo tempo, precisa preservar a natureza tanto para si como para as próximas gerações. No próximo tópico, explorar-se-á mais detidamente a importância do princípio da solidariedade, desde suas origens, até atingir o patamar de norma constitucional.

4 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE: O ELO ENTRE A ORDEM ECONÔMICA E A ORDEM AMBIENTAL CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Muito tem se falado em solidariedade durante a pandemia do coronavírus. Recentemente, dois dos maiores pensadores da atualidade, Slavoj Žižek e Yuval Harari, escreveram textos que retratam a necessidade da solidariedade e da cooperação global para o enfrentamento do surto de coronavírus. Žižek (2020) chega a mencionar que somente uma solidariedade incondicional e uma resposta coordenada globalmente serão capazes de permitir a sobrevivência de todos. Já Harari (2020), afirma que o verdadeiro antídoto para o vírus não é a segregação, mas a cooperação. Segue afirmando que sem confiança e solidariedade global, a humanidade não será capaz de parar a epidemia do coronavírus e provavelmente enfrentará outras epidemias no futuro.

A solidariedade descrita pelos pensadores acima caracteriza-se por ser do tipo política, mais voltada para a questão moral, que propriamente jurídica. Como bem destacou Diniz (2007), tem-se a solidariedade tanto como valor, que seria a maior exigência de solidariedade entre os membros de uma comunidade política, quanto a solidariedade como princípio jurídico, que tem por objetivo a efetivação de direitos de segunda e terceira dimensão, e afirma:

A realização da solidariedade social, entendida como princípio jurídico-constitucional, concebe-se, então, como um ato complexo, no qual concorrem tanto o Poder Público como a sociedade civil organizada e somente a Constituição, que acolhe a dignidade humana e o pluralismo social e político como princípios essenciais, pode fornecer as diretrizes ideológicas, políticas e jurídicas para sua otimização e implementação. (DINIZ, 2007, p. 173-174)

A solidariedade que se propõe explorar nesse trabalho é aquela do tipo jurídico-normativo, todavia sem desconsiderar seu valor ético e de virtude essencial à vida em comunidade. De acordo com Matias (2009b, p.82), “é consensual a relevância da solidariedade social para a contemporaneidade, [...] é o que torna possível a vida em sociedade, servindo de padrão para o equilíbrio entre as relações sociais”. Ainda segundo o autor, a solidariedade, de simples preceito moral, transformou-se em princípio jurídico apto a incidir sobre toda a ordem jurídica, o que lhe confere exigibilidade, impondo que seu conteúdo seja utilizado como critério interpretativo para outras normas:

O princípio da solidariedade social determina e condiciona a interpretação das normas de regulação do mercado. É sob esta nova perspectiva que a regulação da atividade econômica exercida pelas empresas deve ser analisada. A autonomia empresarial, regida em primeiro plano pelas forças do mercado, deve estar sintonizada com as normas constitucionais (MATIAS, 2009a, p. 44)

Leciona Matias (2009a, p.79): “a função social da empresa é corolário da função social da propriedade, imperativo que decorre da ordem jurídica do mercado, moldada pelo princípio da solidariedade”; significa que, a atividade empresarial deve observar a solidariedade como uma bússola a indicar uma melhor conformação com os demais princípios e regras constitucionais, sobretudo àquelas que tratam especificamente da proteção ao meio ambiente. O princípio da solidariedade não apenas indica o caminho, mas exige e cobra responsabilidade de quem tomou caminho diverso.

Nesse sentido, ainda que seja importante e desejável uma rápida retomada econômica no cenário pós-pandemia, isso não significa dizer que o meio ambiente deve arcar com eventuais externalidades provocadas por empresas ou pessoas que inescrupulosamente buscam apenas a recuperação econômica a qualquer custo, em desacordo com os preceitos constitucionais de proteção ao meio ambiente.

Como ficou bem claro, a solidariedade evoluiu de um simples dever moral, para ganhar *status* de princípio constitucional, um dos objetivos da República brasileira, encartado no art. 3º, I da Carta Política. Dito isso, é imperativo que todos, indistintamente, atuem solidariamente para a reconstrução da economia brasileira, o que significa dizer que “a solidariedade expressa a necessidade fundamental de coexistência do ser humano em um corpo social, formatando a teia de relações intersubjetivas e sociais que se traçam no espaço da comunidade estatal” (FENSTERSEIFER, 2008, p.151).

A solidariedade não é mais a resultante de ações éticas, caridosas ou fruto de compaixão, evoluiu e foi alçada a princípio geral do ordenamento jurídico brasileiro, dotada de força normativa, com grande relevância para a conformação entre a ordem econômica e a ordem ambiental. (BODIN DE MORAES, 2003, p. 117 *apud* FERSENTEIFER, 2008, p. 151).

Para Fensterseifer (2008), o princípio da solidariedade se encontra inserido no conceito de desenvolvimento sustentável, devido a própria natureza difusa do bem ambiental, com a ideia de responsabilidade compartilhada entre o ente estatal e a sociedade como um todo. Outro aspecto levantado pelo autor, que tem relação direta também o conceito de

sustentabilidade, é a importância da solidariedade entre as gerações humanas presentes e futuras.

Há, basicamente, um princípio de justiça ou equidade intergeracional a nortear as ações das gerações atuais, sem se esquecer de que existe um compromisso de entregar o planeta em condições ambientalmente sustentáveis para as próximas gerações, e conclui seu pensamento da seguinte forma:

A proteção ambiental passa a ser uma das bases-éticas fundamentais da sociedade contemporânea na sua caminhada civilizatória, exigindo-se, para o convívio harmonioso entre todos os integrantes da comunidade humana, a firmação de um pacto socioambiental em relação à proteção da Terra, onde todos os atores sociais e estatais assumam as suas responsabilidades e papéis na construção de uma sociedade nacional e mundial ambientalmente saudável. Propõe-se uma reconciliação do homem natural com o homem político. (FENSTERSEIFER, 2008, p.156)

Conforme afirma Herman Benjamin (2011, p.88), “um dos pilares da sustentabilidade é exatamente a solidariedade intergeracional”. Conforme afirma Turner (1993, p. 32 *apud* BENJAMIN, 2011, p.88), a solidariedade entre gerações é uma espécie de “contrato social intergeracional, que garante ao futuro as mesmas oportunidades que foram abertas no passado”. Prossegue Benjamin (2011) dizendo que a solidariedade, tradicionalmente atrelada às relações intrageracionais, assume um papel agora de regular o relacionamento entre gerações diversas, apontando para a direção de uma justiça entre as várias gerações, visando assegurar a conservação da natureza para as futuras gerações, garantindo a perpetuação da espécie humana com as mesmas qualidades devida atuais.

Para Miranda (2016, p. 195), “os titulares presentes dos direitos fundamentais têm que agir, até certo ponto, como administradores fiduciários daqueles que lhes hão de suceder”. Miranda (2016, p. 195-196) prossegue afirmando que a ideia de direitos fundamentais das gerações futuras não é apenas uma questão retórica, sem qualquer relevância jurídica, pelo contrário, afirma que os direitos das gerações presentes terminam quando o exercício desses direitos exorbitam ou se tornam abusivos a ponto de colocar em risco o direitos das gerações futuras, considerando que isso colocaria em risco também a própria sobrevivência da espécie humana.

Portanto, é de extrema importância que os agentes econômicos tenham consciência de seu papel não apenas como propulsor da atividade econômica, mas também comprometidos com o desenvolvimento sustentável, orientados pelo princípio da solidariedade, e promovam a recuperação econômica do país no pós-pandemia, sem se esquecer do compromisso assumido,

perante a Constituição, com a defesa e preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

5 CONCLUSÃO

Inicialmente, projetou-se um cenário de recessão econômica no Brasil e no mundo, conforme atestou os números do FMI. Diante das incertezas do pós-pandemia, o que se buscou fazer foi mostrar que o comportamento errático do governo brasileiro no enfrentamento do COVID-19 e no combate ao desmatamento descontrolado na Amazônia pode, de alguma forma, desencadear uma onda de infrações ambientais no momento que se busca uma recuperação econômica, sobretudo pelo mau exemplo apresentado pelo próprio governo.

Imagina-se que os agentes econômicos que não tenham em sua matriz de responsabilidade social uma ética ambiental enraizada na cultura da empresa, possam, então, incentivadas pelos maus exemplos do governo federal, promover ações de recuperação econômica totalmente desvinculadas de uma preocupação ambiental.

Em seguida, mostrou-se a importância de uma mudança no modelo de Estado Social para um Estado Socioambiental de Direito, elevando o destaque de questões ambientais para o centro do debate político e social, consubstanciado na transversalidade, ou seja, na irradiação de preceitos ambientais por toda a ordem jurídica brasileira, e consagrando os direitos ambientais à categoria de direitos fundamentais.

Estabeleceu-se também a importância do diálogo permanente entre os princípios encartados na Ordem Econômica no art. 170, com aqueles previstos na Ordem Ambiental no art. 225, consoante uma interpretação lógico-sistemática da Constituição, assegurando-se que toda e qualquer recuperação econômica no contexto do pós-pandemia deve passar necessariamente pelo equilíbrio entre a atividade econômica e a defesa e preservação do meio ambiente.

Apresentou-se o princípio da solidariedade como elo que fortalece ainda mais essa harmonia entre os princípios previstos na ordem econômica com aqueles que propõem a defesa e preservação do meio ambiente. Aprofundou-se a discussão, mostrando que o conceito de solidariedade vai muito além de um valor moral, evoluiu e se tornou um princípio constitucional dotado portanto de normatividade e exigibilidade, sendo, portanto, fonte e ponto de partida para melhor interpretação das normas constitucionais.

Por fim, conclui-se que o princípio da solidariedade, que incorpora o princípio da sustentabilidade previsto no art. 225 da Constituição, exige o convívio harmonioso e responsável entre os membros de uma comunidade política, com a finalidade de proteger o meio ambiente, garantindo-se uma equidade intergeracional, obrigando a todos indistintamente o uso consciente e equilibrado dos recursos naturais entre as presentes e futuras gerações, mesmo em situações excepcionais de recuperação econômica.

6 REFERÊNCIAS

AGÊNCIA ESTADO. FMI corta projeção para o PIB do Brasil em 2020 para recuo de 9,1% em 2020: Para 2021, o FMI elevou a estimativa de crescimento de 2,9% para 3,6%. **Infomoney**, São Paulo, p. 1-2, 24 jun. 2020. Disponível em: <<https://www.infomoney.com.br/economia/fmi-corta-projecao-para-o-pib-do-brasil-em-2020-para-recuo-de-91-em-2020/>>. Acesso em: 1 jul. 2020.

AZEVEDO, Reinaldo. Carta aberta de instituições financeiras pelo fim do desmatamento no Brasil. **Uol**, São Paulo, p. 1-2, 24 jun. 2020. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/colunas/reinaldo-azevedo/2020/06/24/carta-aberta-de-instituicoes-financeiras-pelo-fim-do-desmatamento-no-brasil.htm>>. Acesso em: 10 jul. 2020.

BELCHIOR, Germana Parente Neiva; MATIAS, João Luís Nogueira. Direito, economia e meio ambiente: a função promocional da ordem jurídica e o incentivo a condutas ambientalmente desejadas. **Nomos, Revista do programa de pós-graduação em direito - UFC**, [S. l.], v. 27, p. 155–176, 2007. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/20421>. Acesso em: 26 jul. 2020.

BENJAMIN, Antônio Herman. A natureza no direito brasileiro: coisa, sujeito ou nada disso. **Nomos, Revista do programa de pós-graduação em direito - UFC**, [S. l.], v. 31, n. 1, p. 79–96, 2011. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/398>.

BOSELDMANN, Klaus. **The Principle of sustainability: transforming law and governance**. Hampshire: Ashgate, 2008.

BRANT, Danielle; WATANABE, Phillippe. Sob Bolsonaro, multas ambientais caem 34% para menor nível em 24 anos: Ano em que as autuações foram igualmente baixas, 1995 registrou maior desmate da história. **Folha de São Paulo**, Brasília, ano 2020, 9 mar. 2020. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/ambiente/2020/03/sob-bolsonaro-multas-ambientais-caem-34-para-menor-nivel-em-24-anos.shtml?origin=folha>>. Acesso em: 20 jul. 2020.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. Estado social e princípio da solidariedade. **Nomos, Revista do programa de pós-graduação em direito - UFC**, [S. l.], v. 26, n. 1, p. 171–184,

2007. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/20117>.

FENSTERSEIFER, Tiago. Estado Socioambiental de Direito e o princípio da solidariedade como seu marco jurídico-constitucional. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, [S. l.], v. 2, n. 2, p. 132–157, 2008. DOI: 10.30899/dfj.v2i2.546. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/546>. Acesso em: 17 jun. 2020.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (Intepretação e crítica)**. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

GREENPEACE BRASIL. Governo Bolsonaro acelera projeto de destruição florestal em meio à pandemia: Enfraquecimento da fiscalização e mensagem do governo para avançar sobre a Amazônia são os maiores motores do desmatamento. **Greenpeace**, São Paulo, p. 1-2, 14 abr. 2020. Disponível em: <https://www.greenpeace.org/brasil/blog/governo-bolsonaro-acelera-projeto-de-destruicao-florestal-em-meio-a-pandemia/>. Acesso em: 30 jun. 2020.

GULLO, Maria Carolina. O pensamento econômico e a questão ambiental: uma revisão. **Instituto de Pesquisas Econômicas e Sociais**, [S. l.], n. 41, 2010. Disponível em: <https://fdocumentos.com/document/o-pensamento-economico-e-a-questao-ambiental-uma-revisao.html>.

HARARI, Yuval Noah. In the battle against coronavirus, humanity lacks leadership. **Time**, [S. l.], 2020. Disponível em: <https://time.com/5803225/yuval-noah-harari-coronavirus-humanity-leadership/>.

IDOWU, Samuel O. et Al. **Dictionary of Corporate Social Responsibility**. Cham: Springer International Publishing, 2015. DOI: 10.1007/978-3-319-10536-9. Disponível em: <http://link.springer.com/10.1007/978-3-319-10536-9>.

KIANEK, Alessandra. Agronegócio atinge o recorde de 55,8% do total exportado pelo Brasil: Safra e controle rígido de normas sanitárias na produção de alimentos garantem o crescimento mesmo em meio à pandemia. **Veja**, São Paulo, ano 2020, n. 2687, 15 maio 2020. Economia. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/economia/agronegocio-atinge-o-recorde-de-558-do-total-exportado-pelo-brasil/>. Acesso em: 30 jun. 2020

KLEIN, Naomi. **A doutrina do choque: a ascensão do capitalismo de desastre**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008.

KLOEPFER, Michael. An Authoritarian Ecological State? **European Environmental Law Review**, [S. l.], p. 112–115, 1994.

MASCARENHAS, Maria Paula Vilhena.; COSTA, Cristiana dos A. Fernandes. Responsabilidade Social e Ambiental das Empresas. Uma perspectiva sociológica. **Latitude**, [S. l.], v. 7, n. 2, p. 141–167, 2011. DOI: 10.28998/2179-5428.20110207. Disponível em: <https://doi.org/10.28998/2179-5428.20110207>. Acesso em: 27 jul. 2020.

MATIAS, João Luís Nogueira. **A função social da empresa e a composição de interesses na sociedade limitada**. 2009a. Universidade de São Paulo, [S. l.], 2009. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-06052010-140746/publico/Dissertacao_Joao_Luis_Nogueira_Matias.pdf.

MATIAS, João Luís Nogueira. A ordem econômica e o princípio da solidariedade na constituição federal de 1988. **Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, [S. l.], v. 29, n. 2, p. 69–89, 2009b. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/6414>. Acesso em: 26 jul. 2020.

MIRANDA, Jorge. Responsabilidade intergeracional. **Ius Gentium**, [S. l.], v. 7, n. 1, p. 149–199, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme;; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SHAH, Sonia. Mass Consumption Is What Ails Us: To Avoid Pandemics, Our Whole Economy Needs to Change. **Foreign Affairs**, New York, ano 2020, 17 abr. 2020. Disponível em: <https://www.foreignaffairs.com/articles/world/2020-04-17/mass-consumption-what-ails-us>. Acesso em: 1 jul. 2020.

ZIZEK, Slavoj. **Pandemic! COVID-19 shakes the world**. New York: OR Books, 2020.

**Submetido em 28 out. 2020. Aceito em 18 dez. 2020.*



DIREITO DIÁRIO

O Direito é o meio pelo qual o Estado organiza a sociedade, então, entendemos por bem desenvolver uma ferramenta online na qual fosse possível inserir pessoas dos mais variados contextos na realidade jurídico-social brasileira.

Assim surgiu o portal virtual jurídico Direito Diário, que tem como objetivo a disseminação de informações e conhecimentos jurídicos. Por meio de diferentes tipos textuais, a Equipe Direito Diário traz constantemente notícias, artigos de opinião e dicas sobre as principais temáticas do mundo jurídico.

Outro ponto que impulsionou o nascimento do Direito Diário foi o desafio constante de se manter bem informado sobre os principais acontecimentos jurídicos. Em face de tais percepções, temos então um portal virtual que contempla não só aplicadores do Direito, como também o público em geral; produzindo textos com linguagem e informações que mesclam o melhor entre essas realidades.

Agora estamos em um nível mais ousado desse projeto, com a publicação da Revista Direito Diário, apresentamos artigos de cunho científico que incentivam discussões ainda mais aprofundadas e relevantes para nossa sociedade.