

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1147

(Ano XV)

(22/04/2023)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

Conselho Editorial

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA (DF): Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário. Advogado. Delegado de Polícia PCDF/Ap.

MARCELO FERNANDO BORSIO (MG): Pós-doutor em Direito da Seguridade Social pela Universidade Complutense de Madrid. Pós-Doutorando em Direito Previdenciário pela Univ. de Milão. Doutor e Mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica/SP.

FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA MAFRA FILHO (MT): Doutor em Direito Administrativo pela UFMG.

RODRIGO LARIZZATTI (DF/Argentina): Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA.

MARCELO FERREIRA DE SOUZA (RJ): Mestre em Direito Público e Evolução Social u, Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

KIYOSHI HARADA (SP): Advogado em São Paulo (SP). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP.

SERGIMAR MARTINS DE ARAÚJO (Montreal/Canadá): Advogado com mais de 10 anos de experiência. Especialista em Direito Processual Civil Internacional. Professor universitário.

CAMILA ALENCAR COIMBRA: Bacharelanda em Jornalismo. Colaboradora em editoração.

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

QR Code do Volume 1147



Nossa Missão: disponibilizar o máximo de conteúdo de qualidade aos leitores, facilitando a pesquisa acadêmica e profissional em um único lugar.

Boletim Conteúdo Jurídico.

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1147, (ano XV) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2023. 291. *fls.*

Revista eletrônica Interdisciplinar com predominância na área do Direito. Obra coletiva.

Recurso *online*. Publicação semanal.

ISSN 1984-0454

Coordenação: Valdinei Cordeiro Coimbra.

1. Portal de conteúdo Jurídico. 2. Interdisciplinar. Direito. 3. Filosofia. Educação. 4. Outros.

CDD – 020.5

SUMÁRIO

COLUNA



Brasília, símbolo da modernidade e do poder
Wellington Luiz, 08.

ARTIGOS

A Teoria da Imprevisão na visão do STJ nas relações contratuais
Valdinei Cordeiro Coimbra, 10.

A polêmica natureza jurídica dos bens afetados à concessão de serviço público
Anna Cintia Rocha Ximenes de Mendonça, 17.

Ética profissional na advocacia
Jesse Marques Rodrigues da Mota, 30.

Ativismo pedófilo: breve histórico e reivindicações
Wendell Ribeiro, 48.

Audiência de retratação prevista no art.16, da Lei n. 11.340/2006 à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça
Pedro Graziel Filgueira Peixoto, 69.

A inconstitucionalidade da exigência de formação superior para o cargo de conselheiro tutelar
Aline Dayane Ribeiro da Luz, 84.

Diálogo sobre os princípios da execução penal: aspectos teóricos e práticos
Lorena Silva Pereira, 91.

Compras Públicas e Gestão Estratégica: um novo paradigma
Ricardo Adriano Haacke, 103.

Diversas formas de violência contra a mulher

Ana Gabriela De Aguiar Lima, 116.

Análise sobre o instituto do diálogo competitivo: expectativas e desafios

Luiz Henrique Alves Bertoldi e Leandro Moraes Leardini, 136.

Uma análise crítica acerca do princípio da ampla defesa, pós Constituição de 1988, usando como parâmetros o livro “O Estrangeiro”, de Albert Camus, e o filme-documentário “Justiça”, de Maria Augusta Ramos, além de análise de doutrinadores da questão

Pedro Henrique Nunes Farias, 157.

Sucessão e empresas familiares: proteção do acervo hereditário por meio de medidas cautelares

Ricardo Fabrício Seganfredo, 172.

A influência da Deontologia e da Diceologia no âmbito da Medicina Legal e do Poder Judiciário

Lorena Silva Pereira, 196.

Racismo ambiental: aspectos gerais e contribuição jurídica

Felipe Augusto da Cruz, 206.

A revolução francesa e a sua influência para o constitucionalismo contemporâneo brasileiro

Amanda Nicole Aguiar de Oliveira, 228.

O comportamento meritório do militar deve atenuar-lhe a pena ou trata-se de mera obrigação? Uma análise crítica do inciso II do artigo 72 do CPM

João Carlos Campanini, 245.

Direito penal negociado e uma análise do acordo de não persecução penal

Hanna Beatriz Tavares Carvalho, 259.

Os entraves na efetivação da Arbitragem Trabalhista como Método Alternativo de Resolução de Controvérsia

Luciana Barcellos Slosbergas, 273.

BRASÍLIA, SÍMBOLO DA MODERNIDADE E DO PODER

WELLINGTON LUIZ - Deputado distrital. Presidente da Câmara Legislativa do Distrito Federal. Servidor Público Aposentado.

Brasília, a capital do Brasil, completa mais um ano de existência. A cidade, projetada pelo urbanista Lucio Costa, foi inaugurada em 1960 e, desde então, tem sido um símbolo de modernidade e progresso para o país. A arquitetura é marcada pelo uso de formas geométricas simples e pela exploração de materiais como o concreto e o vidro. A cidade foi planejada para ser funcional e racional, com espaços amplos e bem iluminados.

O Plano Piloto é uma das obras urbanísticas mais destacadas do século 20. O plano prevê a divisão da cidade em setores, com áreas específicas para moradia, comércio, lazer e serviços. Essa organização espacial é considerada um dos principais legados da cidade. Brasília é Patrimônio Mundial da Unesco desde 1987 em reconhecimento do seu valor cultural e arquitetônico.

Comemorar o aniversário de Brasília é celebrar a história e a identidade de uma cidade única no Brasil. A capital federal foi projetada e construída em apenas três anos, em uma época de grande otimismo e progresso no país. Desde então, tem sido o centro político e administrativo do Brasil, além de ser importante centro cultural e turístico.

Ao completar mais um aniversário, é importante lembrar das conquistas e desafios enfrentados pela cidade ao longo dos anos. Desde sua fundação, Brasília tem sido um símbolo de modernidade e inovação, com seu planejamento urbano arrojado e sua arquitetura única, representada pelos traços marcantes de Oscar Niemeyer. A cidade também é reconhecida por sua rica cultura, que se reflete na música, literatura, artes plásticas e culinária.

No entanto, a capital enfrentou diversos desafios ao longo de sua história. Um dos principais é a questão da desigualdade social, que se reflete na falta de acesso a serviços básicos em regiões do Distrito Federal. Mas, apesar dos desafios, a cidade segue crescendo e se desenvolvendo com investimentos em áreas como educação, saúde, infraestrutura e turismo.

Outro ponto importante a ser destacado nesta data é a diversidade cultural e étnica. A cidade abriga pessoas de todas as regiões do país e de diversas partes do mundo, o que se reflete na rica gastronomia, música, literatura. Além disso, é conhecida por suas festas populares como o carnaval, o São-João e a Festa do Divino, que atraem turistas de

todo o país. A cidade também é conhecida por sua rica cena artística, com museus, galerias e festivais culturais que atraem visitantes de todo o mundo.

É importante refletir sobre o papel da cidade no cenário político e social do país. Como capital federal, Brasília é o centro do poder político e administrativo, é uma parte integral da história e da identidade do Brasil, abrigando as principais instituições governamentais como o Palácio do Planalto, o Congresso Nacional, o Supremo Tribunal Federal, além dos ministérios e órgãos governamentais. Essa posição estratégica confere à cidade papel fundamental na construção do futuro nacional, bem como a responsabilidade de representar a diversidade e a pluralidade cultural do Brasil. A cidade também sedia as embaixadas e consulados de diversos países, o que a torna um importante ponto de encontro para a diplomacia internacional.

Além disso, Brasília é um importante centro econômico, com uma economia diversificada que abrange setores como serviços, comércio, turismo, tecnologia e indústria. A cidade abriga uma série de instituições financeiras e de pesquisa, bem como várias empresas nacionais e multinacionais.

Para celebrar os 63 anos, é fundamental destacar a importância da cidade para o país e para a população brasileira. Ela é especial. Representa o melhor do Brasil. Ao completar mais um ano de história, é fundamental celebrar suas conquistas e refletir sobre os desafios que ainda precisam ser enfrentados, buscando soluções para construir um futuro melhor para todos os habitantes. Que esta data seja motivo de renovação de esperanças e que a capital continue a ser um exemplo de progresso e modernidade para o Brasil e para o mundo.

Parabéns, Brasília!

A TEORIA DA IMPREVISÃO NA VISÃO DO STJ NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA:

Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário de Direito Penal e Orientação de Monografia. Advogado¹.

A teoria da imprevisão abre a possibilidade de resolução ou revisão do contrato quando da ocorrência de fatos novos e imprevisíveis às partes, sem que tenham contribuído para a situação. Em outras palavras, a teoria da imprevisão diz respeito à possibilidade de ocorrência de fatos novos que não podiam ser previstos pelas partes nem podem ser imputados a elas, os quais trazem reflexos para a execução do contrato. No Brasil, a aplicação da teoria está prevista, em especial, nos **artigos 478 a 480 do Código Civil**.

Prevista nos artigos 478 a 480 do Código Civil, a teoria da imprevisão justifica a resolução ou a revisão de um contrato caso ocorra um acontecimento superveniente e imprevisível que desequilibre a sua base econômica, impondo a uma das partes obrigação excessivamente onerosa. Referida teoria mitiga o princípio da força obrigatória dos contratos .

São elementos da teoria da imprevisão:

- a) Superveniência de um acontecimento imprevisível;
- b) Alteração da base econômica objetiva do contrato;

¹ Delegado de Polícia da PCDF (aposentado). Já exerceu os cargos de Coordenador da Polícia Legislativa da Câmara Legislativa do Distrito Federal (COPOL/CLDF), Advogado exercendo o cargo de Assessor de Procurador-Geral da CLDF. Chefe de Gabinete da Administração do Varjão-DF. Chefe da Assessoria para Assuntos Especiais da PCDF. Chefe da Assessoria Técnica da Cidade do Varjão - DF; Presidente da CPD/CGP/PCDF. Assessor Institucional da PCDF. Secretário Executivo da PCDF. Diretor da DRCCP/CGP/PCDF. Diretor-adjunto da Divisão de Sequestros. Chefe-adjunto da 1ª Delegacia de Polícia. Assessor do Departamento de Polícia Especializada - DPE/PCDF. Chefe-adjunto da DRR/PCDF. Analista Judiciário do TJDF. Agente de Polícia Civil do DF. Agente Penitenciário do DF. Policial Militar do DF.

c) Onerosidade excessiva.

No Código Civil extraímos:

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

Enunciados da IV Jornada de Direito Civil:

365 Art. 478. A extrema vantagem do art. 478 deve ser interpretada como elemento acidental da alteração de circunstâncias, que comporta a incidência da resolução ou revisão do negócio por onerosidade excessiva, independentemente de sua demonstração plena.

366 Art. 478. O fato extraordinário e imprevisível causador de onerosidade excessiva é aquele que não está coberto objetivamente pelos riscos próprios da contratação.

Vale, ainda notar que o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 6, V, consagra a teoria da imprevisão em favor do consumidor dispensando o elemento da imprevisibilidade. O consumidor pode pleitear a revisão do contrato quando a circunstância superveniente desequilibrar a base objetiva do contrato, impondo-lhe prestação excessivamente onerosa. Como o CDC não exige a imprevisibilidade para rediscutir os termos do contrato, a doutrina e a jurisprudência denominam a teoria de teoria da onerosidade excessiva. Código de Defesa do Consumidor:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

Muito conhecida no direito dos contratos, a teoria da imprevisão ganhou novos contornos com o advento da pandemia da Covid-19, quando a crise mundial de saúde afetou gravemente o cumprimento dos acordos.

A imprevisão – e os seus efeitos sobre o contrato – já foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) sob diferentes enfoques, como nos contratos administrativos e no direito do consumidor.

A Teoria da imprevisão e as pragas, secas e variações de preço não motivam a resolução de contratos agrícolas

Em 2012, ao julgar o **REsp 945.166**, a Quarta Turma firmou o entendimento de que não é possível, em decorrência da flutuação no preço do produto agrícola ou dos insumos de produção, ou mesmo diante do ataque de pragas na lavoura – o caso específico tratava da ferrugem asiática –, invocar a teoria da imprevisão para discutir onerosidade excessiva do contrato.

Naquele processo, o Tribunal de Justiça de Goiás julgou procedente o pedido de um agricultor que pleiteava a resolução do contrato de compra e venda futura de soja firmado com uma empresa. O agricultor sustentava que, devido a mudanças climáticas e pragas, houve elevação dos preços da soja e dos insumos agrícolas.

O ministro Luis Felipe Salomão, relator do recurso, observou que a resolução contratual pela onerosidade excessiva exige a superveniência de evento extraordinário, impossível de antever pelas partes, não bastando alterações que se inserem nos riscos ordinários. Para o magistrado, a presença da ferrugem asiática na lavoura e as variações de preço não acarretam, por si sós, onerosidade excessiva, pois os imprevistos alegados são inerentes ao negócio.

Salomão apontou que as oscilações no preço da soja são presumíveis no momento da assinatura do contrato, visto que se trata de produto comercializado em bolsas de valores e sujeito às demandas de compra e venda internacional. Já a contaminação pela ferrugem asiática também não é fato imprevisível, pois a doença atinge as lavouras do Brasil desde 2001 e, conforme estudos da Embrapa, não há como ser erradicada por enquanto, mas apenas controlada pelo agricultor.

"Para ensejar a aplicação da teoria da imprevisão – a qual, de regra, possui o condão de extinguir ou reformular o contrato por onerosidade excessiva –, é imprescindível a existência, ainda que implícita, da cláusula *rebus sic stantibus*, que permite a inexecução

de contrato comutativo – de trato sucessivo ou de execução diferida – se as bases fáticas sobre as quais se ergueu a avença alterarem-se, posteriormente, em razão de acontecimentos extraordinários, desconexos com os riscos ínsitos à prestação subjacente", afirmou o ministro.

A Teoria da imprevisão e a pandemia da Covid-19 - Revisão dos contratos não é decorrência automática

Ao julgar o **REsp 1.998.206**, a Quarta Turma negou provimento ao recurso especial interposto por uma **mãe que pleiteava a redução proporcional das mensalidades escolares de seus filhos** e a devolução parcial dos valores pagos durante o período de calamidade pública provocada pela pandemia da Covid-19.

O colegiado entendeu que a pandemia do coronavírus não constituiu fato superveniente apto a viabilizar a revisão judicial do contrato de prestação de serviços educacionais, com a redução proporcional do valor das mensalidades.

O relator do recurso, ministro Luis Felipe Salomão, ressaltou que, para a revisão do contrato com base nas teorias da imprevisão ou da onerosidade excessiva, previstas no Código Civil, exige-se ainda que o fato (superveniente) seja imprevisível e extraordinário, e que desse fato, além do desequilíbrio econômico-financeiro, decorra situação de vantagem extrema para uma das partes.

Segundo o relator, "a revisão dos contratos em razão da pandemia não constitui decorrência lógica ou automática, devendo ser analisada a natureza do contrato e a conduta das partes – tanto no âmbito material como na esfera processual -, especialmente quando o evento superveniente e imprevisível não se encontra no domínio da atividade econômica do fornecedor" (Resp. 1.998.2006)

O magistrado destacou que, na hipótese dos autos, os serviços de educação continuaram a ser prestados; a redução da carga horária foi não apenas autorizada por lei, como também foi imposta em razão das medidas sanitárias de combate ao novo coronavírus; apenas as aulas de caráter extracurricular ficaram inviabilizadas; a não prestação do serviço, em sua inteireza, decorreu de fato alheio às atividades da escola, uma vez que ela estava impedida de prestar serviços de maneira presencial.

"Nesse contexto, penso que, embora os serviços não tenham sido prestados da forma como contratados, não há falar-se em falha do dever de informação ou em desequilíbrio econômico-financeiro imoderado para a consumidora", afirmou o ministro.

A Teoria da imprevisão e a possibilidade de redução do valor do aluguel em razão da Covid-19

Já no julgamento do **REsp 1.984.277**, a Quarta Turma considerou cabível a revisão judicial de contrato de locação não residencial, com redução proporcional do valor dos aluguéis em razão de fato superveniente decorrente da pandemia da Covid-19.

De acordo com o processo, uma empresa buscava a revisão do contrato de locação de sala comercial que funcionava como um espaço de *coworking*, utilizado para trabalho colaborativo de pequenas empresas. A autora da ação argumentou que, embora a pandemia tenha inviabilizado o exercício de sua atividade comercial, o pagamento do aluguel foi mantido pelo locador.

Nas instâncias ordinárias, o aluguel foi reduzido em 50%. Ao STJ, o locador alegou que os efeitos da pandemia atingiram ambas as partes, portanto, não se justificaria rever o contrato em benefício do locatário.

O ministro Luis Felipe Salomão, relator do recurso na corte superior, frisou que, embora não se conteste que a pandemia tenha gerado efeitos negativos para ambas as partes na locação, no caso em debate, a revisão do contrato mediante a redução proporcional e temporária do valor dos aluguéis é medida necessária para assegurar o restabelecimento do equilíbrio econômico e financeiro entre as partes.

"A locatária, que ficou privada do exercício de suas atividades por tempo determinado, manteve-se obrigada a cumprir a contraprestação pelo uso do imóvel pelo valor integral e originalmente firmado, quando as circunstâncias foram drasticamente alteradas, as quais, inclusive, acaso fossem conhecidas à época da contratação, poderiam levar ao estabelecimento de outros valores ou até mesmo à não contratação – situação que comporta, segundo penso, a intervenção no contrato a fim de que sejam restabelecidos os elementos econômico e financeiro das partes para que se adequem às novas condições", explicou Salomão.

O relator ainda comentou que a alegação do locador, de que os riscos não poderiam ser suportados por ele, não se compatibiliza com os princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato, principalmente na conjuntura econômica e social que assolava todo o país na época dos fatos.

A Teoria da imprevisão não é aplicável à Maxidesvalorização cambial

Tratando-se de relação contratual paritária – a qual não é regida pelas normas do direito do consumidor –, a maxidesvalorização do real ocorrida em janeiro de 1999 não

autoriza a aplicação da teoria da imprevisão ou da teoria da onerosidade excessiva para promover a revisão de cláusula de indexação ao dólar americano.

Foi o que decidiu a Terceira Turma ao julgar o **REsp 1.321.614**, interposto por um médico que comprou, por 82 mil dólares, um equipamento de ultrassom importado. Diante da desvalorização do real, ele requereu a aplicação da teoria da imprevisão para que as cláusulas contratuais fossem revistas.

O ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, cujo voto prevaleceu no colegiado, explicou que a intervenção do Poder Judiciário nos contratos, à luz da teoria da imprevisão ou da teoria da onerosidade excessiva, exige a demonstração de mudanças supervenientes das circunstâncias vigentes à época do negócio, oriundas de evento imprevisível (teoria da imprevisão) ou de evento imprevisível e extraordinário (teoria da onerosidade excessiva), que comprometa o valor da prestação, demandando tutela jurisdicional específica.

Segundo o Ministro "constitui pressuposto da aplicação das teorias em tela, a teor dos artigos 317 e 478 do Código Civil, como se pode extrair de sua própria denominação, a existência de um fato imprevisível em contrato de execução diferida, que imponha consequências indesejáveis e onerosas para um dos contratantes" (Resp. 1.321.614)

Nesse sentido, Villas Bôas Cueva afirmou que não há como afastar, na hipótese dos autos, a previsibilidade de risco na celebração de contrato em moeda estrangeira, tendo em vista a relação jurídica paritária e as oscilações econômicas.

"O histórico inflacionário e as sucessivas modificações no padrão monetário experimentados pelo país desde longa data até julho de 1994, quando sobreveio o Plano Real, seguido de período de relativa estabilidade até a máxidesvalorização do real em face do dólar americano, ocorrida a partir de janeiro de 1999, não autorizam concluir pela imprevisibilidade desse fato nos contratos firmados com base na cotação da moeda norte-americana, em se tratando de relação contratual paritária", declarou o magistrado.

Não se aplica a Teoria da Imprevisão para aumento salarial determinado em dissídio coletivo que é fato previsível

No julgamento do agravo interno no **REsp 1.797.714**, a Primeira Turma reafirmou o entendimento de que o aumento do custo da mão de obra em razão de reajuste salarial fixado em convenção coletiva de trabalho não configura fato imprevisível capaz de justificar a repactuação contratual.

De acordo com o processo, uma empresa contratada em caráter emergencial pelo Serviço de Limpeza Urbana (SLU), autarquia do Distrito Federal, ajuizou ação na tentativa

de obter a repactuação do valor que recebia pelo serviço de limpeza, uma vez que, durante o cumprimento do contrato, houve nova convenção coletiva da categoria profissional.

O relator do recurso, ministro Benedito Gonçalves, lembrou que, conforme a jurisprudência do STJ, o aumento dos encargos trabalhistas determinado por dissídio coletivo é acontecimento previsível e deve ser suportado pela contratada, não havendo falar em aplicação da teoria da imprevisão para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo.

"Porque previsível o advento de sua ocorrência, convenções ou acordos coletivos celebrados após o contrato administrativo não autorizam a repactuação do preço dos serviços, ainda que tenham impacto nos custos salariais da categoria atinente à mão-de-obra contratada, à luz do **artigo 65, inciso II, alínea 'd', da Lei 8.666/1993**", afirmou o magistrado.

Em conclusão, a teoria da imprevisão é um dos institutos presentes em nosso direito que equacionando o equilíbrio contratual que, eventualmente tenha sido afetado por evento imprevisível ao momento da celebração do contrato.

Jurisprudências citadas:

REsp 945166

REsp 1998206

REsp 1984277

REsp 1321614

REsp 1797714

A POLÊMICA NATUREZA JURÍDICA DOS BENS AFETADOS À CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

ANNA CINTIA ROCHA XIMENES DE MENDONÇA:

Advogada. Graduada em direito pela UERJ. Pós-graduada em Direito e Advocacia Pública (Curso de Pós-Graduação lato sensu em Direito e Advocacia Pública). Pós-graduada em Direito Público e Privado (Curso de Pós-Graduação Lato Sensu "Especialização em Direito Público e Privado").

Resumo: O presente trabalho busca analisar algumas das diferentes posições acerca da natureza jurídica dos bens afetados à concessão de serviço público.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Concessão de serviços públicos. Bens. Natureza jurídica.

Abstract: This study aims to analyse some different options regarding the legal nature of the goods in the public services concessions.

Key words: Administrative Law. Public services concessions. Goods. Legal nature.

1. Introdução

Nunca foi fácil responder de pronto qual a natureza jurídica dos bens afetados à prestação de bens públicos.² Isso porque é possível vislumbrar, dentre tantos, alguns cenários possíveis: (i) o bem era de propriedade do Poder Público e foi afetado à prestação do serviço público realizado pelo Concessionário; (ii) o bem era de propriedade do Concessionário e foi afetado à prestação do serviço público por ele prestado; (iii) no curso do Contrato de Concessão, o bem foi adquirido pelo Poder Público para ser afetado à prestação do serviço realizado pelo Concessionário; (iv) no curso do Contrato de

² "Pelas razões expendidas, há duas doutrinas a respeito da propriedade dos bens da concessão, as quais sustentam, a primeira, a propriedade pública, do Estado, a segunda, a propriedade particular, do concessionário, a partir da outorga da concessão. De acordo com a primeira, o concessionário exerce sobre os bens da concessão apenas um direito de uso e gozo, a que se atribui um caráter ora pessoal, ora real imobiliário. De acordo com a segunda, o concessionário exerce sobre os bens da concessão o direito de propriedade, que ora é a propriedade comum, quando a concessão se outorga por tempo indeterminado, ora a propriedade resolúvel, quando se outorga por tempo determinado, findo o qual Estado tem o direito de reversão" (CARVALHO, Afrânio de. Propriedade dos bens da concessão. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, n. 3, 1956, p. 73-74).

Concessão, o bem foi adquirido pelo Concessionário para ser afetado à prestação do serviço por ela realizado.

O ponto em comum de todos os cenários corresponde à afetação do bem à prestação do serviço público,³ que é de titularidade exclusiva do Poder Público.⁴ Assim, mais cedo ou mais tarde, o destino do bem tenderá a ser o Poder Público. Isso porque, em uma análise funcional, o bem está ligado ao serviço, não ao proprietário.⁵ Ou seja: o bem acompanha a prestação do serviço. Se o prestador do serviço mudar, também mudará a titularidade formal do bem.⁶ Isso se dá, entre outras razões, pela reversibilidade dos bens

3 "Serviços públicos são as atividades de prestação de utilidades econômicas a indivíduos determinados, colocadas pela Constituição ou pela Lei a cargo do Estado, com ou sem reserva de titularidade, e por ele desempenhadas diretamente ou por seus delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem-estar da coletividade" (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 4 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 130).

4 "Classicamente, apenas em relação aos serviços reservados ao Estado (serviços públicos econômicos) pode ser cogitada a prestação pela iniciativa privada em regime de delegação. Já em relação aos serviços não reservados (serviços públicos sociais) a delegação é, em princípio, despicienda" (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 4 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 133-134).

5 "Duas são – e ao longo do tempo têm sido – as formas de abordar o tema dos bens reversíveis. Uma, chamemos de patrimonial. Outra, alcunhemos de funcional. (...) Na segunda, funcional, o plexo de bens reversíveis estaria mais ligado à sua afetação ao serviço público. Ou seja, o traço da reversibilidade decorreria não do fato do bem integrar o patrimônio de um delegatário do poder público ou ter sido adquirido com receitas de natureza tarifária. Seria sim decorrência do seu emprego, da utilização ou, melhor ainda, de sua essencialidade (imprescindibilidade) para a prestação do serviço público. (...) Já na abordagem funcional, a reversão dos bens teria por fundamento o princípio da continuidade do serviço público." (MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Bens Reversíveis nas Concessões do Setor de Telecomunicações*. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, n. 8, ano 2, out./dez. 2004).

6 "Acerca dela, deve-se esclarecer que nem todos os bens de titularidade do particular serão considerados como reversíveis, mas apenas aqueles indispensáveis à prestação do serviço delegado. Trata-se, portanto, de condição fática do bem. É impossível assegurar que um bem seja reversível de modo permanente. Isto é, um bem em dado momento pode ser qualificado como reversível e, em momento seguinte, deixar de ser. Logo, a natureza reversível do bem é contingencial e se revela a partir do caso concreto. Diante de tais premissas é possível chegar a duas conclusões parciais: (a) a condição de reversível depende da demonstração *in concreto* da indispensabilidade do bem para prestação do serviço público; (b) o bem que primitivamente foi considerado reversível, mas deixou de ser utilizado na prestação do serviço ou fora substituído por outro, perde sobredita condição" (PEREIRA, Flávio Henrique Unes; SILVEIRA, Marilda de Paula; COMBAROLLI, Bruna R. A identificação dos bens reversíveis: do ato ao processo administrativo. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 14, n. 165, nov. 2014, p. 39-40).

(que dependerá da disposição do contrato)⁷ e pelo princípio da continuidade dos serviços públicos.⁸⁻⁹

Seria mais fácil afirmar, que são, então, bens públicos (já que, ao fim e ao cabo, serão mesmo)? Ou, então, seria possível afirmar que todos os bens usados pelo Concessionário para a prestação de serviços públicos são de sua propriedade?

O presente trabalho, para além de responder essas perguntas, visa instigar o debate, ao apresentar as diferentes posições jurídicas sobre o tema.

2.A natureza jurídica dos bens jurídicos afetados à concessão de serviços públicos

José dos Santos Carvalho Filho, ao conceituar bens públicos, afirma que são bens públicos aqueles que *a qualquer título* pertençam às pessoas jurídicas de direito público.¹⁰ Nesse sentido, explica que

a menção à propriedade *a qualquer título* funda-se na especial circunstância de que no conceito tanto se incluem os bens do

7 "Em síntese, afirma-se que a Administração Pública, no curso do contrato de concessão de serviço público, não está autorizada a impor ao particular listagem de bens que, segundo sua exclusiva visão são essenciais à prestação do serviço. Ou seja, a imposição unilateral acerca dos bens reversíveis ao longo da execução do contrato é abusiva e ilegal, ferindo o direito subjetivo do delegatário de participar do processo de identificação dos bens essenciais à prestação contínua e regular do serviço. Indispensável, portanto, a instauração de processo administrativo visando apontar os bens reversíveis, ao cabo do qual deve ser proferida decisão motivada passível de amplo controle jurisdicional" (PEREIRA, Flávio Henrique Unes; SILVEIRA, Marilda de Paula; COMBAROLLI, Bruna R. A identificação dos bens reversíveis: do ato ao processo administrativo. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 14, n. 165, nov. 2014, p. 44).

8 "Conforme discurremos, o segundo dever que caracteriza o regime jurídico de serviço público é o *dever de continuidade*, consistente na obrigatoriedade de manutenção pontual e regular da prestação de um serviço público previamente instituído" (SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 251).

9 "o instituto da reversão decorre direta e indissociadamente do princípio da continuidade do serviço público, servindo estritamente para garantir que, ao fim da concessão, o serviço poderá seguir sendo oferecido regular, contínua e adequadamente pelo poder concedente ou por quem lhe faça as vezes" (MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Bens Reversíveis nas Concessões do Setor de Telecomunicações. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, n. 8, ano 2, out./dez. 2004).

10 "Com base no vigente dispositivo do novo Código, podemos, então, conceituar bens públicos como *todos aqueles que, de qualquer natureza e a qualquer título, pertençam às pessoas jurídicas de direito público, sejam elas federativas, como a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, sejam da Administração descentralizada, como as autarquias, netas incluindo-se as fundações de direito público e as associações públicas*. Os elementos do conceito que já anteriormente apresentávamos foram sufragados pelo art. 98 do Código Civil, como é fácil concluir" (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 1205).

domínio do Estado na qualidade de proprietário em sentido estrito, quanto aqueles outros que, de utilização pública, se sujeitam ao poder de disciplinamento e regulamentação pelo Poder Público.¹¹

Assim, o autor parece incluir no conceito de bens públicos aqueles que são de *utilização pública*, não apenas os de *propriedade pública*. Seguir por esse caminho indicaria que todos os cenários apontados na introdução teriam a mesma solução (porque se refeririam a bens públicos).¹²

Todavia, essa solução parece simplificar uma questão mais complexa. Até que o contrato de concessão encontre seu termo, há bens que serão adquiridos pelo Concessionário ou bens que são originalmente de propriedade do Concessionário afetados à prestação do serviço público. São bens do Concessionário, não bens do Poder Público adquiridos pelo Concessionário, como se esta atuasse como simples representante do Poder Público ou intermediadora. Muito pelo contrário: quando o Poder Público decide prestar o serviço público de forma descentralizada, transfere a execução do serviço como um todo.¹³ Assim, cabe ao Concessionário executar o serviço, da forma que entender melhor, dentro dos limites previstos na legislação, no edital da licitação e no contrato firmado. O prestador deixa de ser o Poder Público e passa a ser o Concessionário, que tem o poder (e o dever) de adquirir os bens necessários a tanto.

Dizer que bens adquiridos pelo Concessionário (ou bens originalmente de propriedade do Concessionário afetados à prestação do serviço público) são bens públicos significaria não apenas diminuir seu papel, mas também apear a relativa autonomia que lhe é inerente. Isso sem contar na sujeição a todo um regime jurídico específico para

11 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 1205.

12 Nada obstante, na mesma obra, o autor defende que “os bens nunca foram da propriedade do concedente; apenas passam a sê-lo quando se encerra a concessão. Antes, integravam o patrimônio do concessionário” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 436).

13 “Na forma descentralizada de prestação de serviço público, o poder público transfere a sua titularidade, ou simplesmente a sua execução, por outorga ou delegação, a entidade da Administração Indireta ou a particular. Haverá transferência da titularidade e da execução do serviço se a entidade para a qual for transferido tiver personalidade jurídica de direito público (autarquias e fundações públicas de direito público). Se for pessoa jurídica de direito privado, integrante da Administração Indireta (fundações públicas de direito privado, empresas públicas e sociedades de economia mista) ou não (basicamente concessionários ou permissionários), a transferência será apenas da execução do serviço” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 4 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 422).

bens dessa natureza, a exemplo da necessidade de prévia autorização legislativa para alguns casos.¹⁴

Finda a Concessão, porém, se prevista contratualmente a reversibilidade, a propriedade do bem será transferida ao Poder Público e, apenas nesse momento, o bem será considerado público. A *reversão*, mediante indenização ou amortecimento ao longo do período contratual,¹⁵⁻¹⁶ representa a aquisição de bem público sem licitação,¹⁷ sendo uma constitucional opção legislativa.¹⁸ Por outro lado, pode ser que nem haja a reversão (se assim não for acordado) e o bem nunca será público.

14 Art. 17 da Lei nº 8.666/93: A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas: I - quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos: (...). No mesmo sentido, veja-se o que diz o art. 76 da Lei nº 14.133/21: Art. 76. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas: I - tratando-se de bens imóveis, inclusive os pertencentes às autarquias e às fundações, exigirá autorização legislativa e dependerá de licitação na modalidade leilão, dispensada a realização de licitação nos casos de: (...).

15 "A reversão pode ser *onerosa* ou *gratuita*. No primeiro caso, o concedente tem o dever de indenizar o concessionário, porque os bens foram adquiridos com seu exclusivo capital. (...) Na reversão gratuita, a fixação da tarifa já levou em conta o ressarcimento do concessionário pelos recursos que empregou na aquisição dos bens, de forma que ao final tem o concedente o direito à propriedade desses bens sem qualquer ônus, inclusive instalações e obras efetuadas" (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 437).

16 "Relevante destacar que, além de estar diretamente relacionada ao princípio da continuidade dos serviços públicos, a reversão também tem implicações diretas na composição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão dos serviços públicos. Os custos suportados pelo particular na aquisição e na manutenção dos bens essenciais à prestação do serviço, que futuramente serão transferidos para o poder público, deverão ser amortizados ao longo da execução do contrato, e, se não forem, deverão ser pagos pela Administração Pública a título de indenização, com fulcro no art. 37, §6º, da CR/88" (PEREIRA, Flávio Henrique Unes; SILVEIRA, Marilda de Paula; COMBAROLLI, Bruna R. A identificação dos bens reversíveis: do ato ao processo administrativo. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 14, n. 165, nov. 2014, p. 39).

17 Art. 36, Lei 8.987/1995. A reversão no advento do termo contratual far-se-á com a indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido.

18 Art. 37, CRFB/88. (...) XXI - **ressalvados os casos especificados na legislação**, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

A solução seria, então, afirmar que todos os bens usados pelo Concessionário para a prestação de serviços públicos são de sua propriedade? Nesse sentido, Alexandre Santos de Aragão afirma que "*poder-se-ia dizer que, durante a concessão, são de propriedade privada sujeita a uma série de ônus reais (inalienabilidade, impenhorabilidade e destinação predeterminada) e à condição resolutiva do fim da delegação*".¹⁹⁻²⁰ Também nessa linha, Afrânio de Carvalho afirma que, em virtude da reversibilidade, "*a propriedade dos bens da concessão é do concessionário, embora resolúvel em favor do Estado no termo final do contrato*".²¹

Nada obstante, essa solução também não parece ser adequada a toda e qualquer situação. Não é razoável supor que o Contrato de Concessão tem o condão de transferir a propriedade de bens públicos ao particular, tampouco que a propriedade de bens posteriormente adquiridos no curso contratual diretamente pelo Poder Público lhe seriam automaticamente transferidos. Até porque o objeto da concessão – e da correspondente licitação – é a *prestação do serviço público*, não incluindo, em princípio, a propriedade resolúvel de bens públicos.²² Assim, classificar todos esses bens como privados não parece ser uma resposta convincente. Tanto é assim que, no Parecer nº 33/2021 – ASA, o Procurador Alexandre Santos de Aragão reconheceu que a propriedade da estação de metrô (afetada à prestação de serviço público concedido) é do Estado.²³

19 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 4 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 468.

20 "A afetação do bem a um interesse público, e mais especialmente a um serviço público, necessariamente o torna de certa maneira sujeito ao direito público, ainda que pertencente a uma pessoa jurídica de direito privado, integrante ou não da Administração Indireta, inclusive concessionárias de serviços públicos. CHARLES DEBBASCH afirma que os bens reversíveis nas concessões de serviços públicos, ou seja, os bens afetados ao serviço público delegado, não perdem a sua natureza pública. Em nossa opinião, os bens das entidades privadas da Administração Indireta são bens privados, o que não impede, contudo, que, se estiverem afetados ao serviço público, sofram, a exemplo dos bens afetados das concessionárias particulares de serviços públicos, algumas limitações quanto à sua disponibilidade e penhorabilidade" (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 914).

21 CARVALHO, Afrânio de. Propriedade dos bens da concessão. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, n. 3, 1956, p. 126.

22 "Como todo direito, a propriedade pode ser subordinada a uma condição ou a um termo. Com o implemento da condição resolutiva, extingue-se o direito de propriedade. Com o advento do termo, cessa para o titular o exercício daquele direito" (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direitos reais*. Revista, atualizada e ampliada por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. 27 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 91).

23 "Extraem-se dessas informações duas alterações que, consoante se verá a seguir, deveriam ter sido submetidas ao Poder Concedente: (...) e a cessão de *namings rights* da estação Botafogo, eis que se trata, principalmente, do desdobramento imediato do direito de propriedade, cuja titularidade é do Estado do Rio de Janeiro" (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Parecer nº. 33/2021-ASA*. Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, 24 de agosto de 2021. Disponível em:

Diante de todas essas considerações, a pergunta que fica é a seguinte: seria o ponto em comum dessas situações (afetação do bem à prestação do serviço público) suficiente para dispensar tratamento uniforme a todos os cenários?

A conceituação de bens públicos não recebe tratamento unânime pela doutrina. Conforme explica Floriano de Azevedo Marques Neto, a discussão pode ser sintetizada em dois polos: de um lado, a concepção subjetiva; de outro, a relação funcional. A primeira diz respeito à titularidade do bem; a segunda, à finalidade. Nesse sentido, confira:

Como visto no capítulo anterior, as diversas teorias sobre a natureza jurídica dos bens públicos oscilam entre dois pontos-chave: de um lado a concepção subjetiva, tomada a partir da relação de titularidade, de domínio do bem, consubstanciada em saber quem possui relação jurídica de propriedade sobre a coisa pública; de outro, a relação funcional, consistente em saber para que finalidade esta coisa há de ser empregada. Em várias situações estas duas dimensões se cruzam, como nas teorias que retiram o domínio do Estado sobre as coisas que, por condição natural ou artificial, se prestam a um uso geral, incondicionado e, portanto, aberto a todos os indivíduos (transferindo-as ao domínio comum ou ao domínio de ninguém — *res nullius*). Estas duas dimensões refletem na verdade dois ângulos jurídicos distintos sobre o mesmo fenômeno, qual seja: o domínio de bens pelo ente personificado Estado. De um lado, há a visão privada, pontuada pelos civilistas e prevacente no Código Civil, que se preocupa em definir a quem cabem os bens existentes dentro do território (domínio nacional, na locução legal), a partir de um viés subjetivo. De outro, está a visão funcional, objetiva, centrada na circunstância fática do emprego do bem a uma finalidade pública. Esta segunda concepção, cara aos administrativistas, busca tratar os bens pelas finalidades a que se destinam, concepção esta que só aparece na lei civil pela classificação dos usos e, como veremos, de forma insuficiente. A primeira tem foco na titularidade (domínio), ao passo que a segunda mira a função, o emprego do bem no cumprimento de uma finalidade.²⁴

<https://documentacao.pge.rj.gov.br/scripts/bnweb/bnmapi.exe?router=upload/21993>. Acesso em: 20/02/2022).

²⁴ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 102.

Com os olhos focados nos bens afetados à prestação de serviço público concedido, a verdade é que "*quer tenham sido aportados pelo Estado quando da delegação, quer tenham sido adquiridos pelo delegatário no curso da concessão, não se enquadram com facilidade nas categorias básicas tradicionais dos bens*".²⁵

A solução legislativa, indicada no Código Civil de 2002,²⁶ que considera bens públicos os adquiridos pelo Poder Público e bens privados os adquiridos pelo Concessionário, também não é imune às muito bem fundamentadas críticas doutrinárias. Em linhas gerais, parece que as razões para inclusão do tema em legislação *civilista* – e não *administrativa* – são muito mais históricas do que relacionadas à pertinência temática, o que acaba refletindo em um tratamento legislativo da propriedade pública que desconsidera suas especificidades em relação à propriedade privada. Enquanto a primeira é um *instrumento da realização de fins públicos*, a segunda é um *objeto de direito patrimonial*.²⁷

Outro indicativo do anacronismo dessa perspectiva *estática* do Código Civil se extrai da própria jurisprudência dos tribunais superiores, que impede a penhora de bens das concessionárias se houver prejuízo à prestação do serviço público.²⁸ Ora, se fossem os bens puramente privados, não haveria óbices à penhora.

²⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 4 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 467.

²⁶ Art. 98, CC/02. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.

²⁷ "Realmente, a justificativa para que o Código Civil se ocupe do regime jurídico de bens públicos parece ser mais histórica – de manutenção de uma tradição que vem dos romanos –, do que decorrente da natureza da matéria, sem dúvida, mais adequada às legislações administrativas. (...) Na atualidade, a persistência dessa veia civilista no trato da propriedade pública acaba por represar o debate em torno das especificidades da propriedade pública, especialmente quanto à natureza própria do vínculo do Estado com seu patrimônio, instrumentalizado para a realização de interesses públicos predefinidos pelo legislador (...). Não há, assim, como se fugir à conclusão de que ronda certo anacronismo no tratamento civilista da propriedade pública. Mais ainda quando se leva em consideração as transformações do perfil do Estado nas últimas décadas na direção do surgimento de um Estado regulador. Essa mudança necessariamente aprofunda a necessidade de compreensão do perfil próprio da propriedade pública não como objeto de direito patrimonial, mas como instrumento da realização de fins públicos." (BAPTISTA, Patrícia. Regime jurídico dos bens públicos: perspectiva civilista, funcionalização e outros temas. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/45/edicao-1/regime-juridico-dos-bens-publicos:-perspectiva-civilista,-funcionalizacao-e-outros-temas>).

²⁸ Sobre o tema, conferir: "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA SOBRE FROTA DE ÔNIBUS DE EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE NA ESPÉCIE. PREJUÍZO AO DESEMPENHO DA ATIVIDADE-FIM. AGRAVO INTERNO DA FAZENDA NACIONAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A jurisprudência desta Corte entende

Apesar das críticas,²⁹ o tema parece se circunscrever à escolha legislativa e, por enquanto, o legislador ainda parece ignorar perspectiva funcional, se limitando à titularidade dos bens. Nesse sentido, os bens públicos são aqueles pertencentes à pessoa jurídica de direito público e privados os pertencentes à Concessionária.

No primeiro caso, apenas a posse³⁰ direta do bem é transferida ao Concessionário durante o período da concessão; já no segundo, o bem privado sofrerá os naturais influxos de direito público por estar afetado à prestação de serviços públicos. Nesse sentido, o professor Marçal Justen Filho:

Os bens afetados à concessão enquadram-se em dois grandes grupos. Há bens públicos e há bens privados. Por seu turno, esses bens privados podem ser reversíveis ou não reversíveis. (...) Os bens públicos afetados: (...) Na pendência da concessão, a situação jurídica do concessionário quanto aos bens públicos é equivalente à de um possuidor; assim, ele não exercita poderes sobre a coisa tal como se

pela possibilidade de penhora sobre bens de concessionárias de serviço público, desde que o ato construtivo não prejudique o desempenho de sua atividade-fim. Precedentes: AgRg no REsp. 1.070.735/RS, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 15.12.2008; AgRg no AREsp. 439.718/AL, Rel. Min. ARI PARGENDLER, DJe 19.3.2014. 2. Na espécie, o Tribunal de origem consignou que a constrição acarretaria prejuízos à coletividade, em razão da diminuição na qualidade e na continuidade regular dos serviços prestados, porém, concluiu pela possibilidade da penhora. Portanto, sendo clara a constatação de que a penhora sobre os 22 ônibus da Concessionária prejudicará o desempenho da sua atividade-fim, é o caso de se afastar a regra da penhorabilidade sobre os bens ora constritos. 3. Agravo Interno da FAZENDA NACIONAL a que se nega provimento" (AgInt no REsp n. 1.448.987/SC, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe de 1/4/2019). Conferir, ainda: "TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL CONTRA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. BEM ESSENCIAL À EXECUÇÃO DO SERVIÇO. IMPENHORABILIDADE. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se orientou no sentido de que são penhoráveis os bens das concessionárias, desde que a constrição judicial não comprometa a execução do serviço público. Espécie em que o bem penhorado e levado à hasta pública (imóvel sede da empresa pública, onde funciona toda a área administrativa) é essencial à prestação do serviço público. Agravo regimental desprovido" (AgRg no AREsp n. 439.718/AL, relator Ministro Ari Pargendler, Primeira Turma, DJe de 19/3/2014).

29 "Ocorre que o regime jurídico dos bens reversíveis não se amolda na classificação clássica. Sob o aspecto da titularidade, o bem reversível é bem privado, e, em relação à afetação, o bem é público, a acentuar a mescla de regime privado com público" (PEREIRA, Flávio Henrique Unes; SILVEIRA, Marilda de Paula; COMBAROLLI, Bruna R. A identificação dos bens reversíveis: do ato ao processo administrativo. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 14, n. 165, nov. 2014, p. 40)

30 "Sem embargo dos diferentes entendimentos, em todas as escolas está sempre em foco a ideia de uma situação de fato, em que uma pessoa, independentemente de ser ou não proprietária, exerce sobre uma coisa poderes ostensivos, conservando-se e defendendo-a" (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil: *direitos reais*. Revista, atualizada e ampliada por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. 27 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 12-13).

proprietário fosse. Incumbe-lhe promover a sua manutenção, conservação e aperfeiçoamento. Uma vez encerrada a concessão, a *posse* desses bens será retomada pela entidade concedente e, se for o caso, transferida para um novo concessionário. Os bens privados afetados e reversíveis: uma outra parcela de bens afetados ao serviço público concedido compreende aqueles adquiridos ou edificados pelo concessionário e que serão integrados ao patrimônio público ao fim da outorga. A transferência do domínio desses bens para o poder concedente depende da extinção da concessão de serviço público e da amortização dos custos pertinentes. (...) Os bens privados afetados não reversíveis: (...) sua afetação à prestação do serviço produz a aplicação do regime jurídico dos bens públicos.³¹

É bem verdade que, na prática, o tratamento dispensado aos bens públicos e aos bens “quase públicos” (bens privados com características de público em virtude da afetação ao serviço público) será quase o mesmo – o que reforça as críticas à opção legislativa.³² Aliás, o Superior Tribunal de Justiça, ao analisar a (im)possibilidade de usucapião de bem vinculado ao Sistema Financeiro de Habitação, entendeu que “*porque afetado à prestação de serviço público, deve ser tratado como bem público, sendo, pois, imprescritível*”.³³ As diferenças estarão em pequenas sutilezas.

31 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 605-606.

32 “De todo modo, os bens reversíveis, sejam de propriedade do poder delegante, sejam de propriedade privada da delegatária, recebem um tratamento próprio de direito público. Isto porque, qualquer que seja o seu titular sob o prisma subjetivo, estes bens estão afetados à prestação do serviço público delegado (só por isso são reversíveis), o que lhes confere uma condição de bem público pelo seu aspecto objetivo (funcional). No caso dos bens que seguem sendo de propriedade pública, ao fim da delegação eles retornam integralmente à gestão do poder público, operando-se a reunião do domínio útil com a nua propriedade (que permaneceu com o delegante)” (MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 178).

33 REsp 1874632/AL, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/11/2021, DJe 29/11/2021.

Por fim, é pertinente breve menção à *reversibilidade* dos bens,³⁴ que dependerá de previsão contratual.³⁵ Como visto, a *reversão* dos bens corresponde à transferência dos bens afetados à prestação do serviço público delegado ao Poder Público, em virtude da extinção do contrato.³⁶ Nesse sentido, se o bem é público, a posse direta retornará ao proprietário ou será transferida a novo Concessionário. Se o bem era “quase público”, a propriedade e a posse, mediante a devida contraprestação, serão transferidas ao Poder Público, que decidirá como se dará a continuidade da prestação do serviço, se de forma direta ou delegada.³⁷

3. Conclusão

Em síntese, o presente trabalho buscou apresentar a complexidade acerca da natureza jurídica dos bens afetados à concessão de serviços públicos, bem como alguns dos possíveis efeitos das classificações. Para além da rígida opção entre bem público ou

34 Art. 35, §1º, Lei 8.987/1995. Extinta a concessão, retornam ao poder concedente todos os bens reversíveis, direitos e privilégios transferidos ao concessionário conforme previsto no edital e estabelecido no contrato. (...) §3º. A assunção do serviço autoriza a ocupação das instalações e a utilização, pelo poder concedente, de todos os bens reversíveis.

35 De fato, a Lei de Concessões indica que cláusulas relativas aos bens reversíveis são essenciais ao ajuste. Confira: Art. 23, Lei 8.987/1995. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: (...) X - aos bens reversíveis.

36 Art. 36, Lei 8.987/1995. A reversão no advento do termo contratual far-se-á com a indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido.

37 “No passado, havia a orientação de que todos os bens utilizados no desempenho do serviço público reverteriam ao domínio público, ao final do prazo da concessão. Há uma forte tendência à alteração desse entendimento. Em muitos setores, adota-se um modelo de concessão em que não existem bens privados reversíveis (ou, quando muito, há uma parcela irrelevante de bens em tal situação). Assim se passa por razões econômicas e técnicas. A reversão do bem privado depende da existência em favor do concessionário de remuneração adequada a assegurar a amortização do seu valor ao longo da concessão. Não se admite que o bem privado seja integrado no patrimônio público sem uma compensação adequada para o concessionário. Portanto, a previsão contratual da reversão do bem acarreta a elevação dos custos atinentes ao empreendimento. Em muitos casos, isso conduz a tarifas de valor muito elevado. Portanto, a própria modicidade tarifária poderá conduzir à decisão de eliminar a reversibilidade de todos ou de parte dos bens privados utilizados pelo concessionário na prestação do serviço. Mas há também razões técnicas. Em muitos casos, o progresso tecnológico conduz à obsolescência da infraestrutura necessária à prestação do serviço. Nessas situações, é irrelevante para o poder concedente ser investido na propriedade de bens que não mais preenchem os requisitos da atualidade. É muito mais satisfatório que o concessionário mantenha a propriedade de tais bens, inclusive para o efeito de substituí-los à medida da evolução tecnológica” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 607-608).

bem privado, parece que o ideal é, à luz do caso concreto, entender o papel que determinado bem desempenha para, então, definir os limites do regime jurídico aplicável.

Nesse espaço, foi trazido apenas início da discussão, que ainda tem muito a ser aprofundada. O importante é sair da inércia.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 4 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Parecer nº. 33/2021-ASA*. Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, 24 de agosto de 2021. Disponível em: <https://documentacao.pge.rj.gov.br/scripts/bnweb/bnmapi.exe?router=upload/21993>. Acesso em: 20/02/2022.

BAPTISTA, Patrícia. Regime jurídico dos bens públicos: perspectiva civilista, funcionalização e outros temas. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/45/edicao-1/regime-juridico-dos-bens-publicos:-perspectiva-civilista,-funcionalizacao-e-outros-temas>.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CARVALHO, Afrânio de. Propriedade dos bens da concessão. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, n. 3, 1956.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Bens Reversíveis nas Concessões do Setor de Telecomunicações. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, n. 8, ano 2, out./dez. 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil: *direitos reais*. Revista, atualizada e ampliada por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. 27 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes; SILVEIRA, Marilda de Paula; COMBAROLLI, Bruna R. A identificação dos bens reversíveis: do ato ao processo administrativo. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 14, n. 165, nov. 2014.

SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ÉTICA PROFISSIONAL NA ADVOCACIA

JESSE MARQUES RODRIGUES DA MOTA:

Bacharelado em Direito pela Universidade de Gurupi – UnirG38.

GILSON RIBEIRO CARVALHO FILHO³⁹

(orientador)

RESUMO: Do conceito de ética denota-se um teor filosófico que lida com a moralidade e as obrigações subjetivas do homem. Por se referir a um princípio meta-político, trata-se e se constitui como uma das esferas provenientes da natureza das leis humanas, mas cuja violação acarreta sanções, por vezes de ordem legal, dentro de um regime jurídico concebido com critérios eminentemente éticos. Nesse cenário, essa pesquisa se objetivou em analisar a relevância que a ética possui para o Direito, mais especificamente no exercício profissional do advogado. Desse modo, tratou-se de observar os preceitos essenciais para o advogado, bem como as eventuais consequências do seu não cumprimento. Os materiais utilizados na sua elaboração foram unicamente bibliográficos e teóricos retirados de livros, periódicos e decisões jurisprudenciais dos tribunais brasileiros. Nos resultados, compreendeu-se que, quando voltado para o meio jurídico, exige-se uma competência de integridade e absoluta Ética, tendo em vista que aquilo que se busca, quando se evoca “Direito”, trata-se de agir de forma correta, fazendo valer a lei e praticar a justiça. A responsabilidade ligada à profissão acarreta varias obrigações, exigindo que os advogados mantenham um padrão exemplar e se reportem de maneira respeitosa e ética.

Palavras-chave: Ética. Advocacia. Princípios. Deontologia jurídica.

PROFESSIONAL ETHICS IN ADVOCACY

ABSTRACT: The concept of ethics denotes a philosophical content that deals with the morality and subjective obligations of man. By referring to a meta-political principle, it is constituted and constitutes one of the spheres from the nature of human laws, but whose violation causes sanctions, sometimes legal, within a legal regime designed with eminently ethical criteria. In this scenario, this research was aimed at analyzing the relevance that ethics has for law, more specifically in the professional practice of the lawyer. Thus, it was all the precepts essential for the lawyer, as well as the eventual consequences of their non-compliance. The materials used in their elaboration were only bibliographic and theoretical taken from books, periodicals and jurisprudential decisions of the Brazilian courts. In the

38 E-mail: jesse_rodrigues110@icloud.com.

39 Docente do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG. E-mail: @hotmail.com.

results, it was understood that, when focused on the legal environment, a competence of integrity and absolute ethical is required, given that what is sought, when it is evoked " law ", it is about acting Correct form, enforcing the law and practicing justice. The responsibility linked to the profession entails several obligations, requiring lawyers to maintain an exemplary pattern and refer respectively and ethical.

Keywords: Ethic. Advocacy. Principles. Legal deontology.

Sumário: 1. Introdução. 2. Ética: apontamentos gerais. 3. A ética no Direito. 4. A ética na Advocacia e consequências jurídicas. 5. Considerações Finais. 6. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Uma maneira dos operadores do direito conceberem teores eivados pela ética é quando assumem a consistência na aderência a um código pessoal e moral pautado na conduta profissional ética, na qual, as condutas pessoais fazem menção e se compatibilizam com seus feitos benéficos à sociedade ou causas sociais. Inevitavelmente, é de conhecimento do público de que aqueles que atuam dentro do âmbito jurídico devem apoiar suas práticas direcionadas a imparcialidade, integridade, e a honestidade que se espera dos próprios cidadãos para garantia do bem-estar social e do bem-comum do povo.

Do ponto de vista profissional, na advocacia, o advogado deve manter a conduta de um alto funcionário judicial, onde seu comportamento e caráter são fundamentais, mantendo a moderação dentro do tribunal.

O advogado deve garantir que o processo seja justo de várias maneiras, para ambas as partes, sendo rápido e eficiente, centrado sempre pela justiça. No mais, a maioria das pessoas que levam um caso ao tribunal está convencida de que só é necessário que uma pessoa neutra e justa ouça sua reclamação para que a justiça seja feita, todavia, também é importante observar sempre todas partes e ditames em um processo (FAETI, 2022).

O campo da ciência que trata sobre ética é intitulado Deontologia Jurídica, e este ramo trata da moralidade de todos os operadores do direito, dentro de uma relação triangular (juiz, defesa, réu), bem como, o modo de agir, direcionado aos interesses sociais e do bem público, prestando compromisso com a verdade e sempre levando em conta a sua ética profissional (NALINI, 2018).

Diante desses fatores, a presente pesquisa teve como objetivo central discutir a maneira que ética é utilizada pela advocacia. Buscou-se demonstrar como a ética é importante para o trabalho desse profissional do Direito.

Deste modo operandi, este estudo justifica-se como uma prerrogativa para análise dos advogados dentro do âmbito do Direito, em relação à busca por um senso de responsabilidade onde serão averiguadas suas condutas éticas no cenário jurídico, e a prática da aplicação da lei, instrumento essencial dos deveres jurisdicionais e facilitadora do acesso à justiça.

A metodologia empregada foi a de revisão da literatura, tendo como fonte de pesquisa a base de dados digitais como Google, Scielo, etc., e em livros, periódicos, artigos científicos e na legislação e jurisprudência brasileira.

2. ÉTICA: APONTAMENTOS GERAIS

A ética, de todo modo, está ligada à condição de limitação das ações humanas de acordo com um “contrato” social geral que impõe certas atitudes a respeito da maneira como se deve ‘portar’ na sociedade.

Ao analisar a ética, Ribeiro (2017) expressa que existe um grande mal-entendido sobre a ética em nossos dias, que até tem um fundo positivo: é o fato de cada vez mais pessoas terem simpatia por ela, de haver um clamor pela ética na política, no âmbito social em geral. Um dos grandes discursos dos últimos anos reclama por ética. Na sociedade brasileira isso corresponde a um fato social importante, a saber: não existe mais sustentação que legitime a desigualdade, a injustiça, a miséria entre nós.

Conceitualmente, o termo ética é oriundo do grego *ethos* remetendo a caráter, modo de ser de uma pessoa. De acordo com Ramos (2019) a ética é um conjunto de valores morais e princípios que norteiam a conduta humana na sociedade. A ética serve para que haja um equilíbrio e bom funcionamento social, possibilitando que ninguém saia prejudicado. Neste sentido, a ética, embora não possa ser confundida com as leis, está relacionada com o sentimento de justiça social.

A ética é construída por uma sociedade com base nos valores históricos e culturais. Do ponto de vista da Filosofia, a Ética é uma ciência que estuda os valores e princípios morais de uma sociedade e seus grupos.

Com base nesses conceitos básicos, percebe-se que a ética ajuda a definir as ações ditas como corretas dos indivíduos. É uma forma de equilibrar a convivência social sem prejudicar terceiros. Mas tão importante quanto entender o que seja a ética é saber o que é ser ético.

Pequeno (2015) toma as raízes sociais da demanda pela ética e afirma: nós a queremos porque ela é que nos permitirá uma convivência minimamente decente. Não temos mais base social para viver segundo valores da desigualdade e da discriminação. Os

valores da igualdade, do respeito ao outro, tornam-se o requisito mínimo para nossa sociedade sobreviver. O clamor por ética está ligado a isso.

Disso, que é um fator social altamente positivo, decorre algo que me deixa, porém, cético. Muitas pessoas pensam que estão clamando por ética como se isso fosse algo puro, a busca do certo, quando as coisas são mais complexas; o clamor por ética, às vezes, se traduz na pergunta simplista: isso é ético ou não? Na resposta dessa pergunta, muitos filósofos entendem que não existe uma tabela, gabarito, regra ou definição que traga uma resposta definitiva sobre o que é ético ou não.

Para Araújo (2018) a ética tem uma base muito boa, mas muitas vezes se reveste de uma forma equivocada, porque é a demanda de soluções prontas, como se ao cumprir uma legislação ética automaticamente já se tornas um sujeito ético. Um sujeito ético é aquele que aceita assumir os riscos de estar errando, mas que tenta ir além do que a lei prescreve.

É importante fazer um recorte histórico do processo de concepção dos estudos de ética, pois, é fundamental a compreensão do processo que resgata, também, um pouco das fontes deste estudo, tornando imprescindível para o entendimento do tema.

Ademais, é certo que, em diversos momentos históricos, a humanidade passou por um conjunto de conhecimentos que derivaram certos temas que são utilizados nos demasiados campos de estudo. Com a ética não foi diferente, dessa forma, houveram muitas teorias marcantes nesse contexto; desde a Grécia antiga, com seus principais expoentes, já se debatia muito sobre o tema; como bem aponta Vásquez (2017) a ética e a história se complementam e se relacionam duplamente; primeiro com a vida concreta e com a moral inseridas nelas e em segundo com a sua história própria, uma vez que cada doutrina está ligada com as antecessoras.

Do ponto de vista cronológico, Silva, Gomes e Almeida (2018) nos explica que as primeiras contribuições para o debate da ética teriam vindo dos sofistas, palavra que significa sábios da Grécia do século quinto antes de Cristo, cuja atenção prioritária, naquele momento, se dava pela retórica, ou ato de convencer.

Essa prática, no entanto, acabou por levantar uma produção relativista das normas universais. Então Sócrates, como rejeitou a visão sofista, propôs que o homem devesse conhecer a si mesmo. Caracterizada como, segundo o autor Barbosa (2018), nesta ordem, "um conhecimento universalmente válido; que sirva à ação (e não só à reflexão); e, neste sentido, é necessário que seja um conhecimento moral".

A ética socrática prevê a concepção do 'bem' como 'felicidade da alma' e do 'bom' como aquilo útil para tal 'felicidade'. E esta se alcançaria pela virtude da busca do conhecimento. Para Sócrates, bondade, conhecimento e felicidade se entrelaçam estreitamente. Numa espécie de círculo virtuoso, o homem agiria retamente quando conhecesse o bem (a felicidade da alma) e, conhecendo-o, não pode deixar de praticá-lo no convívio. Assim, conhecer torna-se a tarefa mais nobre, alvo de expectativas na procura da felicidade (BARBOSA, 2018, p. 29).

Aristóteles foi um filósofo ligado ao material, ou seja, o concreto, então o filósofo optou, em suas obras, pelos indivíduos concretos, dentro do campo real. Em retrospectiva, ao aplicar a obra para o cenário atual nota-se que há certa similaridade, porquanto, fala-se muito do âmbito prático vinculado a ética, dentro do ambiente das ideias, aduzindo a falta de ética no campo material (RACHIRD, 2018).

Outro momento histórico marcante foi a questão ética cristão, pois, nesse período, que se compreende a partir do século terceiro depois de cristo, o movimento cristão ganhou muita força no mundo, por meio das ações do imperador romana Constantin, além das ações empreendidas em uma realidade de dominação mundial por meio das operações religiosas. Podem-se citar as cruzadas e as inquisições como exemplos disso (VÁSQUEZ, 2017)).

Esse momento histórico é contemplado pela firme determinação da crença no ser superior Deus, onde esse seria o detentor de todos os poderes, e teriam representantes na terra que iriam transmitir todo esse conhecimento e ter autoridade. Nessa sociedade, marcadamente regida por preceitos provenientes da Idade Média, observa-se a presença constante da hierarquia e da idade média. Outro filósofo importante que se destacou foi Platão, o qual vislumbrava a questão espiritual, onde Barbosa (2018, p. 30) assinalou que "as virtudes enunciadas por Platão (prudência, fortaleza, temperança e justiça) são acrescentadas a fé, a esperança e a caridade". O autor ainda alega que "as primeiras regulariam as relações entre os homens, as segundas com a divindade".

Essas ideias provenientes da divindade foram com o passar do tempo, substituídas por ideias antropocêntricas, colocando o homem como o centro do Universo. Com isso, as concepções de ética foram sendo alteradas e atualizadas. Surgindo novos filósofos e novas referências (FREITAS, 2016).

Tem-se como exemplo Emmanuel Kant, que acreditava que não é o sujeito que gira ao redor do objeto, mas ao contrário. Isto é, quando se debruça a conhecer algo no mundo que nos cerca, o que acabamos conhecendo efetivamente é o produto de nossa

consciência, é aquilo que “enxergamos” desde nossos saberes construídos previamente (FILHO, 2019).

Já no campo da sociologia econômica pode-se levar em consideração os argumentos do sociólogo Karl Marx, sendo importante nessa seara, pois, estabelece conceitos fundamentais, em especial, tratando sobre a práxis humana; afirmando que o homem adquire consciência a partir do trabalho. Essa relação entre o trabalho e desenvolvimento humano no campo do estudo da Ética é essencial para entender a sua relação, que na verdade é intrínseca (CORTELLA, 2019). Sobre este fato, é imperioso destacar o segue:

A dimensão deontológica encara o dever e o trabalho na perspectiva do amor feito visível, cumprido no culto de uma dedicação íntima, fato social de ressonância construtiva na sociedade. Isto mais se reveste de especial relevo em se tratando da magistratura. O juiz deve prover a sua função no caráter de uma missão sacrificial a exigir-lhe a diligência mais extrema, às limitações do seu sacerdócio, que se coloca acima das forças humanas comuns, no diuturno zelo e com responsabilidade (ROSA, 2020, p. 20).

Sucessivamente, observa-se por fim, que a psicanálise trouxe importantes contribuições ao pensamento ético, tendo em vista que, sublinhou noções a respeito do comportamento moral do homem, apresentando-o como consciente, obedecendo a forças ou impulsos que escapam ao controle da sua consciência. Neste sentido Freud (1937 *apud* BARBOSA, 2018) tem em consideração essa motivação, e conclui que, se o ato propriamente moral o indivíduo age consciente e livremente, pois, entende que os atos praticados por uma motivação inconsciente devem ser excluídos do campo moral.

Ademais, a respeito da ética, Queiroz (2018) acrescenta nesse cenário que toda e qualquer situação que envolve a vida nos coloca diante de aspectos éticos e morais. É preciso refletir sobre o fato (ética) para se escolher em conformidade com os valores e princípios (moral). Assim, como bem salienta Bittar (2016), ética e moral caminham na mesma direção no intuito de guiar os indivíduos nas suas escolhas e decisões, de modo que elas sejam mais justas e solidárias possíveis, resultando no bem coletivo e tornando-se, assim, um ato virtuoso.

Dentre as áreas da ética, ela também se aplica no trabalho. No campo do Direito ela é amplamente evidenciada. Sobre essa questão, apresenta-se o tópico seguinte.

3. A ÉTICA NO DIREITO

É fundamental que todas as profissões, sem nenhuma distinção, tenham como fator principal a “Ética”. A ciência jurídica, por conseguinte, tem o dever de estar atenta para com esse cuidado ético, já que a sua função é fazer justiça, independentemente da classe social, raça, cor, etnia ou religião da pessoa (NALINI, 2018).

Conforme assinala Herkenhoff (2018), a ética não brota espontânea. É fruto de um esforço do espírito humano para estabelecer princípios que iluminem a conduta das pessoas, grupos, comunidades, nações, segundo um critério de Bem e de Justiça. Ressalta que toda profissão tem sua ética, a exemplo do advogado que deve ser fiel ao patrocínio dos direitos do seu constituinte.

Afirma Yuka (2018, p. 12), que “muitos autores definem a ética profissional como sendo um conjunto de normas de conduta que deverão ser postas em prática no exercício de qualquer profissão”. Diz, ainda, que seria a ação “reguladora” da ética agindo no desempenho das profissões, fazendo com que o profissional respeite seu semelhante quando no exercício da sua profissão.

Para a supracitada autora, a ética profissional estuda e regula o relacionamento do profissional com sua clientela, visando a dignidade humana e a construção do bem-estar no contexto sociocultural onde exerce sua profissão, de sorte que atinge todas as profissões. Por fim, acrescenta que quando se fala de ética profissional, estar-se referindo ao caráter normativo e até jurídico que regulamenta determinada profissão, a partir de estatutos e códigos específicos (YUKA, 2018).

Ao completar a formação em nível superior, a pessoa faz um juramento, que significa sua adesão e comprometimento com a categoria profissional onde formalmente ingressa. Isto caracteriza o aspecto moral da chamada Ética Profissional, está adesão voluntária a um conjunto de regras estabelecidas como sendo as mais adequadas para o seu exercício (GLOCK; GOLDIM, 2018).

As leis de cada profissão são elaboradas com o objetivo de proteger os profissionais, a categoria como um todo e as pessoas que dependem daquele profissional, mas há muitos aspectos não previstos especificamente e que fazem parte do comprometimento do profissional em ser eticamente correto (GLOCK; GOLDIM, 2018).

No que toca a advocacia, Filho (2019) aduz que os advogados representam, para a sociedade, modelos de cidadãos que devem encarnar o referencial maior da justiça pela qual anseiam todos os homens, razão pela qual deles se espera e se cobra um comportamento segundo os padrões éticos que enriquecem o espírito humano.

Não obstante, percebe-se que é cobrada uma atenção especial voltada ao profissional do “Direito”, no caso aqui estudado, o advogado. A questão é que o

profissional jurídico é visto muitas vezes como uma pessoa com altas responsabilidades, e com isso, vem uma cobrança de perfeição, de modo que a honestidade se volta para os juristas de uma forma mais recorrente (NALINI, 2018).

Sendo assim, o advogado, como um capacitado em Direito, deve carregar consigo um repertório ético, independentemente do contexto em que se encontra. Portanto, a Ética é uma obrigação e o entendimento de que o profissional jurista necessita estar totalmente convicto de que sua carreira depende de uma exclusiva doação de moralidade, respeito e integridade (RACHIRD, 2018).

A Constituição da República Federativa do Brasil (1988), garante em seu artigo 37 que a administração pública direta e indireta de qualquer um dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Percebe-se que o Estado em forma de lei traz um artigo para enfatizar que a Ética está inclusa no Direito, como também na forma de dever e obrigação, e se espera que seja exercitada na prática e não só na teoria, com o intuito de mostrar à população que a Ética é um dever do Estado (SILVA; GOMES; ALMEIDA, 2020).

Nesse espectro, também é importante mencionar, que na profissão referente à área do Direito, encontra-se os seus Códigos reguladores de condutas e demais aspectos relacionados a essa profissão.

Historicamente, a Ordem dos Advogados do Brasil surgiu em novembro de 1930, através do Decreto nº 19.408, com o objetivo inicial de tornar mais produtiva a atuação do então Ministério da Justiça e respectiva Corte de Apelação. Em 1933, ocorreu a primeira sessão do Conselho Federal e o primeiro Código de Ética foi aprovado em 1934 (ROSA, 2020).

Atualmente a Ordem dos Advogados do Brasil desenvolve suas atividades normatizadas através do Estatuto da OAB (Lei nº 8.906/1994), do Código de Ética (2015) e das Instruções Normativas dos Conselhos Estaduais e Federais.

Em se tratando do Estatuto da OAB (1994), importante apontar que o seu Título II se dedica a tratar da própria Ordem dos Advogados, elencando sua finalidade, definições sobre os Conselhos, parametrização das eleições e mandatos e o seu escopo de atuação. No que diz respeito à finalidade, o artigo 44 aduz que a Ordem dos Advogados, enquanto serviço público, tem por objetivo defender a ordem jurídica do Estado democrático de direito, buscar a rápida administração da justiça e promover, com exclusividade, a disciplina das atividades dos advogados no Brasil (BRASIL, 1994).

Para fins desse estudo, menciona-se que o artigo 34 destaca os tipos de infração disciplinar, sendo os mais relevantes para essa pesquisa o de manter conduta incompatível com a Advocacia (XXV) e tornar-se moralmente inidôneo (XXVII), sendo que os dois últimos carecem de definição.

A identificação de conduta incompatível com a Advocacia ou que torne o profissional moralmente inidôneo pode ser tornar uma atividade de difícil constatação, tendo em vista a abrangência e subjetividade dos trechos destacados no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. Para Rachid (2018), por exemplo, a conduta incompatível, que determina a aplicação de restrições punitivas, é compreendida enquanto ação capaz de prejudicar a dignidade da Advocacia.

Em verdade, o que se tem é que a ordem jurídica impõe um padrão de comportamento moralmente adequado ao advogado na atuação e manifestação pessoal ou privada com evidentes desdobramentos públicos, ainda que estes não estejam diretamente ligados ao exercício da Advocacia (ROSA, 2020).

Assim, é possível inferir que violam as exigências de idoneidade moral os atentados significativos em padrões mínimos e amplamente aceitos, bem como aos valores fundamentais da profissão presentes no Código de Ética da OAB. A idoneidade moral, inclusive, é requisito essencial trazido pelo artigo 8º para inscrição do advogado (FAETI, 2022).

Outro regramento jurídico existente nesse contexto, é o Código de Ética da OAB de 2015. O Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil apresenta-se como instrumento para regulação do Mercado Jurídico, através do Tribunal de Ética das Seccionais, em especial no que diz respeito aos deveres do advogado e do escritório de advocacia para com a comunidade, o cliente e o outro profissional (BRASIL, 2015).

O referido documento discorre acerca de condutas que devem ser adotadas na Advocacia diante do exercício da profissão, enfatizando perspectivas ligadas ao trato com o cliente, ao sigilo profissional e aos honorários advocatícios, nos moldes do que dispõe o artigo 33 do Estatuto da OAB.

No que tange aos deveres do advogado, traz-se uma relação de pressupostos que seriam complementares ao texto do Estatuto da Ordem, da qual cabe destacar a obrigação de preservar, na conduta do advogado ou do escritório de advocacia, a honra, a nobreza e a dignidade da profissão, de zelar por uma reputação pessoal e profissional, de aconselhar o cliente sobre não ingresso de ação judicial descabida e de não patrocinar interesses ligados a outras atividades diversas da Advocacia (BRASIL, 2015).

No que tange à ética do advogado, a legislação se divide em normas que tratam dos princípios fundamentais (Capítulo I), da advocacia pública (Capítulo II), das relações com o cliente (Capítulo III), das relações com os colegas, agentes políticos, autoridades, servidores públicos e terceiros (Capítulo IV), da advocacia *pro bono* (Capítulo V), do exercício de cargos e funções na OAB e na representação da classe (Capítulo VI), do sigilo profissional (Capítulo VII), da Publicidade profissional (Capítulo VIII) e dos honorários (Capítulo IX).

Passados esses aspectos gerais sobre a relação entre ética e Direito, em especial ao trabalho do advogado, parte-se para a parte prática dessa temática, que será apresentada a seguir.

4. A ÉTICA NA ADVOCACIA E CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

Ética é um conceito debatido na atualidade, em razão do Brasil ser um dos países que mais comete violações éticas no que tange ao âmbito judiciário, em razão disso, se vem se discutindo a origem deste cenário para buscar por formas de diminuir os prejuízos sociais advindo de condutas impróprias dos indivíduos em seu convívio em sociedade.

Em verdade, esse debate não é restrito aos dias de hoje, tendo em vista que, durante muitos anos se pensam em maneiras coletivas de convivências em sociedade. A ética acaba por ser, um instrumento chave nesse debate, já que é de consciência social a existência de regras e normas, e também de que essas devem ser cumpridas, e ainda, é fundamental para que as violações sejam diminuídas a prática recorrente de boas ações sociais tornando a vida plena e sem maiores desastres sociais (NALINI, 2018).

Pode-se, então, compreender a ética, como um conjunto de valores que são aferidos na vida comunitária, sendo aquilo que orienta os seres humanos, no que diz respeito a capacidade decidir, de julgar e avaliar, e, sempre prezando pela liberdade. Também diz respeito a conduta prática diária, e consiste nos princípios que orientam a conduta (CORTELLA, 2019).

A ética está ligada ao exercício social de reciprocidade, respeito e responsabilidade, bem como, confirma que os indivíduos são produtores de valores, valorando as ações em relação aos semelhantes e definindo-a se é boa o ruim. Em vista disto, a ética é muito invocada e proclamada, porém está em desuso constante, já que é comum tratar a ética apenas no campo das ideias e em abstrações teóricas, não perpassando pelo campo prático. E ainda, em muitos casos, é considerada um entrave para o desenvolvimento amplo de um mundo consumista, nesse contexto, afirma Queiroz (2018, p. 22):

A ética encontra na mais robusta fonte de inquietações humanas o alento para sua existência. É na balança ética que se devem pesar as diferenças de comportamentos, para medir-lhes a utilidade, a finalidade, o direcionamento, as consequências, os mecanismos, os frutos. Se há o que se especular em ética sobre alguma coisa é a ação humana. O fino equilíbrio sobre a modulação e a dosagem dos comportamentos no plano da ação humana importa a ética.

Esse fragmento de Queiroz (2018) demonstra que a ética está intrinsecamente ligada as questões humanitárias, e aponta que existem muitas diferenças de raciocínios entre um ser humano e outro e por esse motivo deve se pesar as ações que estão sendo feitas, sabendo qual finalidade, qual utilidade terá e principalmente, quais consequência. É preciso que se faça uma dosagem das ações, e, entender os atos, bem como suas causas, é necessário observar as consequências sociais, as quais podem ser boas ou ruins, a depender, também, de um ponto de vista.

Nesse sentido, é de extrema importância que a consciência individual seja trabalhada como uma aliada, de modo que ela venha a colaborar para um melhor desempenho ético no decorrer de toda carreira jurídica do profissional do Direito. Observa-se que a vida de um profissional da área do Direito é guiada por padrões que não podem, de forma alguma, deixar de serem adotados

Conforme já expresso no tópico anterior e enfatizado por Araújo (2018), o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) (1994) organiza regras deontológicas para o exercício da profissão, especificamente em seu artigo XX, que dispõe sobre os deveres dos advogados, alguns corroborados posteriormente pelo advento da Constituição Federal, além de outros em caráter de especialidade, como por exemplo, o Código de Ética e Disciplina da OAB (2015).

Outros exemplos na legislação brasileira, constituem clara falta ética, às vezes com previsão explícita, como tratar uma das partes de forma discriminatória (Código de Ética, artigo 9º). Em outras, a existência depende do exame das circunstâncias do caso concreto, por exemplo, o dever de comportar-se adequadamente na vida privada (artigo 16 do C.E.).

Há casos sem regramento algum, como o recebimento de presentes. Por exemplo, nenhum problema haverá na doação, por um advogado que tenha ações na vara, de um bolo na festa de aniversário do magistrado, que se realizará no cartório. Bem inversa será a situação do empréstimo de um apartamento em Miami para as férias de verão, fato que, em tese, pode configurar infração ética (FREITAS, 2016).

As condutas que podem suscitar discussão sobre a incidência ou não de falta ética são incontáveis. Os fatos da vida superam a imaginação. Alguns são facilmente perceptíveis, estando até previstos em lei.

De todo modo, ao longo do processo histórico de formação da humanidade surgiram muitas teses que estudam as ações humanas, já que são elas que norteiam o campo ético onde quer que seja e determinam as condições a qual esse debate pode representar, no mais, é sempre importante ressaltar que o debate depende tanto do emissor quanto do receptor.

Bittar (2016) analisa que “a ação humana é uma movimentação de energias que se dá no tempo e no espaço”. Então, nota-se essa movimentação do ser humano no sentido de uma manifestação de vontade, seja ela pelo estudo, trabalho, atos antijurídicos ou ócio, ou também, frente à um elogio ou crítica; entre outros, como sendo um conjunto de intenções. Sendo assim, o homem pode ter a intenção de ganhar dinheiro com seu trabalho, mas poderá, decorrente de um vício intencional eivar-se pela tentativa de obter dinheiro por meios fraudulentos. Pode-se se ter a intenção de elogiar alguém ou algo, assim como, a intenção de criticar, da mesma forma, dá-se a obtenção de resultados, de maneira própria, ou equipado mediante esforço alheio.

Por isso, existe uma balança da ética onde se deve pesar as diferenças de comportamentos humanos, bem como, onde ações precisam ser comparadas, no sentido de possuir, abstratamente, uma régua que meça determinada conduta, avaliando se a mesma tem intentos éticos ou não. Ante o mencionado, cada ser humano usa de artifícios para conseguir seus objetivos, e estes, precisam ser apurados no campo da Ética e da Moral.

Ainda segundo Bittar (2016) o doutrinador faz muitas comparações a esse respeito, em um dos trechos de sua obra intitulada “Curso de Ética Jurídica”, o autor supõe a seguinte indagação, aduzindo que “se há o que se especular em ética, sobre alguma coisa, essa alguma coisa, é a ação humana”. E conclui que “o fino equilíbrio sobre a modulação e a dosagem sobre o comportamento no plano da ação humana, importa a ética”.

Mais à frente Bittar (2016, p. 09) aduz que a ética demanda do agente, a este respeito pressupõe determinadas condutas que são deduzidas a seguir:

Conduta livre e autônoma: origem do ato ou da conduta parte da livre consciência do agente. Dessa forma, o agente manipulado para agir inconscientemente, por força de um poder arbitrário ou de uma imposição coercitiva, não pode ser considerado autônomo em suas

deliberações, e, portanto, essa ação não pode ser considerada de sua livre autonomia. Não gera responsabilidade ética;

Conduta dirigida pela convicção pessoal: autoconvencimento é o exercício que transforma ideais, ideologias, raciocínios, e pensamentos em princípios da ação, sob única e exclusiva propulsão dos interesses do indivíduo. Toda decisão surge da consciência individual, o que não impede que a deliberação ética possa estar influenciada por valores familiares, sociais, mas o que há de constante é a sede de decisão, que deve ser individual.

Conduta insuscetível de coerção: a falta da sensação mais grave, dependendo da consciência e dos valores sociais, peculiariza a preocupação ética (exclusão do grupo, vergonha, dor na consciência, arrependimento...) A conduta, portanto, só é feita eticamente por *metus cogendi poenae* (pena privativa de liberdade, restritiva de direitos), como ocorre diante de normas jurídicas, mas por livre convencimento do agente dentro de regras e costumes sociais.

A jurisprudência brasileira é coerente com o fato de que a ética é o pilar do trabalho de um advogado. Quando esse profissional não respeita e observa os preceitos éticos, ele pode eventualmente sofrer danos.

É o que assegura a seguinte jurisprudência:

PROCESSUAL CIVIL - EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO - FALTA DE EMENDA À INICIAL PARA JUNTADA DE PROCURAÇÃO E COMPROVANTE DE ENDEREÇO ATUALIZADOS - MANDATO SEM PRAZO DE VALIDADE - ATUALIZAÇÃO DE PARADEIRO SOB RESPONSABILIDADE DA PARTE - SENTENÇA CASSADA. [...] A procuração outorgada pela parte ao advogado, se constitui em uma relação de direito privado, não se admitindo ao julgador, tutelar interesses exclusivos e particulares da litigante em relação ao seu patrono, o qual, salvo prova em contrário, foi eleito em livre e válida manifestação de vontade. **O advogado, por sua vez, responde ética e juridicamente, no âmbito civil e criminal, por eventual conduta ilícita ou desidiosa em prejuízo da sua cliente.** Descabe, igualmente, a extinção pela falta de juntada de comprovante de endereço atualizado em ao que se encontra nos autos, pois é responsabilidade da parte, via advogado, informar ao juízo a alteração de seu paradeiro, sofrendo o ônus processual de eventual desídia no exercício dessa obrigação. Imperativa, na

hipótese, a cassação da sentença para retomada do devido processo legal. (TJTO, Apelação Cível, 0000888-77.2021.8.27.2726, Rel. EURÍPEDES DO CARMO LAMOUNIER, 4ª TURMA DA 2ª CÂMARA CÍVEL, julgado em 09/02/2022, DJe 16/02/2022). (grifo meu)

Em caso de descumprimento de qualquer obrigação por parte do advogado, o mesmo responderá civilmente, e a depender do caso penalmente, pelo dano gerado, uma vez que fere diretamente o Código de Ética de sua profissão.

Nesse ponto, por exemplo, a responsabilidade civil pela prestação de serviços advocatícios ocorre quando houver prova suficiente do dolo ou culpa decorrentes de descumprimento dos deveres legais previstos na Lei nº 8.906/94 (Estatuto da OAB) e no Código de Ética e Disciplina da OAB. Eventuais abusos das prerrogativas institucionais ou descumprimento de deveres legais ou regulamentares devem ser analisados caso a caso.

É o que assenta o seguinte julgado:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. **CONTRATO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ALEGAÇÃO DE INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. NÃO COMPROVADA. ATOS PROCESSUAIS PRATICADOS. RESSARCIMENTO DOS VALORES PAGOS PELO CLIENTE. INDEVIDO. HONORÁRIOS DE ÊXITO. ACORDO EM AUDIÊNCIA. PAGAMENTO DEVIDO. SENTENÇA MANTIDA.** 1. Na prestação de serviços de advocacia, o advogado tem o direito e o dever de atuação com liberdade e independência na tramitação de qualquer processo, sem prejuízo de amparar o seu cliente e adotar as diligências necessárias para a solução da causa (arts. 2º, 4º, 8º, 12 e 45 do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB). 2. **A responsabilidade civil pela prestação de serviços advocatícios ocorre quando houver prova do dolo ou culpa decorrentes de descumprimento dos deveres legais previstos na Lei 8.906/94 (Estatuto da OAB) e no Código de Ética e Disciplina da OAB. [...]** **Eventuais abusos das prerrogativas institucionais ou descumprimento de deveres legais ou regulamentares devem ser analisados caso a caso.** 3. [...] 5. Recurso conhecido e não provido. (07274255420218070001 - (0727425-54.2021.8.07.0001 - Res. 65 CNJ). TJDFT. 6º Turma Cível. Relator: LEONARDO ROSCOE BESSA. Data do Julgamento: 16/11/2022. Publicado no DJE: 05/12/2022). (grifo meu)

Continuando, tão importante a ética no trabalho do Direito e eventualmente no trabalho do advogado, que Estados brasileiros têm instituído o seu próprio Código de Ética. Para essa pesquisa, cita-se o Código de Ética dos servidores do Judiciário do Tocantins.

No caso acima, tem-se a Resolução nº 29/2021 que dentre outros objetivos, busca estabelecer os princípios e as regras de conduta ético-profissionais a serem observados pelos servidores do Poder Judiciário do Estado do Tocantins no exercício de suas atribuições sem prejuízo da observância dos demais deveres e proibições legais e regulamentares (BRASIL, 2021).

É assim que também reverbera a presente jurisprudência:

PROCESSO ADMINISTRATIVO. CÓDIGO DE ÉTICA PROFISSIONAL DOS SERVIDORES DO PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO TOCANTINS. MINUTA DE RESOLUÇÃO DO TJTO. REGULARIDADE FORMAL E LEGAL. APROVAÇÃO, APÓS ALTERAÇÕES. 1. **O Código de Ética proposto tem por objetivo contribuir para o cumprimento da missão do Poder Judiciário do Tocantins e consolidar os valores ético-profissionais no âmbito institucional, motivo pelo qual apresenta compromissos e vedações aos servidores.** 2. [...]. 3. Outra proposta sugerida foi a alteração do § 5º do art. 9º para proibir servidores que estejam respondendo a ação de improbidade administrativa, ação penal ou processo administrativo de comporem ou secretariarem a Comissão de Ética. (TJTO, Processo Administrativo, 0016942-22.2019.8.27.0000, Rel. ANGELA MARIA RIBEIRO PRUDENTE, COMISSÃO DE REGIMENTO E ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA., julgado em 09/09/2021, DJe 15/09/2021). (grifo meu)

Diante dos julgados acima mencionados, percebe-se a relevância que a ética possui para o trabalho de um advogado, e para a área jurídica. Por se uma profissão que lida com vidas humanas e seus destinos, *ter* ética e *ser* ético é essencial para o agente.

Partindo deste importante estudo, finda-se observando que se torna claro que, de fato, que as ações éticas dos advogados dependem diretamente de suas ações como seres humanos. Assim, para saber que o ocorrido foi ético e moral é necessário que se cumpram certos requisitos, como uma conduta livre e autônoma, e ainda, pautada pela convicção pessoal e uma que seja insuscetível de coerção. No final das contas, o que está em pauta dentro desse debate é a livre iniciativa do agente, verificando o seu desempenho em relação as suas funções.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ética é o ramo da filosofia que estuda os comportamentos e se concentra nas ações humanas e em aspectos relacionados ao bem, à virtude, ao dever, à felicidade e a justiça. Denota-se que, o estudo da ética remonta às origens da filosofia na Grécia Antiga e seu desenvolvimento histórico tem sido extenso e variado.

Observa-se que, a ética estuda o que é um ato moral, como um sistema justificado racionalmente e como ele deve ser aplicado posteriormente em um nível individual e social. No cotidiano, constitui uma reflexão sobre o fato dentro de atitudes morais, procurando as razões que justificam a adoção de um sistema ou outro.

Deontologia é a disciplina que lida com os deveres dos profissionais e operadores do Direito, no caso dos advogados, objeto de estudo desta pesquisa, trata-se de uma multiplicidade de deveres como os de si mesmo, com a sociedade, com a profissão, com seus colegas e com a entidade sindical do âmbito coletivo.

Considera-se que os advogados devem se orientar sob a influência de atitudes imparciais não ocultas, com alguma predisposição a preceitos morais, sem preconceitos e discriminações. Também é importante a avaliação de suas atitudes, constitui-se como necessário o exame da própria formação e do profissionalismo intelectual, o qual obtiveram êxito para constituir-se como advogados, e determinar-se pela certeza de agir de forma justa facilitando o acesso à justiça.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Wilclem de Lázari. **A ética presente nas profissões jurídicas**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2930, 10 jul. 2018.

BARBOSA, Luís Adriano Soares. **Ética na magistratura: uma interpretação a partir de um confronto entre as ideias de Vázquez e Nalini**. Fortaleza: Universidade Estadual Vale do Acaraú; Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará Curso de Especialização em Administração Judiciária, 2018. Disponível em: <<http://esmec.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2018/12/Luís-Adriano-Soares-Barbosa.pdf>>. Acesso em: 23 mar. 2023.

BITTAR, Eduardo C.B. **Curso de ética jurídica: ética geral e profissional**. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 29 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Brasília, DF: Presidência da República. Dou: 05 jul.

1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm>. Acesso em: 28 mar. 2023.

BRASIL. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. **Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil**. OAB Nacional, Brasília, 19 out. 2015. Disponível em: <<https://s.oab.org.br/PDF/CFOAB-CED.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2023.

BRASIL. **Resolução nº 29 - PRESIDÊNCIA/ASPRES**. Institui o Código de Ética Profissional dos Servidores do Poder Judiciário do Estado do Tocantins. Disponível em: <<https://transparencia.tjto.jus.br/index.php/documentos/send/1544-resolucao-n-29-2021-presidencia/5619-resolucao-n-29-2021-presidencia>>. Acesso em; 01 abr. 2023.

CORTELLA, Mario Sergio. **Qual é a sua obra**: inquietações propositivas sobre gestão, liderança e ética. 12. Ed. Petrópolis: Vozes, 2019.

FAETI, Maria Eduarda dos Santos. **Os desafios da advocacia: os limites da publicidade no código de ética do conselho federal da OAB, sob a luz do mercado jurídico contemporâneo**. 2022. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2022.

FILHO, José Soares. **Deontologia da Magistratura**. 2019. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/24992-24994-1-PB.htm>>. Acesso em: 28 mar. 2023.

FREITAS, Vladimir Passos de. **Magistratura, código de ética e decisão no Supremo Tribunal Federal**. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-07/magistratura-codigo-etica-decisao-supremo>>. Acesso em: 28 mar. 2023.

GLOCK, Rosana Soibermann, GOLDIM, José Roberto. **Ética profissional é compromisso social**. 2018. Porto Alegre. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/eticprof.htm>>. Acesso em: 29 mar. 2023.

HERKENHOFF, João Baptista. **Ética dos magistrados: A sociedade exige uma conduta exemplar**. Revista Consultor Jurídico. Março. 2018. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-mar-06/sociedade-exige-magistrados-conduta-exemplarmente-etica>>. Acesso em: 27 mar. 2023.

NALINI, Jose Renato. **Ética geral e profissional: A Ética do Advogado**. 13ª Edição, 2018, atualizada e ampliada.

PEQUENO, Marconi Pimentel. **Ética, Direitos Humanos e Cidadania**. 2015. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/livros/edh/br/pbunesco/ii_01_etica.html>. Acesso em: 29 mar. 2023.

QUEIROZ, Carlos Márcio de Melo. **Código de Ética da Magistratura Nacional**. 2018. Disponível em: <<https://slideplayer.com.br/slide/1694112/>>. Acesso em: 23 de mar. 2023.

RACHID, Alysson Cesar Augusto de Freitas. **Ética e estatuto da advocacia**. São Paulo: Saraiva, 2018.

RAMOS, Jefferson Evandro Machado. **Ética**. 2019. Disponível em: <https://www.suapesquisa.com/o_que_e/etica_conceito.htm>. Acesso em: 28 mar. 2023.

RIBEIRO, Renato Janine. **Ética e Direitos Humanos**. Interface (Botucatu). Botucatu, v. 7, n. 12, p.149-166, Feb. 2017.

ROSA, Lucas Barreto. **Impacto da regulação da publicidade jurídica no exercício da advocacia: novos paradigmas do código de ética da OAB**. Trabalho de Conclusão de curso entregue a Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Brasil, 2020.

SILVA, Adaiara Xavier; GOMES, Raquel Vieira; ALMEIDA, Severina Alves de. A ética do advogado e o exercício profissional: um estudo teórico. J Business Techn. 2020; Manancial: Ética & Direito: 4-15.

VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. **Ética**. tradução de João Dell'Anna. 37. Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

ATIVISMO PEDÓFILO: BREVE HISTÓRICO E REIVINDICAÇÕES

WENDELL RIBEIRO: Bacharel em Direito; Especialização em Direito Penal e Processual Penal; Direito da Criança, do Adolescente e Políticas Públicas. 40

RESUMO: O ativismo pedófilo é um movimento político-cultural na busca da legitimação do que eles mesmos denominam de “amor intergeracional”, um eufemismo para o relacionamento sexual pedofílico, ou seja, entre adultos e crianças. Os pedossexuais compreendem que a sociedade é organizada para oprimir todos aqueles que se desviam de sua estrutura conservadora (leis; tabus sexuais; crenças religiosas e outros fatores socioculturais), nessa perspectiva se enxergam como um grupo oprimido e estigmatizado. Esse movimento cujas origens remontam ao início da década de 1950 se desenvolve de forma silenciosa, porém consistente no seio da sociedade até hoje, apesar dos reveses que sofreu. O avanço dessa agenda traz como consequência lógica um grave risco para as crianças e para a sociedade caso não seja combatida por todos os meios necessários, todavia, esse enfrentamento só pode ser travado caso tenhamos conhecimento consistente para identificar os atores, meios de ação, estratégias, reivindicações e outros aspectos relevantes. Através de uma pesquisa exploratória e documental, no presente artigo o nosso objetivo precípuo é apresentar um breve histórico e algumas das reivindicações do movimento como forma do conhecimento básico para começar a compreender e enfrentar o assunto.

Palavras-chave: Ativismo pedófilo. Pedofilia. Pedossexualidade. Sexualidade Infantil. Abuso sexual infantil.

PEDOPHILE ACTIVISM: BRIEF HISTORY AND CLAIMS

ABSTRACT: Pedophile activism is a political-cultural movement seeking to legitimize what they themselves call “intergenerational love”, a euphemism for pedophilic sexual relationships, that is, between adults and children. Pedosexuals understand that society is organized to oppress all those who deviate from its conservative structure (laws; sexual taboos; religious beliefs and other sociocultural factors), in this perspective they see themselves as an oppressed and stigmatized group. This movement, whose origins date back to the early 1950s, develops silently but consistently within society to this day, despite

the setbacks it has suffered. The advancement of this agenda brings, as a logical consequence, a serious risk for children and society if it is not fought by all necessary means, however, this confrontation can only be stopped if we have consistent knowledge to identify the actors, means of action, strategies, claims and other relevant aspects. Through an exploratory and documental research, in this article our main objective is to present a brief history and some of the claims of the movement as a form of basic knowledge to begin to understand and face the subject.

Keywords: Pedophile activism. Pedophilia. Pedosexuality. Infantile Sexuality. Child sexual abuse.

1 INTRODUÇÃO

Grupo holandês que defende a pedofilia cria partido para disputar as eleições e combater os tabus e a intolerância (COUGHLAN, 2006); Estudo aponta que o Partido Verde da Alemanha apoiou demandas pedossexuais em seu programa político entre os anos 1970 a 1980 (ROGERS, 2014); Ainda no mesmo país, veio à público o chamado “Experimento Kentler” conduzido pelo psicólogo e pedagogo Helmuth Kentler com o apoio e financiamento do Senado de Berlin, onde por mais de trinta anos crianças e jovens foram colocados sob a tutela de homens sabidamente pedófilos para combater o preconceito e provar que eles também poderiam ser pais amorosos (GOLDENBERG, 2020); Um professor de Ética da Universidade Metropolitana de Oslo, na Noruega, em artigo pediu a legalização da pornografia infantil e que a pedofilia seja ensinada nas escolas como uma orientação sexual pondo fim ao estigma existente pela pessoas atraídas sexualmente por crianças (GLUCK, 2022).

Quando um fato similar aos exemplos citados no parágrafo anterior aparece no debate público, a incredulidade, a revolta e condenação são manifestações comumente observáveis. Ocorre que, em geral, a superficialidade com que as questões são expostas, não dão a dimensão da gravidade do problema que está diante dos olhos.

Enquanto os órgãos de persecução penal de forma justificável se preocupam e gastam uma quantidade imensa de recursos humanos e tecnológicos para combater a pornografia infantil na internet e outras formas de exploração sexual contra crianças e adolescentes, há um movimento político de ativistas sexuais que, desde longa data, trabalha em sentido contrário e segue crescendo silenciosamente sem a devida oposição da sociedade. É o que se denomina de ativismo pedófilo.

Esse movimento tem uma agenda global, ícones intelectuais e acadêmicos obstinados que lhe dá suporte com base em fundamentos supostamente científicos da psicologia, psiquiatria, filosofia, sociologia, criminologia, etnografia, etc., todavia, a falta de conhecimento tecnicamente embasado sobre tema, a identificação de seus atores e estratégias, vem permitindo um lento, porém consistente avanço em direção à normalização do que eufemisticamente eles denominam de “amor intergeracional”.

O sucesso dessa agenda sexual liberal sem dúvida trará consequências deletérias à infância e a toda sociedade, entretanto, não se combate aquilo que é desconhecido ou ignorado. É nesse contexto, que se faz necessário e urgente o devido conhecimento sobre o fenômeno, posto que, como qualquer ideologia nefasta, a batalha será perdida sem que as armas e estratégias do inimigo sejam conhecidas e expostas. Apresentar uma visão inaugural sobre esse movimento é o objetivo principal deste trabalho.

Segundo a classificação de Prodanov e Freitas (2013, p.126-128), quanto à natureza, nosso trabalho se reveste da característica de uma pesquisa aplicada (“procura produzir conhecimentos para aplicação prática dirigidos à solução de problemas específicos”) e fenomenológica quanto ao método (“preocupa-se em entender o fenômeno como ele se apresenta na realidade. Não deduz, não argumenta, não busca explicações [...] satisfaz-se apenas com seu estudo, da forma com que é constatado e percebido no concreto”); exploratória quanto aos objetivos (“visa a proporcionar maior familiaridade com o problema, tornando-o explícito”); documental quanto aos procedimentos (“utiliza materiais que não receberam tratamento analítico”) e; por fim, é qualitativa quanto a abordagem, ou seja, “o ambiente natural é fonte direta para coleta de dados, interpretação de fenômenos e atribuição de significados”.

O ponto de partida para o levantamento das fontes foi a biblioteca on-line do IPCE - *International Pedophile and Child Emancipation* [Movimento Internacional de Emancipação de Pedófilos e Crianças], que possui imensa quantidade de artigos, livros e outros documentos meticulosamente organizados (por assunto e autor) que proporcionaram mergulhar em profundidade no histórico e teses desenvolvidas por esses ativistas sexuais ao longo dos tempos (IPCE, 1997c, p. on-line).

Como critério de inclusão, especialmente para a descrição do histórico, selecionamos obras de atores envolvidos no período inicial, ou seja, aqueles que representam o estágio embrionário do movimento, o que podemos chamar de primeira onda, excluindo do rol a sua nova face, o “*MAP Movement*” (*Movement Minor Attracted Person*) ou Movimento de Pessoas Atraídas por Menores (NEWGON, 2022, p. on-line), que

poderá ser estudado posteriormente no caso de investigações sobre as mudanças no desenvolvimento e nas estratégias.

Para alcançar nossa finalidade o desenvolvimento está subdividido em cinco subtópicos que, se inicia com a necessária definição sobre as várias visões do conceito de pedofilia e pedófilo, deixando claro que no presente estudo os termos são utilizados na visão dos pedoativistas, ou seja, como uma orientação sexual; em seguida expomos as motivações de suas demandas políticas, seus meios de ação, bem como, no que consiste o pedoativismo. A terceira parte é onde são mostrados os fatos históricos que remontam à origem do movimento, seus atores e meios utilizados para sua formulação; a quarta e quinta parte, respectivamente, finalizam o trabalho listando alguns dos grupos de pressão (organizações pedófilas) formados ao longo do tempo e algumas de suas teses e reivindicações que representam o eixo central na ideologia do movimento que estão fartamente registradas em suas publicações.

2 ATIVISMO PEDÓFILO

2.1. DEFINIÇÕES DE PEDOFILA E PEDÓFILO

Etimologicamente a palavra pedofilia tem origem grega derivada de "*paidos*" que significa criança e "*filia*", amizade, atração ou amor (WILLIAMS, 2012, p. 9), por conseguinte, pedófilo corresponde ao adjetivo para designar aquele que gosta ou ama crianças.

Sob a perspectiva da psiquiatria, é um subtipo de parafilia, denominado tecnicamente de "transtorno pedofílico", caracterizado pelas "fantasias sexualmente excitantes, impulsos sexuais ou comportamentos intensos e recorrentes envolvendo atividade sexual com criança ou crianças pré-púberes" (APA, 2014, p. 687 e 698). Criminalmente, quando um adulto percorre todo o *iter criminis* e sai da fase de cogitação para a de execução desses impulsos e fantasias, temos, então, uma conduta criminal punível no Brasil e em grande parte dos países.

Pelo senso comum, o termo é visto como uma perversão, uma bestialidade, algo antinatural, dada absoluta incompatibilidade sexual. Há uma mescla de fatores psiquiátricos e criminais, acrescido de uma falha moral destoante do homem médio. O pedófilo, nesta perspectiva, é um criminoso em potencial pronto a abusar de uma criança assim que tiver a chance de fazê-lo, movido pela degeneração moral, traço marcante da sua personalidade.

Como veremos adiante, para os pedoativistas, a pedofilia ou pedossexualidade são expressões sinônimas que denotam uma orientação ou preferência sexual, todavia, ao invés de ser orientada para o gênero, o desejo sexual se direciona para a idade e os aspectos físicos e psíquicos que são peculiares da infância. O pedófilo é alguém que experimenta atração sexual ou “romântica” por pessoas abaixo da idade de consentimento local (NEWGON, 2022, p. on-line; B4U-ACT, 2020, p. 6).

2.2 AS MOTIVAÇÕES E OS MEIOS DE AÇÃO

Para os dois maiores expoentes do movimento pedófilo organizado, o psicólogo holandês Frits Bernard [1920-2006] e o advogado Edward Brongersma [1911-1998], os pedófilos são um grupo sexual oprimido, uma minoria sexual, por isso, tem o direito viver a sua sexualidade como qualquer indivíduo. As estratégias, teorias desenvolvidas e a escala de valores do movimento põem estas pessoas como vítimas de um sistema social opressor que os estigmatiza por se desviarem da norma vigente composta por leis antissexuais e repressivas; valores morais conservadores; tabus sexuais; crenças religiosas e outros fatores socioculturais, deste modo, possuem o direito se organizar politicamente para lutar contra a tirania da maioria conservadora que não os aceita e os enxerga como aberrações, um mal a ser eliminado social e até mesmo fisicamente sem que ninguém se importe. A organização pedófila NAFF – *Norsk Arbeidsgruppe for Pedofili* [Grupo de Trabalho Norueguês para Pedofilia], fundada no início dos anos de 1970, contextualiza e define o tema da seguinte maneira:

Todos que são pedófilos, mais cedo ou mais tarde, serão confrontados com as atitudes da sociedade em relação a nós. Essas atitudes foram e são negativas, principalmente depois que as leis sobre a idade sexual mínima surgiram em meados do século XIX. Daí a necessidade de lutar por direitos, igualdade e respeito na sociedade.

Direitos são direitos políticos. É a luta contra as leis que, por princípio, proíbem a prática sexual pedófila. É a luta contra a discriminação legal. A igualdade é uma questão de poder ser considerado como um ser humano em pé de igualdade com os outros, e de não pertencer a um grupo específico com as mesmas características negativas. E isso é respeito, o direito de ser livre e aberto sobre quem você é, sem que isso seja recebido com medo, ódio ou sanções.

Ativismo pedófilo é política. É política tanto no sentido tradicional, ao tentar influenciar os processos de governança na sociedade, suas leis e regras, mas também no sentido de criação de atitude, trabalhando para que a sociedade aceite a nós e nossa sexualidade. O ativismo pedófilo é informação e informação factual sobre sexualidade, bem como o desenho de diretrizes aceitáveis para o comportamento sexual.

O ativismo pedófilo também pode ser uma conscientização e apoio entre os pedófilos. Mas eles não são puros grupos de apoio, onde você recebe ajuda para lidar com problemas pessoais ou legais.

O ativismo pedófilo não é o direito de fazer sexo com crianças. Não há tentativas organizadas de obter contato sexual com crianças. Não existem "anéis de sexo" ou redes que tentam realizar atos sexuais. Não há troca de pornografia infantil.

O ativismo pedófilo é um trabalho exteriormente político, onde o próprio objetivo da atividade é a abertura, a obediência e o cumprimento da lei, a fim de mudar as leis e as atitudes da sociedade. (NAFP, 2010, p. on-line, tradução livre)

O complemento da argumentação vai no sentido de que o movimento também é um defensor da liberdade sexual das crianças, lhes dando a voz que a sociedade nega.

Pode ser que "ativismo pedófilo" seja um termo ligeiramente enganoso para esse tipo de atividade política, porque sugere que os únicos interesses são a sexualidade e a discriminação dos adultos. As crianças não têm as mesmas oportunidades de apresentar o seu caso. Eles não defendem seus próprios direitos. Este é o dilema. As crianças não têm voz, e isso significa que algumas podem nos questionar se tentarmos falar por elas.

O ativismo pedófilo é, portanto, uma questão de trabalhar pelos direitos das crianças e criar uma visão melhor delas na sociedade. É fazer as crianças falarem, mas sem decidir o que elas devem dizer. É torná-los indivíduos com voz própria, e aceitar a consequência de

que nem sempre concordam com os adultos. (NAFP, 2010, p. on-line, tradução livre)

Nesse sentido, Frits Bernard, asseverou que “somente quando a sexualidade das crianças for aceita como uma realidade, uma realidade positiva, os contatos entre elas e os adultos deixará de ser sempre considerados negativamente” e conclui que “com a aceitação da sexualidade infantil como um fato, o rótulo pedofilia cairá em desuso, tanto como diagnóstico médico quanto na terminologia jurídica” (BERNARD, 2002, p. 9).

Os mecanismos políticos utilizados pelos pedoativistas na busca de seus “direitos”, se inserem naquilo que o cientista político Gene Sharp chama em seu best-seller, “Poder, Luta e Defesa” de “ações não violentas”, entendendo-se por elas, o conjunto de práticas destinadas a exercer poder e lograr êxito na transformação social que esperam, entre elas: formação de grupos de pressão (lobbying) sobre parlamentares ou a favor ou contra um projeto de lei que venha de encontro aos seus interesses; criação de slogans; caricaturas e símbolos; bandeiras; cartazes; pichações; folhetos; panfletos e livros; jornais e revistas; declarações formais (mensagens de manifestação ou de apoio, manifestos públicos assinados, petições, abaixo-assinados de grupo ou massa); caminhadas; marchas; passeata, etc.(SHARP, 1983, p. 169-174).

O ativismo pedófilo ou pedoativismo é, enfim, um movimento político-cultural que se manifesta a partir de um conjunto de ações desempenhadas por pessoas ou grupos que realizam a defesa, propagação, argumentação favorável ou relativista e, todo gênero de manifestações públicas de forma explícita ou sub-reptícia em prol do relacionamento erotossexual livre entre adultos e crianças ou ainda, da inclusão destas, no mercado sexual, visando a alteração da percepção social (pela cultura), para num segundo momento gerar alterações nos instrumentos legais de cunho protetivo.

2.3 AS ORIGENS DO MOVIMENTO

Frits Bernard foi um Psicólogo clínico holandês, membro do conselho de diretores da Associação para o Avanço da Pesquisa Científica Social sobre Sexo, Düsseldorf (Alemanha); membro da Sociedade Alemã de Pesquisa Sexual, (Frankfurt); membro do conselho de diretores da Associação para Sexualidade Humana (AHS), Berlim; consultor da Associação Holandesa para a Reforma Sexual, Haia; e membro da Associação de Sexologia de Utrecht (BERNARD, 2002, p. 9).

Em sua compreensão, “a pedofilia não parece ser o principal problema do pedófilo; aparentemente, não é o principal problema da criança. A pedofilia é, antes de tudo, o

problema das pessoas que não são pedófilas; isto é, da sociedade em geral". É, portanto, necessário que "os pedófilos se agrupem em grupos, não só para assistência (mútua), mas também porque, desta forma, continuarão a receber atenção como uma minoria que permanecerá enquanto a sociedade (não pedófilos) continua lutando com sua própria sexualidade." (BERNARD, 2002, p. 9, tradução livre; 1987a, p.43; 1997, p.7).

Ele registra que "todo o problema da pedofilia é um problema político" e "que os fatos são a base para uma discussão construtiva na política. Em uma discussão sobre pedofilia, é essencial colocar os fatos à mesa antes que qualquer discussão que leve a uma resolução possa começar", então, precedendo a tentativa de dar informações ou convencer a sociedade, era necessário que se organizasse uma base de conhecimento "científico" através da formação de um grupo de pessoas ativas que, obtendo suporte intelectual de acadêmicos e cientistas se dedicariam à integração da sexualidade infantil e da pedofilia, uma ideia inédita para o assunto até meados do século XX, só depois disso, dizia ele, "um debate sobre, por exemplo, a redução da idade de consentimento pode dar frutos" (BERNARD, 1987a, p. 2 e 3; 1997, p.7).

Seus esforços se iniciam precisamente em 1940 tentando fazer com que pesquisadores se interessassem pelo assunto. À época estabeleceu contato com o Dr. Benno Premela, primeiro sexólogo da Holanda, entretanto, a ocupação alemã forçou a dissolução da seção holandesa do Comitê Humanitário Científico, fundado pelo Dr. Magnus Hirschfeld em Berlim onde se encontravam (BERNARD, 2002, p. 5; 1987a, p.35; 1997, p.6).

Em 1950, Bernard, funda a *Enclave Kring* [Círculo do Enclave], a primeira organização pedófila do mundo. Sua missão era "quebrar o preconceito sobre as questões de contatos eróticos e relações entre menores e adultos, fornecer informações e conselhos, bem como iniciar um programa de assistência direta" e "tentar desenvolver novas visões morais sobre a pedofilia com base na investigação científica dos fatos, em vez de em julgamentos morais tradicionais que consideram a pedofilia inaceitável" (BERNARD, 2002, p. 5; 1987a, p.36; 1997, p.7). No ano de 1957, após conversas com Bob Ângelo, presidente do COC - *Cultuur en Ontspannings Centrum* [Centro de Cultura e Lazer], uma organização na Holanda dedicada a questões de sexualidade, tentou criar uma seção que se concentrasse na pedossexualidade. Um encontro nacional de pedófilos chegou a ser anunciado em Haia, mas os diretores da associação ficaram com medo e ela foi proibida (BERNARD, 2002, p. 5; 1987a, p. 36; 1997, p. 6).

No COC, Bernard conheceu o Dr. Edward Brongersma, que viria a ser seu principal companheiro na estruturação do pedoativismo. Obcecado por estudos da sexologia, ele era advogado e um dos juristas mais ilustres da Holanda; foi professor titular do Instituto de Criminologia da Universidade de Utrecht; Presidente do Comitê Judiciário do Senado durante certo tempo de seus dois mandatos como Senador, o primeiro entre 1946-1950 e o outro entre 1963 a 1977. Teve a carreira interrompida em 1950 devido sua prisão por onze meses por fazer sexo com um garoto, evento que lhe tornou ainda mais obstinado na descriminalização da pedofilia, sendo patrono de várias iniciativas pela redução da idade de consentimento dentro e fora do parlamento (BRONGERSMA, 1986, p. 433-435; 1990, p.2).

Para Brongersma, a idade de consentimento era algo irracional, especialmente depois das provas científicas de Freud e Kinsey. Ele defendia que "um menino é maduro para a luxúria, para sexo hedonista, desde o nascimento; sexo como uma expressão de amor se torna uma possibilidade a partir dos cinco anos de idade; a puberdade é o melhor momento para o 'oceânico', a experiência mística e para usar o sexo para se unir à natureza. A procriação deve ser privilégio do homem adulto" (BRONGERSMA, 1986, p. 43).

No final dos anos de 1960, os dois holandeses buscaram espaço na *Nederlandse Vereniging voor Sexuele Hervorming* – NVSH [Sociedade Holandesa pela Reforma Sexual], organização de grande influência social e política, com destaque para o meio acadêmico, ao ponto de ser admitida em 1963 como membro da Federação Nacional de Saúde Mental; em 1970 recebeu autorização do Conselho de Curadores da Universidade de Amsterdã para estabelecer uma Cátedra Especial em Sexologia; em 1971 aconteceu o mesmo na Universidade de Leiden. Por volta de 1969 a organização superou os 200.000 (duzentos mil) membros e atingiu o auge de sua importância (NVSH, c2022, p. on-line).

Apesar do caráter progressista, a NVSH rejeitava a pedofilia, todavia, mudou radicalmente graças a influência de Bernard e Brongersma, além de uma outra quantidade quase incontável de reformadores sociais que lhe integravam (BERNARD, 1987a, p. 39; 1997, p.9).

Após a realização da palestra "O Estado como guardião moral", em 1969, vários membros proeminentes se reuniram objetivando criar um programa para lidar com a questão da pedofilia e, dentre outras ações, foi formada uma comissão de especialistas para estudar o tema. Em 1971 foi organizado o primeiro grupo de trabalho sobre pedofilia dentro de NVSH, dessas medidas o resultado inicial foi a publicação do livro *Sex met Kinderen* [Sexo com Crianças], em 1972, tendo como autores Frits Bernard; Edward

Brongersma; Ids Haagma; W.J. Sengers e Peter van Eeten. A obra revolucionou a visão sobre a sexualidade infantil na Holanda e impulsionou uma série de medidas dedicadas à empreitada de normalizar as relações por toda a Europa (BERNARD, 2002, p. 6; 1987a, p. 39; 1997, p. 9-10), sendo considerada a publicação fundadora do movimento pedófilo internacional (HENSEL, NEEF e PAUSCH, 2015, p. 144).

Ainda em 1972 o grupo ganha âmbito nacional e, a partir de 1973 o NVSH lhe concedeu o status de Comitê do Conselho Principal de Pedofilia (BERNARD, 1997, p. 10). Doravante grupos se multiplicaram por diversas cidades da Holanda sob o guarda-chuva da entidade. O carro chefe era o *Landelijke WerkGroep Pedofilie* (LWGP) [Grupo Nacional de Trabalho sobre Pedofilia] presente em Amsterdam, Deventer, Eindhoven, Goes, Groningen, Den Haag, Maastricht, Nijmegen, Rotterdam, Tilburg, Utrecht, Venlo, Zaandam (N.I.K.S., 1981a, p. 2).

Contudo, a internacionalização do movimento teve como marco histórico cinco congressos internacionais sobre pedofilia realizados em Breda, de 1973 a 1975. Os encontros abriram caminho para o seminário *"Pedofilie em Samenleving"* [Pedofilia e Sociedade], em Amsterdã, 19 de março de 1977, que contou com a participação de mais de duzentas pessoas entre "cientistas", acadêmicos, assistentes sociais, policiais, etc. (BERNARD, 2002, p. 6; 1987a, p. 41; 1997, p. 11-12).

FIGURA 1 - FRITS BERNARD E EDWARD BRONGERSMA⁴¹



FONTE: REVISTA NIKS, 1981B, P.7

A partir de então, a NVSH usaria todo o seu prestígio para pressionar diversas autoridades públicas. Em agosto de 1979, por exemplo, peticionou à comissão que analisava alterações no Código Penal solicitando a descriminalização da relação pedófila, justificando que, “estatutos criminais poderiam ser um obstáculo à liberdade dos jovens de se engajar em atividades sexuais mutuamente consensuais, conforme sua escolha”. A petição teve assinatura de várias instituições, personalidades influentes e de partidos políticos como Trabalhista, PSP, D’66, PPR e JOVD11 (SANDFORT, 1987, p. 59).

Entre o final da década de 1960 e início de 1970, a Holanda se tornou uma referência para o desenvolvimento dos movimentos pedófilos em outros países europeus, como Suíça, Bélgica, França, Grã-Bretanha e República Federal da Alemanha. Frits Bernard e

⁴¹ Encontro entre Frits Bernard (esq.) e Edward Brongersma (dir.) na abertura do 1º Congresso Internacional de Pedofilia, em Breda (Holanda), abril de 1973; A Revista NIKS – “Naar Integratie Kinderseksualiteit” [Rumo à Integração da Sexualidade Infantil], editada entre 1977 e 1982, foi uma publicação do “Landelijke WerkGroep Pedofilie” (LWGP) [Grupo Nacional de Trabalho sobre Pedofilia] coordenado pela Sociedade Holandesa pela Reforma Sexual (NVSH) que registrava as ações políticas e outras questões de interesse do ativismo pedófilo holandês e suas ramificações pela Europa.

Edward Brongersma tornaram-se ícones internacionais e suas avaliações científicas e iniciativas políticas tiveram um efeito inspirador nas atividades dos pedossexuais em outros países (HENSEL, NEEF e PAUSCH, 2015, p. 144).

FIGURA 2 - EDWARD BRONGERSMA (NO PÚLPITO)⁴²



FONTE: IISH - INSTITUTO INTERNACIONAL DE HISTÓRIA SOCIAL

2.4 ORGANIZAÇÕES PEDÓFILAS

Além do *Enclave Kring* (1950) e do LWGP existiu o JON e KOR sob direção do NVHS; A *Vereniging Martijn* [Associação Martijn] foi criada para tentar influenciar parlamentares e a mídia sobre as características inofensivas das relações pedófilas (HOSQUET, 2003, p. on-line). Após dissolução, seus membros fundaram em 2006 o PNVD, *Partij voor Naasteliefde, Vrijheiden Diversiteit* [Partido da Diversidade] para disputar as eleições e levar as pautas pedófilas para dentro do parlamento (JONGE e UITTENBOGAARD, 2009, p. 99) e esteve ativo até 2022 após um período de inatividade (PNVD, 2010, p. 1; 2020, p.1).

Na Alemanha, houve o influente DSAP- *Deutsche Studien- und Arbeitsgemeinschaft Pädophilie* [Grupo Alemão de Estudo e Trabalho sobre Pedofilia], fundado através dos esforços de Bernard e Brongersma com núcleos por dezenas de cidades; o AHS -

⁴² Edward Brongersma discursando durante o congresso “Pedofilia e sociedade” em Amsterdam, 19 de março de 1977, organizado pela Sociedade Holandesa pela Reforma Sexual NVSH (IISH, 2021, on line).

Arbeitsgemeinschaft Humane Sexualität [Grupo de Trabalho sobre Sexualidade Humana] também teve a participação dos dois holandeses como curadores científicos; *Indianerkommune* [Comuna Indígena] e o *Die Kanalratten* [Ratazanas de Esgoto] são outros exemplos (WALTER, 2013). Este último era dedicado exclusivamente à pedofilia lésbica, o que definiam como “o amor entre meninas e mulheres adultas que é voluntário e inclui satisfação sexual” (KANALRATTEN, 1992, p. 92); permanecem ativos o AHS (AHS, c2022) e o KRUMME-13 (KRUMME-13, c2022).

Na Itália, existiu o *Gruppo P* [Grupo de Pedófilos], em 1989; DPA - *Danish Pedophile Association* [Associação Dinamarquesa de Pedófilos]; Na Grã-Bretanha PIE - *Pedophile Information Exchange* [Troca de informações sobre pedófilos] (O'CARROLL, 2013, p. 4).

Nos EUA, os primeiros grupos a se estruturarem foram o *René Guyon Society* [Sociedade René Guyon] e *Childhood Sensuality Circle* (CSC) ou Círculo da Sensualidade Infantil, respectivamente em 1962 e 1971 (O'CARROLL, 2013, p. 177); Project Truth/Free Will [Projeto Verdade/Livre Arbítrio] (IPCE, 1990, p. 2) e, ativa desde 1978 existe a NAMBLA, acrônimo para *North American Man/Boy Love Association* que significa Associação Norte-Americana de Amor Homem/Menino (NAMBLA, 2011, p. on-line).

O IPCE ou *International Pedophile and Child Emancipation* [Movimento Internacional de Emancipação de Pedófilos e Crianças], ativo entre 1987 e 2003, sediado na Holanda, consistiu em uma aliança internacional de organizações defensoras da “emancipação de pedófilos, crianças e jovens” no âmbito dos “relacionamentos intergeracionais consensuais livres” com o objetivo de “coordenar estratégias políticas” para que os diversos grupos soubessem como atuar junto à sociedade na mudança das percepções que consideravam cruciais para o êxito de suas pautas (IPCE, 1997a, p. 16). Em 2005 chegou a contar com 79 (setenta e nove) entidades ao longo de 20 (vinte) países principalmente da Europa (IPCE, 2005, p. 23) e realizou 23 (vinte e três) congressos internacionais, sediados em Amsterdam, Haarlem e Rotterdam na Holanda; Copenhagen na Dinamarca; Berlim, Munique e Hamburgo na Alemanha; Atenas e Mykonos na Grécia, etc. (IPCE, 2011, p. 33-54).

2.5 ALGUMAS TEORIAS E REIVINDICAÇÕES

2.5.1 Fim do estigma e alteração da percepção social da pedofilia

O movimento pedófilo, advoga a tese de que a pedofilia é mais um entre tantos fenômenos da diversidade sexual humana e sempre esteve presente em outras culturas ao longo da história, todavia, a cultura ocidental, após a influência do cristianismo passou a

ostracizar essa comunidade como se fossem doentes e criminosos. Assim, um de seus principais objetivos é acabar com estigma que gera o preconceito e ódio contra a população mais marginalizada da história da humanidade (BRONGERSMA, 1984, p. 79; 1986, p. 86-104; 1990, p. 89-101; BLEIBTREU-EHRENBURG, 1990, p. 34; JONGE e UITTENBOGAARD, 2009, p. 23-27 e 87-88; ULLESSTAM, 1967, p. 75-79; AHS, 1997, p. 143; NAMBLA, 2022, p. on-line).

2.5.2 Realização de pesquisas científicas objetivas

Os pedossexuais acreditam que uma das raízes do estigma sofrido é a forma como as pesquisas científicas são realizadas. Alegam que os dados têm origem em ocorrências policiais, ambientes carcerários ou psiquiátricos, contaminando as amostras e levando à conclusão de que todos são criminosos, violentos e com problemas mentais. O fato não ocorreria analisando os relacionamentos pedófilos “normais” em outros ambientes, todavia, pior que isso, são os julgamentos morais (principalmente de influência cristã) dos pesquisadores. Se fizerem pesquisas factuais e amorais a ciência conseguirá demolir a visão estigmatizada do pedófilo, da sexualidade infantil e do relacionamento pedossexual (BERNARD, 2002, p. 7-20; 1997, p. 7; 1987a, p. 47-48; BRONGERSMA, 1986, p. 121-122; SANDFORT, 1983, p. 165-166; RIND e BAUSERMAN, 1997, 136-137).

2.5.3 Pedofilia como orientação sexual

Na percepção do movimento, pedofilia e pedossexualidade são expressões sinônimas e significam tanto a orientação sexual ou erótica dos adultos em relação às crianças quanto as emoções e estilos de vida associados à identidade pedossexual, assim, qualquer tipo de terapia que vise a “cura” do desejo sexual não passa de charlatanismo discriminatório que viola seus direitos humanos. (SANDFORT, BRONGERSMA e NAERSEN, 1991, p. 10; RIVAS, 2020, p. 324 e 353; AG-PÄDO-BVH, 1997, p. 134; FREDERIKSEN, 1999, p. 29; B4U-ACT, 2020, p. 8; KRUMME-13, 2022, p. on-line).

2.5.4 Distinção entre abuso sexual e relações consentidas

Usando uma técnica semântica para racionalizar o ato sexual com crianças, asseveram que, reconhecem a existência e repudiam o abuso, todavia, ele não é intrínseco a todas as relações pedossexuais como a sociedade conservadora e antisssexual quer fazer crer, pois, podem ocorrer de forma consensual, sem violência ou coerção, inclusive, por iniciativa da própria criança. Por esta razão é que tratam como anedota a afirmação de que o ato sexual traz danos psicológicos para a criança que persistem até a vida adulta

(BERNARD, 2002, p. 7-20; BRONGERSMA, 1990, p. 16-27; RIND e BAUSERMAN, 1997, p. 136-137; RIVAS, 2020, p. 343-353; AG-PÄDO-BVH, 1997, p. 135; AHS, 1997, p. 148; VERENIGING MARTIJN, 2008; NAMBLA, 2011, p. on-line; AHS, 1997, p. 147-148; MILLER, 1999, p. 8-9).

2.5.5 Autodeterminação sexual das crianças

Para os pedoativista, já que a autodeterminação sexual é intimamente ligada à liberdade sexual, um aspecto fundamental da dignidade da pessoa humana, cujo caráter é universal, inalienável e irrenunciável, as crianças e pedófilos não podem estar excluídos desta equação, assim, o direito à autodeterminação que inclui, por óbvio, o direito à atividade sexual, tem que ser reconhecido e respeitado. Deve-se permitir que as crianças decidam se, e com quem desejam vivenciar a sexualidade livremente (BRONGERSMA, 1990, p. 93; SANDFORT, 1987, p. 65; AHS, 1997, p. 149; DAVILA e CRESTLE, 1979, p. 1; AG-PÄDO-BVH, 1997, p. 134; PNVD, 2020, p. 7).

2.5.6. Abolição da idade de consentimento

Para os ativistas, a reforma das leis com a diminuição da idade de consentimento, qualquer que seja ela, se caracteriza em exclusão e preconceito. Reduzir para 14 (catorze) anos, por exemplo, “não é o ideal” dado que “os campos de interesse de um grupo muito grande de pedófilos seriam limitados ou excluídos por esse limite”; “12 anos resolveria esse problema para uma minoria”, mas aí, um novo ponto estaria estabelecido gerando uma nova exclusão àqueles cuja preferência sexual recaísse sobre uma faixa de idade mais baixa, portanto, a única solução real seria a “abolição de todos os limites de idade na legislação moral” (BERNARD, 2002, p. 55 e 56). Entendem que os oprimidos nunca devem compactuar com novas formas de opressão, por isso, nada além da abolição do marco etário interessa (AG-PÄDO-BVH, 1997, p. 134; O’CARROLL, 2013, p. 79; PNVD, 2020, p. 7; NAMBLA, 2010, p. on-line).

Por pragmatismo e estratégia política, concordaram que devem lutar para que a legislação dos seus respectivos países fixe em 12 (doze) anos a idade de consentimento, mas apenas como “um pequeno passo no caminho, um passo intermediário em um caminho mais longo” (IPCE, 1997b, p. 3 e 19).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ativismo pedófilo consiste em um movimento político-cultural que busca legitimidade na defesa do que chamam eufemisticamente de “amor intergeracional”.

Enquanto seus integrantes criam grupos de pressão; realizam pesquisas científicas; publicam livros; artigos; formam pesquisadores; se infiltram em universidades para edificar uma teoria multidisciplinar legitimadora; etc, os legisladores, os órgãos de persecução penal e quase a totalidade da sociedade, incluindo, a classe intelectual e a mídia se mantêm inertes diante do problema. Muitos até tratam a questão como uma mera teoria da conspiração mesmo diante de tantos registros irrefutáveis (resta investigar se de forma intencional, atuando como colaboracionistas ou por pura ignorância).

A valoração do significado do ativismo pedófilo e a sua adoção entre a agenda da política sexual, apesar de ser uma preocupação explícita do autor conforme consignado introdutoriamente, não é alvo de um debate crítico travado ao longo do referencial teórico do trabalho. O objetivo do estudo é dar conhecimento introdutório para que possamos compreender e enfrentar o assunto de maneira incisiva e com repulsa que merece.

Algumas vezes a atuação do movimento é percebida de maneira empírica, todavia, diante da falta de conhecimento tecnicamente embasado os oponentes sucumbem em tentativas estéreis de combatê-lo. Jogar luz sobre esses fatos preocupantes apresentando um breve histórico do movimento e suas demandas foi nosso objetivo devidamente cumprido e é nossa contribuição que pode servir de ponto de partida para compreensão e oposição efetiva, portanto, o nosso objetivo foi cumprido com a simples exposição do fenômeno tal qual está registrado, nesse passo, conseguimos demonstrar de maneira categórica e inquestionável – dado o alto valor das fontes analisadas – a partir da voz de seus próprios idealizadores e integrantes, a existência de um movimento que busca legitimidade na defesa da pedofilia. Isto se concretizou a partir da exposição de seus próprios documentos que registram o histórico de seus atos; conceitos; estratégias e reivindicações aqui evidenciados.

É fato que as ideias que permearão as discussões políticas devem ser combatidas enquanto são pequeninos germes antes que se tornem incontroláveis, portanto, é necessário nos debruçarmos de maneira austera sobre a questão do ativismo pedófilo, antes que as ideias liberais gerem tragédias de consequências sociais incalculáveis.

4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AG-PÄDO-BVH. Presentation of the Pedophilia Working Group in the Federal Homosexuality Association. *In*: FRITS, B. **Pedophilia Unbound: Theory, Research, Practice,**

tradução do original Pädophilie ohne Gretzen: Theoria, Forschung, Praxis (Alemão). 1ª. ed. Frankfurt: Foerster Verlag, Cap. VIII, pp. 134-136, 1997.

AHS. Human Sexuality Working Group: Sexuality Between Children and Adults. *In*: FRITS, B. **Pedophilia Unbound: Theory, Research, Practice**, tradução do original Pädophilie ohne Gretzen: Theoria, Forschung, Praxis (Alemão). 1ª. ed. Frankfurt: Foerster Verlag, Cap. IX, pp.140-154,1997.

AHS. Arbeitsgruppen / Arbeitskreise. **AHS On-line**, c2022. Disponível em: <https://www.ahs-online.de/arbeitsgruppen/>. Acesso em: 03 dezembro 2022.

APA. **Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM-V)**. 5ª. ed. Porto Alegre: Artmed, 2014.

B4U-ACT. **MAP research summary**. 1ª. ed. Maryland: B4U-ACT Research Team, 2020.

BERNARD, F. The Dutch Paedophile Emancipation Movement. **PAIDIKA: The Journal of Paedophilia**, Amsterdam, v. 1, nº 2, pp. 35-45, 1987a

BERNARD, F. On Paedophilia: I. A Center for Paedophiles? II. The Meaning of Paedophilia. **PAIDIKA: The Journal of Paedophilia**, Amsterdam, v. 1, nº 2, pp. 46-48, 1987b.

BERNARD, F. Were we almost there? *In*: BERNARD, F. **Pedophilia Unbound: Theory, Research, Practice**, tradução do original Pädophilie ohne Gretzen: Theoria, Forschung, Praxis (Alemão). 1ª. ed. Frankfurt: Foerster Verlag, Cap. II, pp. 5-20, 1997

BERNARD, F. **Paedophilia: a factual report**. 1ª ed. Roterdã: Books Reborn (pdf version), 2002.

BLEIBTREU-EHRENBERG, G. Pederasty Among Primitives: Institutionalized Initiation and Cultic Prostitution. *In*: SANDFORT, T.; BRONGERSMA, E.; NAERSSSEN, A. V. **Male Intergenerational Intimacy: Historical, Socio-Psychological, and Legal Perspectives**. 1ª. ed. New York: Routledge, Cap. 3, p. 23-42, 1990

BRONGERSMA, E. Aggression against pedophiles. **International Journal of Law and Psychiatry**, vol.7, n.1, pp. 79-87, 1984. DOI: 10.1016/0160-2527(84)90007-4.

BRONGERSMA, E. **Loving boys: A multidisciplinary study of sexual relation between adults and minor males**. 1ª. ed. New York: Global Academic Publishers, v. I (pdf version), 1986.

BRONGERSMA, E. **Loving Boys**: A multidisciplinary study of sexual relations between adult and minor males. 1ª. ed. New York: Global Academic Publishers, v. II (pdf version), 1990.

COUGHLAN, Geraldine. Grupo que defende pedofilia cria partido na Holanda. **BBC Brasil**. Publicado em 01 jun. 2006. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/reporterbbc/story/2006/06/060601_leiholandamp. Acesso em: 14 set. 2022.

DAVILA, V.; CRESTLE, D. Childhood Sensuality Circle: Policy Statement. **CSC Nusletter**, San Diego, v. V, n. 3, p. 1-2, agosto 1979.

FREDERIKSEN, A. Pedophilia, Science, and Self-deception, A Criticism of Sex Abuse. **IPCE Newsletter**, Haia, n. E7, pp.29-35, julho 1999.

GOLDENBERG, Rina. Por 30 anos, experimento em Berlim deu órfãos a pedófilos. **DW - Deutsche Welle**. Publicado em 18 jun 2020. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/por-30-anos-experimento-em-berlim-deu-%C3%B3rf%C3%A3os-a-ped%C3%B3filos/a-53855112>. Acesso em: 18 set 2022

GLUCK, Genevieve. "Queer" Academic Suggests Pedophilia Be Taught in Schools as an Innate Sexuality. **Reduux: feminist News and opinion**. Publicado em 9 jun 2022. Disponível em: <https://reduxx.info/queer-academic-recommends-pedophilia-be-taught-in-schools-as-an-innate-sexuality/>. Acesso em: 20 set 2022.

HENSEL, A.; NEEF, T.; PAUSCH, R. Von "Knabenliebhabern" und "Power-Pädos": Zur Entstehung und Entwicklung der westdeutschen Pädophilen-Bewegung. In: WALTER, F.; KLECHA, S.; HENSEL, A. **Die Grünen und die Pädosexualität**: eine bundesdeutsche Geschichte. 1ª. ed. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, pp. 136-159, 2015.

HOSQUET, R. Interview 'Een goed gesprek met Duif - De beginjaren van Martijn' door Rocco Hosquet. **OK Magazine**, v. n°. 83/84, janeiro 2003. Disponível em: https://www.brongersma.info/Een_goed_gesprek_met_Duif_-_De_beginjaren_van_Martijn. Acesso em: 15 out. 2022.

IPCE. **IPCE Newsletter**. n°. 3, Amsterdam: Ipce, 1990

IPCE. **IPCE Newsletter**. n° E1, Haia: Ipce, 1997a.

IPCE. **IPCE Newsletter**. n° E2, Haia: Ipce, 1997b.

IPCE.. **IPCE website**, 1997c. Disponível em: <https://www.ipce.info/>. Acesso em: 1 ago. 2022

IPCE. **IPCE Newsletter**. nº E19, Haia: Ipce, 2005.

IPCE. **IPCE Newsletter**. nº E30, Haia: Ipce, 2011.

IISH. Catálogo: Edward Brongersma (arquivos online). Disponível em: <https://hdl.handle.net/10622/B465873B-ECA7-461D-BB79-611AEB5CCBF7>. Acesso em: 01 set 2022.

JONGE, N. D.; UITTENBOGAARD, M. **De rede in het nauw**. 1ª. ed. Leiden: PNVD, 2009.

KANALRATTEN. The Kanalratten Manifest. **PAIDIKA: The Journal of Paedophilia**, Amsteram, vol. 2, nº. 4, pp. 92-93, 1992.

KRUMME-13. Pädö-FAQ (Häufig gestellte Fragen zur Thematik Pädosexualität/Pädophilie). **K-13 on-line**, 11 fev. 2022. Disponível em: <https://krumme13.org/text.php?id=102&s=read>. Acesso em: 01 out. 2022.

KRUMME-13. Home. **K-13 On line**, c2022. Disponível em: <https://krumme13.org/index.php>. Acesso em: 05 out. 2022.

MARTIJN, F. M. et al. Sexual Attraction and Falling in Love in Persons with Pedohebephilia. **Archives of Sexual Behavior**, v.49, n.4, pp. 1305-1318, 2020. DOI: 10.1007/s10508-019-01579-9

MILLER, D. Studies call sex panic into question. **NAMBLA Bulletin**, vol. 19, n. 3, pp. 8-9, 1999 (republicado on-line). Disponível em: <https://www.nambla.org/newstudies.html>. Acesso em: 15 out. 2022.

N.I.K.S. **Naar Integratie Kinderseksualiteit**. nº 9, Rotterdam: NVSH-LWGJ, 1981a.

N.I.K.S. **Naar Integratie Kinderseksualiteit**. nº 2, Rotterdam: NVSH-LWGJ, 1981b.

NAFP. Historien om NAFP. **Pedofili.eu**, Oslo, 2010. Disponível em: <https://www.pedofili.eu/Nafp.htm>. Acesso em: 14 out. 2022.

NAMBLA. Frequently Asked Questions About NAMBLA. **NAMBLA website**, San Francisco, 2010. Disponível em: <https://www.nambla.org/faq.html>. Acesso em: 13 ago. 2022.

NAMBLA. Who we are. **Nambla website**, San Francisco, 2011. Disponível em: <https://www.nambla.org/welcome.html>. Acesso em: 13 out. 2022.

NAMBLA. Cross-Cultural Studies. **NAMBLA website**, San Francisco, 2022. Disponível em: <https://www.nambla.org/anthro.html>. Acesso em: 14 out. 2022.

NEWGON. Minor Attracted Person. **Newgon.net**, 2022. Disponível em: https://www.newgon.net/wiki/Minor_Attracted_Person#cite_note-1. Acesso em: 14 out. 2022.

NVSH. Normal & Abnormal Sex. **NVSH website**, ? Disponível em: <https://www.sexualskills.co.uk/sex-society/sexual-variants/normal-abnormal-sex/>. Acesso em: 16 julho 2021.

NVSH. Geschiedenis NVSH. **NVSH website**, c2022. Disponível em: <https://www.nvsh.nl/over-de-nvsh/geschiedenis-nvsh/geschiedenis/>. Acesso em: 2022 jan. 19.

O'CARROLL, T. **Paedophilia: The Radical Case**. 1ª. rev. ed. London: Peter Owen (pdf edition), 2013.

PRODANOV, C. C.; FREITAS, E. C. D. **Metodologia do trabalho científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico**. 2ª (pdf). ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

PNVD. **PERSBERICHT: Partij voor Naasteliefde, Vrijheid & Diversiteit (PNVD) ontbonden**. Leiden: PNVD, 2010.

PNVD. **PNVD partijprogramma 2020-2021**. 1ª. ed. Leiden: PNVD, 2020.

RIND, B.; BAUSERMAN, R. Psychological correlates of male child and adolescent sexual experiences with adults: A review of the nonclinical literature. **Archives Sex Behavior**, v. 26, n. 2, pp. 105-141, 1997. DOI: 10.1023/A:1024581610658.

RIVAS, T. **Positive memories: Cases of positive memories of erotic and platonic relationships and contacts of children with adults, as seen from the perspective of the former minor**. 1ª. ed. Haia: IPCE, 2020.

ROGERS, Thomas. A Major German Political Party Used to Support Pedophilia - And It's Coming Back to Haunt Them. **New Republic**. Publicado em: 24 nov 2014. Disponível em:

<https://newrepublic.com/article/120379/german-green-party-pedophilia-scandal>. Acesso em: 20 set 2022

SANDFORT, T. Pedophile Relationships in the Netherlands: Alternative Lifestyle for Children? **Alternative Lifestyle**, vol. 5, n.3, pp. 164-183, 1983. DOI: 10.1007/BF01091326.

SANDFORT, T. **Boys on their contacts with men**: a study of sexually expressed friendships. 1ª. ed. New York: Global Academic Publishers, 1987.

SANDFORT, T.; BRONGERSMA, E.; NAERSSSEN, A. V. Man-Boy Relationships: Different Concepts for a Diversity of Phenomena. **Journal of Homosexuality**, v. 20, n. 1-2, pp. 5-12, 1991. DOI: 10.1300/J082v20n01_02.

SETO, M. Is Pedophilia a Sexual Orientation?. **Archives of Sexual Behavior**, v.41, n. 1, pp. 231-236, 2012. DOI: 10.1007/s10508-011-9882-6.

SHARP, G. **Poder, luta e defesa**: Teoria e prática da ação não-violenta. 1ª. ed. São Paulo: Edições Paullinas, 1983.

ULLESTAM, L. **As minorias eróticas**. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Lidador, 1967.

VERENIGING MARTIJN. Dutch Law. **Martijn.org**, 2008. Disponível em: <https://web.archive.org/web/20080212091616/http://www.martijn.org/page.php?id=212000>. Acesso em: 9 setembro 2020.

WALTER, F. **Die Pädophiliedebatte bei den Grünen im programmatischen und gesellschaftlichen Kontext**. 1ª. ed. Göttingen: Institut für Demokratieforschung, University of Göttingen, 2013.

WILLIAMS, L. C. A. **Pedofilia**: identificar e prevenir. 1ª. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 2012.

AUDIÊNCIA DE RETRATAÇÃO PREVISTA NO ART. 16, DA LEI N. 11.340/2006 À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PEDRO GRAZIEL FILGUEIRA PEIXOTO:

Servidor Público no Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, graduado em direito pela Faculdade Católica de Rondônia, mestrando em Direitos Humanos e Desenvolvimento da Justiça - DHJUS pela Universidade Federal de Rondônia - UNIR.⁴³

RESUMO: O presente estudo visa analisar a realização de audiência para confirmação da retratação à representação oferecida nos crimes processados mediante ação penal pública condicionada, prevista no artigo 16 da Lei n. 11.340/2006 à luz do posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ, especialmente no julgamento dos REsp 1964293 e REsp 1977547, afetados sob o rito dos recursos repetitivos (**Tema 1.167**), ponderando sobre a efetiva aplicação dos postulados previsto na Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar toda forma de violência contra a mulher (Tratado de Belém)⁴⁴.

Palavras-chaves: Mulher. Audiência. Retratação. Representação.

ABSTRACT: The present study aims to analyze the holding of a hearing to confirm the retraction of the representation offered in crimes prosecuted through conditioned public criminal action, provided for in article 16 of Law n. 11.340/2006 in the light of the position adopted by the Superior Court of Justice – STJ, especially in the judgment of REsp 1964293 and REsp 1977547, affected under the rite of repetitive appeals (Topic 1.167), considering the effective application of the postulates provided for in the Inter-American Convention for prevent, punish and eradicate all forms of violence against women (Belém do Pará).

Keywords: Woman. Court hearing. Retraction. Representation.

INTRODUÇÃO

Em 7 de agosto de 2006, foi sancionada a Lei n. 11.340/2006, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha (LMP), que criou inúmeros mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de

⁴³ E-mail: pedrograziel@gmail.com

⁴⁴ Internalizado no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto n. 1.973/1996.

Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, além de dispor sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, promovendo significativas modificações no Código Penal (Decreto-Lei n. 2.848/1940), bem como no Código de Processo Penal (Decreto-Lei n. 3.689/1941).⁴⁵

A supramencionada norma foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro em decorrência de fortes clamores sociais por mecanismo mais eficazes de proteção às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, sobretudo quando o Brasil passou a ser signatário da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Tratado de Belém).

Além disso, outro fator preponderante para o estabelecimento de um sistema integrado de proteção, foi quando o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e o Comitê Latino Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM) encaminharam denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos de omissão quanto dado aos casos de violência contra a mulher. Após deliberações sobre o caso, sobreveio a condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Com isso, o país teve que assumir o compromisso de reformular as suas leis e políticas em relação à violência doméstica.

Nesse norte, foi editada a Lei n. 11.340/2006 prevendo, em seu artigo 5º, que configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial. A lei cuidou de amparar todas as pessoas que se identificam com o sexo feminino, abrangendo, portanto, as heterossexuais, homossexuais e mulheres trans. Além disso, por imposição legal e presuntiva, há de se considerar que existe uma situação de vulnerabilidade em relação à vítima e ao agressor.

Como dito acima, a Lei Maria da Penha promoveu inúmeras e significativas alterações no Código Penal e no Código de Processo Penal, destacando-se, neste trabalho, a modificação no que se refere à retratação à representação oferecida como requisito procedimental. Com efeito, foi estabelecida uma forma mais rigorosa para a renúncia ao direito de representação da vítima, nos casos de crimes de Ação Pública Condicionada, conforme previsto no artigo 16 da Lei n. 11.340/2006.

Destarte, em casos de aplicabilidade da Lei Maria da Penha aos crimes processados mediante Ação Penal Pública Condicionada à representação, sobrevivendo manifestação pela retratação daquela, surge a obrigatoriedade do juiz designar audiência prevista no artigo

⁴⁵ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acessado em: 23/03/2023

16 da norma, antes de receber a inicial acusatória. Tal medida visa, tão somente, aferir se a vontade manifestada pela vítima em se retratar está sendo expressada de forma livre de qualquer coação, ameaça, vulnerabilidade ou violência.

Isso se faz necessário justamente pela situação de, não raramente, a violação dos direitos inerentes às mulheres serem cometidas na clandestinidade, em um ambiente de vulnerabilidade e dependência física, financeira, psicológica e emocional. Portanto, o legislador achou prudente e pertinente que eventual retratação à representação, nos crimes processados mediante ação penal pública condicionada, fosse aferida em audiência, na presença do magistrado, ouvindo-se Ministério Público.

Demais disso, em decorrência da previsão legal de realização de audiência para confirmação da retratação, surgiram inúmeras partes defendendo, equivocadamente, a tese de ser necessária e obrigatória a realização de audiência para oitiva da vítima para aferir se, de fato, esta tinha o desejo de representar o acusado. Essa tese foi levantada no âmbito de processos criminais que regularmente estavam tramitando perante as milhares de varas de violência doméstica e familiar do Brasil, ocasião em que a questão chegou ao Superior Tribunal de Justiça.

Com efeito, em 9 de agosto de 2022, o Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, afetou os Recursos Especiais ns. 1964293 e 1977547 (Tema 1.167) à sistemática de recursos repetitivos com a seguinte tese: "Definir se a audiência preliminar prevista no art. 16 da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) é ato processual obrigatório determinado pela lei ou se configura apenas um direito da ofendida, caso manifeste o desejo de se retratar".⁴⁶

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça enfrentou o mérito da demanda, colocando fim a questão e assentando, de forma definitiva, a seguinte tese: "A audiência prevista no art. 16 da Lei 11.340/2006 tem por objetivo confirmar a retratação, não a representação, e não pode ser designada de ofício pelo juiz. Sua realização somente é necessária caso haja manifestação do desejo da vítima de se retratar trazida aos autos antes do recebimento da denúncia".⁴⁷

⁴⁶ <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201964293> Acessado em: 23/03/2023

⁴⁷ Representação da vítima contra autor de violência doméstica não precisa ser confirmada em audiência. Portal de Notícias do Superior Tribunal de Justiça, 2023. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/09032023-Representacao-da->

Portanto, no presente artigo será analisada a rede de proteção criada para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal e da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, fazendo uma ponderação com o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Tema 1.167.

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Constituição Federal de 1988 consagra, no Capítulo VII, do Título VII, em seu artigo 226, p. 8º, que o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. (BRASIL, 1988).

Com efeito, visando regulamentar a norma constitucional acima, em 7 de agosto de 2006, foi sancionada a Lei n. 11.340/2006, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha (LMP), que objetivou a criação de mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, além de dispor sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, promovendo significativas modificações no Código Penal (Decreto-Lei n. 2.848/1940), bem como no Código de Processo Penal (Decreto-Lei n. 3.689/1941). (BRASIL, 2006).

A introdução dessa sistemática de proteção se deu em virtude dos fortes clamores sociais por mecanismo mais efetivos de proteção às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, tendo como marco inicial o momento em que o Brasil passa a ser signatário da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres,⁴⁸ que entrou em vigor em 1981.

Como menciona Silvia Pimentel⁴⁹:

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, doravante denominada

[vitima-contra-autor-de-violencia-domestica-nao-precisa-ser-confirmada-em-audiencia.aspx](#) Acessado em 23/03/2023.

⁴⁸Organização das Nações Unidas (1979)

⁴⁹https://assets-compromissoeatitude-ipg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2012/11/SPM2006_CEDAW_portugues.pdf

Convenção da Mulher, em vigor desde 1981, é o primeiro tratado internacional que dispõe amplamente sobre os direitos humanos da mulher. São duas as frentes propostas: promover os direitos da mulher na busca da igualdade de gênero e reprimir quaisquer discriminações contra a mulher nos Estados-parte.

Acrescenta, ainda, a autora:

A Convenção da Mulher deve ser tomada como parâmetro mínimo das ações estatais na promoção dos direitos humanos das mulheres e na repressão às suas violações, tanto no âmbito público como no privado. A CEDAW é a grande Carta Magna dos direitos das mulheres e simboliza o resultado de inúmeros avanços principiológicos, normativos e políticos construídos nas últimas décadas, em um grande esforço global de edificação de uma ordem internacional de respeito à dignidade de todo e qualquer ser humano. Nas palavras da jurista Flávia Piovesan “A Convenção se fundamenta na dupla obrigação de eliminar a discriminação e de assegurar a igualdade. A Convenção trata do princípio da igualdade, seja como obrigação vinculante, seja como um objetivo”.

Verifica-se, pois, que houve uma grande mobilização mundial para edificação de uma ordem internacional de respeito à dignidade de todo e qualquer ser humano, resultando na criação de um aparato principiológico, normativo e político em defesa dos direitos das mulheres.

Essa conclusão se extrai da própria Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, aprovada pela Organização das Nações Unidas (1979). A propósito:

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

Artigo 2º - Os Estados-parte condenam a discriminação contra a mulher em todas as suas formas, concordam em seguir, por todos os

meios apropriados e sem dilações, uma política destinada a eliminar a discriminação contra a mulher, e com tal objetivo se comprometem a: (...) (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1979, p. 8)

Essa nova onda de proteção, resultou em outra convenção denominada Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, também conhecida como Tratado de Belém do Pará, que previu a necessidade da existência de políticas públicas afirmativas para a proteção de direitos, abarcando áreas como trabalho, saúde, direitos civis e políticos, dentre outros.

Segundo Costa⁵⁰, a temática da violência doméstica e familiar contra a mulher passou a ganhar relevância na década de 70, com especial destaque no final do século XX, quando foi realizada a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (1994).

Segundo o autor:

A violência contra a mulher é um tema que ganhou grande relevância a partir da década de 1970 no Brasil e no restante do mundo, dispondo de ainda mais destaque no início do século XXI até os dias atuais. Ela pode ser definida, conforme a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (1994), ser "qualquer ação ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público como no privado"

No âmbito interno, em decorrência da grande inércia do Poder Público em reprimir atos de violência contra a mulher, surgiu um caso emblemático que levou a situação até a Comissão Interamericana de Direitos Humanos. O caso envolvia a senhora Maria da Penha Fernandes que, em 1983, sofreu uma tentativa de homicídio praticada pelo seu próprio cônjuge, que atirou pelas suas costas, deixando-a paraplégica.

Como o casal permaneceu residindo no mesmo lar, o marido novamente atentou contra a vida de Maria da Penha Fernandes, tentando eletrocutá-la no chuveiro de casa. Apenas em 1991 o réu foi levado à júri pela primeira vez, sendo o julgamento posteriormente anulado pelos advogados de defesa. Contudo, em 1996, o réu foi novamente julgado pelo Tribunal do Júri, sendo condenado a uma pena de 10 anos e seis

⁵⁰ COSTA, Alex Junio Duarte. O contexto histórico da violência contra mulher e a atuação do psicólogo. Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento. Ano 06, Ed. 07, Vol. 04, pp. 21-37. Julho de 2021. Disponível em: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/psicologia/historico-da-violencia>. Acessado em: 23/03/2023

meses pela tentativa de homicídio. Dessa decisão a defesa recorreu e o recurso levou mais de 15 anos para ser julgado.

Em decorrência da omissão estatal em apurar o crime cometido, o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e o Comitê Latino Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM) encaminharam denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos de omissão quanto ao tratamento da questão. Após deliberações, sobreveio a condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Com efeito, o Brasil teve que assumir o compromisso de reformular as suas leis e políticas em relação à violência doméstica.

Nesse norte, foi editada a Lei n. 11.340/2006 prevendo, em seu artigo 5º, que configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial. A lei cuidou de amparar todas as pessoas que se identificam com o sexo feminino, abrangendo, portanto, as heterossexuais, homossexuais e mulheres transexuais.

Além disso, por imposição legal e presuntiva, há de se considerar que existe uma situação de vulnerabilidade em relação à vítima e ao agressor. O artigo 6º da Lei Maria da Penha, por sua vez, assenta que “a violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos.”. (BRASIL, 2006).

AUDIÊNCIA PARA CONFIRMAÇÃO DA RETRATAÇÃO À REPRESENTAÇÃO DA OFENDIDA

Para cumprir a finalidade para qual foi criada, ou seja, barrar os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, ao longo da disposição de seus artigos, concede às mulheres providências de assistências e prevenção, bem como medidas protetivas de urgência, elencando ainda a atuação do Ministério Público e da Defensoria Pública, promovendo alterações no Código Penal e no Código de Processo Penal, e o atendimento especial em sede de Polícia Judiciária (GARCIA, 2019).

Especial atenção nos trouxe a modificação no que se refere à retratação à representação oferecida como requisito de procedimental. Com efeito, foi estabelecida uma forma mais rigorosa para a renúncia ao direito de representação da vítima, nos casos

de crimes de Ação Pública Condicionada, conforme previsto no artigo 16 da Lei n. 11.340/2006.⁵¹

Destarte, em casos de aplicabilidade da Lei Maria da Penha aos crimes processados mediante Ação Penal Pública Condicionada à representação, sobrevivendo manifestação pela retratação daquela, surge a obrigatoriedade do juiz designar audiência prevista no artigo 16 da Lei n. 11.340/2006, antes de receber a inicial acusatória. Tal medida visa, tão somente, aferir se a vontade manifestada pela vítima em se retratar está sendo expressada de forma livre de qualquer coação, ameaça, vulnerabilidade ou violência.

Destaque-se, por oportuno, que é claro e inquestionável o sentido da norma ao determinar que a representação é cabível apenas nas ações penais públicas condicionadas, nas quais a representação da vítima constitui condição de procedibilidade para a instauração do inquérito policial e de futura ação penal, não se aplicando, portanto, aos casos de ação penal pública propriamente dita.

É de bom alvitre trazer o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 4424 e a ADC 19, ambas de Relatoria do então Ministro Marco Aurélio de Mello, no sentido de “a ação penal relativa a lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada” (ADI 4424/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO, Plenário do STF, julgada em 9/2/2021, DJe de 1/8/2014).

Nessa mesma esteira e referendando o posicionamento do excelso Supremo Tribunal Federal, o colendo Superior Tribunal de Justiça editou enunciado de Súmula n. 542, dispondo que “a ação penal relativa ao crime de lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada”. Assim sendo, em relação a tais delitos, mostra-se irrelevante perquirir sobre a audiência prevista no art. 16 da Lei 11.340/2006.

No que se refere aos crimes processados mediante ação penal pública condicionada à representação da vítima, acertadamente, o Tribunal Cidadão se posicionou assentando que não há como se interpretar a regra contida no art. 16 da Lei n. 11.340/2006 como uma audiência destinada à confirmação do interesse da vítima em representar contra seu agressor, pois a letra da lei deixa claro que tal audiência se destina à confirmação da retratação.

A decisão ficou assim ementada:

⁵¹ Art. 16. Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. AUDIÊNCIA DO ART. 16 DA LEI 11.340/2006 (LEI MARIA DA PENHA). REALIZAÇÃO. NECESSIDADE DE PRÉVIA MANIFESTAÇÃO DO DESEJO DA VÍTIMA DE SE RETRATAR. IMPOSSIBILIDADE DE DESIGNAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE OFÍCIO PELO MAGISTRADO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL PROVIDO.

1. Recurso representativo de controvérsia, para atender ao disposto no art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 e na Resolução STJ n. 8/2008.

2. Delimitação da controvérsia: "Definir se a audiência preliminar prevista no art. 16 da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) é ato processual obrigatório determinado pela lei ou se configura apenas um direito da ofendida, caso manifeste o desejo de se retratar".

3. TESE: "A audiência prevista no art. 16 da Lei 11.340/2006 tem por objetivo confirmar a retratação, não a representação, e não pode ser designada de ofício pelo juiz. Sua realização somente é necessária caso haja manifestação do desejo da vítima de se retratar trazida aos autos antes do recebimento da denúncia".

4. Nos termos do art. 16 da Lei 11.340/2006, "nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público".

5. É imperativo que a vítima, sponte propria, revogue sua declaração anterior e leve tal revogação ao conhecimento do magistrado para que se possa cogitar da necessidade de designação da audiência específica prevista no art. 16 da Lei Maria da Penha. Pode-se mesmo afirmar que a intenção do legislador, ao criar tal audiência, foi a de evitar ou pelo menos minimizar a possibilidade de oferecimento de retratação pela vítima em virtude de ameaças ou pressões externas, garantindo a higidez e autonomia de sua nova manifestação de vontade em relação à persecução penal do agressor.

6. Não há como se interpretar a regra contida no art. 16 da Lei n. 11.340/2006 como uma audiência destinada à confirmação do interesse da vítima em representar contra seu agressor, pois a letra

da lei deixa claro que tal audiência se destina à confirmação da retratação.

Como regra geral, o Direito Civil (arts. 107 e 110 do CC) já prevê que, exarada uma manifestação de vontade por indivíduo reputado capaz, consciente, lúcido, livre de erros de concepção, coação ou premente necessidade, tal declaração é válida até que sobrevenha manifestação do mesmo indivíduo em sentido contrário.

Transposto o raciocínio para o contexto que circunda a violência doméstica, a realização de novo questionamento sobre a subsistência do interesse da vítima em representar contra seu agressor ganha contornos mais sensíveis e até mesmo agravadores do estado psicológico da vítima, na medida em que coloca em dúvida a veracidade de seu relato inicial, quando não raras vezes ela está inserida em um cenário de dependência emocional e/ou financeira, fazendo com que a ofendida se questione se vale a pena denunciar as agressões sofridas, enfraquecendo o objetivo da Lei Maria da Penha de garantir uma igualdade substantiva às mulheres que sofrem violência doméstica e até mesmo levando-as, desnecessariamente, a reviver os traumas decorrentes dos abusos.

7. De mais a mais, tomar como obrigatória e indispensável a realização da audiência do art. 16 da Lei 11.340/2006, com o único objetivo de confirmar representação já efetuada, implica estabelecer condição de procedibilidade não prevista na lei. Precedentes desta Corte.

8. CASO CONCRETO: Situação em que o Tribunal a quo anulou, de ofício, a partir da decisão de recebimento da denúncia, ação penal na qual o réu fora condenado pelo delito do art. 147 do Código Penal, por reputar obrigatória a realização da audiência do art. 16 da Lei 11.340/2006, mesmo tendo a vítima ratificado, em juízo, sua intenção de ver o réu processado pelas ameaças de morte a si dirigidas.

9. Recurso especial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais provido, para cassar o acórdão recorrido, no que tange à decretação, de ofício, da nulidade do processo a partir da denúncia, devendo o julgamento prosseguir para análise das demais teses defensivas.

(REsp n. 1.964.293/MG, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, julgado em 8/3/2023, DJe de 29/3/2023.)

Especial relevância possui o seguinte trecho do voto do eminente Ministro Reynaldo Soares da Fonseca:

A interpretação do tema adotada por este Tribunal Superior, a meu sentir, se alinha perfeitamente ao objetivo da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, celebrada em 1979, na ONU, e incorporada ao direito interno pelo Decreto n. 4.377, de 2002, ao buscar tornar mais efetivo o microsistema jurídico voltado à proteção da mulher vítima de violência doméstica. Atende, ainda, à Recomendação n. 35, de 2017, do Comitê para eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (CEDAW) na qual se ponderou que, dentre as obrigações gerais dos Estados Partes relativas à violência de gênero, em nível judicial, “de acordo com os arts. 2º, alíneas “d” e “f”, e art. 5º, alínea “a”, todos os órgãos judiciais devem se abster de praticar qualquer ação ou prática de discriminação ou violência de gênero contra as mulheres; e aplicar rigorosamente todas as disposições de Direito Penal que punam essa violência, garantindo que todos os procedimentos legais em casos envolvendo alegações de violência de gênero contra as mulheres sejam imparciais e justos e não sejam afetados por estereótipos de gênero ou interpretações discriminatórias de disposições legais, inclusive de Direito Internacional. A aplicação de noções preconcebidas e estereotipadas sobre o que constitui violência de gênero contra as mulheres, as quais deveriam ser as respostas das vítimas a essa violência e o padrão de prova exigido para sustentar sua ocorrência, pode afetar o direito das mulheres ao gozo da igualdade perante a lei, ao julgamento justo e ao direito a uma reparação efetiva, como estabelecido no artigo 2 e no 15 da Convenção” (in Recomendação Geral n. 35 sobre violência de gênero contra as mulheres do comitê para eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (CEDAW) – Série tratados internacionais de Direitos Humanos, Conselho Nacional de Justiça, Brasília, 2019 – disponível no endereço eletrônico:

<https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2019/09/769f84bb4f9230f283050b7673aeb063.pdf>, acesso em 1º/2/2023).

Antes mesmo do julgamento desse Tema 1.167, sob a sistemática de recursos repetitivos, o Superior Tribunal de Justiça já sinalizava esse posicionamento, conforme se

depreende do julgamento do HC 303.171/SP, de relatoria do Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 22/9/2015, DJe 13/10/2015, no qual assentou-se:

se a vítima demonstrar, por qualquer meio, interesse em retratar-se de eventual representação antes do recebimento da denúncia, a audiência preliminar prevista no art. 16 da Lei n. 11.340/2006 deve ser realizada. Todavia, se não há a iniciativa da vítima de levar ao conhecimento da autoridade policial ou judiciária sua vontade de retratar-se, deve o Magistrado proceder à admissibilidade da acusação, pois a designação de ofício dessa audiência importa em implemento de condição de procedibilidade não prevista na Lei Maria da Penha, qual seja, a ratificação da representação, o que inquina o ato de nulidade.⁵²

Imperiosa, ainda, é a lição de Sérgio Ricardo de Souza⁵³ sobre o tema:

Nos crimes caracterizados pela violência doméstica e familiar contra a mulher, essa retratação tem se constituído em uma das formas mais comuns dessa anômala extinção de punibilidade, principalmente em decorrência das pressões levadas a efeito por parentes, amigos e pela própria pessoa indiciada como suposto agressor e, diferentemente da regra geral, o limite temporal para a 'ratificação' da retratação vem a ser o recebimento da denúncia e não o oferecimento da peça acusatória, sendo importante destacar que a manifestação da vítima quanto à retratação ocorrerá necessariamente antes do recebimento da peça acusatória e, em havendo tal manifestação, será designada a audiência de ratificação daquela retratação (renúncia) prevista no art. 16 da Lei 11.340/2006, não cabendo ao juiz, em regra, designar a audiência em questão ex officio, sem prévia manifestação da vítima.

No mesmo sentido, a brilhante colocação de Carolina Gomes Monteiro Souza⁵⁴:

A desistência nas ações penais públicas condicionadas à representação dispostas no art. 16 poderá ocorrer, desde que a vítima a formalize perante a autoridade judiciária em audiência

⁵²(HC 303.171/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 22/9/2015, DJe 13/10/2015)

⁵³(in Lei Maria da Penha comentada – sob a nova perspectiva dos direitos humanos. 5ª ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 145).

⁵⁴ SOUZA, Carolina Gomes Monteiro. Retratação na Lei Maria da Penha: um estudo psicossocial. Maceió, 2017.

própria e desde que ocorra antes do recebimento da denúncia pelo juiz, ouvido o Ministério Público. Para alguns doutrinadores, a realização da audiência objetiva dificultar a desistência da vítima, reforçando o investimento estatal já promovido para a proteção destas mulheres desde o momento em que ela buscou o aparato jurídico-policia.

Por fim, as lições de Dias⁵⁵, segundo o qual:

Além do juiz devem estar presentes a vítima, seu defensor e o representante do Ministério Público. A ausência do promotor, não impede a realização da audiência. Basta ter sido intimado. E, embora deva estar presente na audiência, não pode opor-se à renúncia da representação. Cabe-lhe perquirir se a vítima não está sendo coagida a desistir da representação, e, caso assim entenda, pode postular o adiamento da audiência e o atendimento da ofendida por equipe multidisciplinar.

Portanto, o que se depreende de todo o contexto exposto é que a remansosa jurisprudência do c. Superior Tribunal de Justiça caminha ao encontro do que preceitua o art. 228, §8º, da Constituição Federal, bem como da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Tratado de Belém do Pará), sobretudo no que se refere à edificação de um aparato principiológico, normativo e político em defesa dos direitos das mulheres.

Ao fixar a tese de que “a audiência prevista no art. 16 da Lei 11.340/2006 tem por objetivo confirmar a retratação, não a representação, e não pode ser designada de ofício pelo juiz. Sua realização somente é necessária caso haja manifestação do desejo da vítima de se retratar trazida aos autos antes do recebimento da denúncia”, o Tribunal Cidadão reforçou a corrente de combate à violência contra a mulher.

Nesse diapasão, agora não restam dúvidas que, nos crimes cometidos no âmbito da violência doméstica e familiar processados mediante ação penal pública condicionada, não existe a possibilidade de se designar audiência para oitiva da vítima com a finalidade de perquirir sobre o desejo, ou não, de representar o acusado, sendo a realização da solenidade única e exclusivamente direcionada a aferir se a vontade manifestada pela

⁵⁵ DIAS, M. B. A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 3.ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

vítima em se retratar está sendo expressada de forma livre de qualquer coação, ameaça, vulnerabilidade ou violência.

CONCLUSÃO

Ressai do presente trabalho a inequívoca convicção que a realização da audiência para confirmação da retratação à representação oferecida nos crimes processados mediante ação penal pública condicionada, prevista no artigo 16 da Lei n. 11.340/2006, é um direito subjetivo da ofendida, caso manifeste interesse em se retratar, não podendo o magistrado designá-la de ofício. Tampouco se deve marcar a audiência para confirmar se a vítima possui, de fato, interesse em representar o acusado, seja porque existe toda uma rede normativa de apoio, seja porque os Tribunais Superiores encontram-se caminhando com os postulados necessários para edificar um aparato principiológico, normativo e político em defesa dos direitos das mulheres.

Por fim, vê-se, pois, que entender de modo contrário – que deveria ser designada a audiência para oitiva da vítima sobre o desejo de representar – além configurar um efetivo retrocesso na defesa das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, promoveria uma verdadeira revitimização das ofendidas, promovendo uma ofensa direta a toda uma corrente normativa criada para a defesa desse grupo vulnerário.

REFERÊNCIAS

BRASIL, LEI Nº 11.340, DE 7 DE AGOSTO DE 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acessado em: 23/03/2023;

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201964293>. Acessado em: 23/03/2023.]

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediadodocumento_tipo=91&documento_sequencial=176446533®istro_numero=20203239601&peticao_numero=&publicacao_data=20230329&formato=PDF. Acessado em: 23/03/2023.

BRASIL. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 23/03/2023.

COSTA, Alex Junio Duarte. O contexto histórico da violência contra mulher e a atuação do psicólogo. Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento. Ano 06, Ed. 07, Vol.

04, pp. 21-37. Julho de 2021. Disponível em: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/psicologia/historico-da-violencia>. Acessado em: 23/03/2023

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.964.293/MG, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, julgado em 8/3/2023, DJe de 29/3/2023.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. HC 303.171/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 22/9/2015, DJe 13/10/2015

SOUZA, Sergio Ricardo in Lei Maria da Penha comentada – sob a nova perspectiva dos direitos humanos. 5ª ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 145.

DIAS, M. B. A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 3.ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SOUZA, Carolina Gomes Monteiro. Retratação na Lei Maria da Penha: um estudo psicossocial. Maceió, 2017.

A INCONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA DE FORMAÇÃO SUPERIOR PARA O CARGO DE CONSELHEIRO TUTELAR

ALINE DAYANE RIBEIRO DA LUZ:
advogada; pós graduada em direito civil,
processo civil e consumidor; pós graduada
em execução criminal e tribunal do júri

RESUMO: O presente artigo busca adentrar à análise do voto do Ministro Nunes Marques acerca da inconstitucionalidade do inciso IV do artigo 29 da Lei nº 3.044/2019 do Município de Francisco Morato, o qual prevê a exigência de diploma de curso superior para elegibilidade de membro do Conselho Tutelar.

Palavras-chave: Conselho Tutelar. Participação popular. Eleição. Nível superior. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT: This article seeks to analyze the vote of Minister Nunes Marques on the unconstitutionality of item IV of article 29 of Law No.3.044/2019 of the City of Francisco Morato, which requires a higher education diploma to be eligible to be a member of a Tutelary Council.

Keywords: Tutelary Council. Popular participation. Election. Higher level. Unconstitutionality.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO 1. DISPOSIÇÕES LEGAIS DO ESTATUTO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE E REQUISITOS PARA ELEIÇÃO DE MEMBRO DE CONSELHO TUTELAR. 2.DA REPRESENTATIVIDADE POPULAR NO CONSELHO TUTELAR. 3.PREVISÃO DA LEI Nº. 3.044/2019. 4.DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O TEMA. CONCLUSÃO

INTRODUÇÃO

Ao longo dos últimos trinta anos o ordenamento jurídico pátrio procurou formas de concretizar a doutrina da proteção integral da infância e juventude. A Constituição Federal de 1988 foi o marco regulatório da mudança de paradigma e da superação da fase tutelar, que se consolidou com o Estatuto da Criança e do Adolescente, em 1990, quando as crianças e os adolescentes passam então a ser vistos e tratados pela norma jurídica como pessoas, sujeitos de direito, em especial condição de desenvolvimento e, por isso, sendo carecedoras de um tratamento diferenciado em razão dessa condição. Abandona-se a visão de que as crianças e os adolescentes são objetos do direito e, nesta condição, somente mereceriam tutela estatal quando estivessem na chamada "situação irregular", nos moldes dos artigos 1º e 2º da Lei 6.697 de 1979 (Código de Menores).

Como corolários da doutrina da proteção integral, diversos princípios foram introduzidos ou ganharam novo significado e força normativa, como a proteção integral e o superior interesse da criança e do adolescente, que devem ser encarados como mandados de otimização de direitos constituídos, atuando na ampliação da efetivação das normas constitucionais, internacionais e convencionais que outorgam direitos à essas pessoas.

Juntamente com a base legal, desenvolveu-se uma rede de apoio para cumprimento e fiscalização das normas, em especial, criaram-se os Conselhos Tutelares que, além de serem um órgão de efetivação de direitos, buscam integrar as instâncias estatais com a participação da comunidade, a fim de garantir a ampla observância e efetivação da proteção integral.

1. DISPOSIÇÕES LEGAIS DO ESTATUTO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE E REQUISITOS PARA ELEIÇÃO DE MEMBRO DE CONSELHO TUTELAR

O artigo 131 do Estatuto da Criança e Adolescente (ECA) preceitua que o Conselho Tutelar é órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente definidos na lei. Para dar concretude à previsão, haverá, em cada Município e em cada Região Administrativa do Distrito Federal, no mínimo, um Conselho Tutelar, integrante da Administração Pública, composto de cinco membros, escolhidos pela população local para mandato de 4 (quatro) anos, permitida a recondução após novos processos de escolha (ECA, art. 132).

Além disso, o artigo 133 dispõe sobre os requisitos exigidos para a candidatura a membro do Conselho Tutelar, nestes termos:

Art. 133. Para a candidatura a membro do Conselho Tutelar, serão exigidos os seguintes requisitos:

- I - reconhecida idoneidade moral;
- II - idade superior a vinte e um anos;
- III - residir no município.

Na visão do legislador, tais requisitos são os suficientes e necessários para se alcançar o objetivo maior, qual seja, a participação da comunidade no âmbito da infância e juventude.

Conforme se observa, o diploma legal não faz referência sobre a exigência de escolaridade mínima do conselheiro tutelar. Tratando-se de competência legislativa concorrente, os Municípios se atêm a dispor sobre assuntos de interesse local e a suplementar as legislações federal e estadual, nos termos do art. 30, I e II, da Carta da República:

Art. 30. Compete aos Municípios:

I – legislar sobre assuntos de interesse local;

II – suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

Assim sendo, não dispondo desse modo, o poder público municipal age, não só de forma desproporcional, mas fora da competência legislativa suplementar que lhe compete.

2.DA REPRESENTATIVIDADE POPULAR NO CONSELHO TUTELAR

A CF/88 fundamentou a atuação das ações e políticas governamentais na área da assistência social. No artigo 204 é apresentada a organização dessa área:

Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:

I - descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social;

II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

Como pode ser observado, objetivou-se realizar a descentralização das ações e, simultaneamente, estimular a participação popular. Com isso, os conselhos populares teriam o potencial de aplicação da doutrina da proteção integral no âmbito dos direitos da infância e juventude.

Sabe-se que os conselhos instituídos, tanto os Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente, quanto o Conselho Tutelar, vieram para agrupar o conceito de participação da população nas políticas sociais de proteção, unindo os conceitos de

participação e proteção integral. São, portanto, instrumentos para o desenvolvimento das políticas sociais e para a proteção integral à criança e ao adolescente em todos os níveis, em especial, no municipal.

José Afonso da Silva esclarece que o princípio da participação popular “caracteriza-se pela participação direta e pessoal da cidadania na formação dos atos de governo” (p.141)⁵⁶, sendo que as primeiras manifestações de democracia participativa mesclavam instrumentos de participação direta e indireta, tais como, a iniciativa popular (art. 14, III da CF/88), o referendo popular (art. 14, II da CF/88), o plebiscito (art. 14, I da CF/88) e a ação popular (art. 5º, LXXIII da CF/88). Porém, atualmente a Constituição da República Federativa do Brasil adotou outras formas de democracia participativa, tais como as previstas nos artigos 10, 11, 31, § 3º, 37, § 3º, 74, § 2º, 194, VII, 206, VI, 216, § 1º.

Dessa forma, os conselhos criados como resultado da lei que instituiu o ECA configuram as principais ferramentas de participação da população e de mudança de mentalidade, porque reafirmam a máxima constitucional de que é papel de toda sociedade zelar pela proteção de crianças e adolescentes.

3. PREVISÃO DA LEI Nº. 3.044/2019

O inciso IV do art. 29 da Lei nº 3.044/2019 do Município de Francisco Morato teve sua constitucionalidade questionada, por assim prever:

Art. 29. São requisitos para candidatar-se e exercer as funções de membro do Conselho Tutelar:

I – reconhecida idoneidade moral;

II – idade superior a vinte e um anos;

III – ser residente há pelo menos três anos e ter domicílio eleitoral em Francisco Morato;

IV – **curso superior completo, comprovado por meio de diploma conferido por instituição de ensino cujo curso seja reconhecido pelo Ministério da Educação, ou órgão que venha substituí-lo.**

Observa-se que a norma municipal, ampliando os requisitos exigidos para candidatura do conselheiro tutelar faz uma maior restrição à participação comunitária, na medida que se restringe significativamente o número de pessoas que se encaixam no perfil,

⁵⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 31. Ed., São Paulo: Malheiros: 2008.

o que acaba por esvaziar as funções e a razão da existência do órgão de representar a sociedade, que pode ter conhecimento valioso da realidade social, justamente das crianças e adolescentes que demandam o atendimento do Conselho Tutelar.

4. DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O TEMA

Diante da norma municipal citada, o Supremo Tribunal Federal, por meio de Recurso Extraordinário interposto pelo Procurador de Justiça de São Paulo, teve conhecimento do tema, manifestando-se nas palavras do Ministro Nunes Marques, que entendeu:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONTRA ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, PROFERIDO EM AÇÃO DIREITA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL. EXIGÊNCIA DE CURSO SUPERIOR COMPLETO PARA A FUNÇÃO DE CONSELHEIRO TUTELAR. EXTRAPOLAÇÃO DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA SUPLEMENTAR DO MUNICÍPIO. AUSÊNCIA DE PECULIARIDADE LOCAL. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DA UNIÃO. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. PARECER PELO PROVIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

"Na hipótese dos autos, apresenta-se manifesto o desrespeito ao princípio da razoabilidade, uma vez que a lei municipal criou uma exigência de excessivo rigor e sem fundamento legítimo para restringir o acesso ao posto de Conselheiro Tutelar.

Segundo articula, diante das funções e da razão de existência do órgão, impor a condição de conclusão de curso superior para acesso ao posto de Conselheiro Tutelar não se afigura razoável, ponderado e proporcional, visto que o universo de pessoas que poderão disputar as eleições é substancialmente reduzido e de forma injustificada.

Tem a medida como inadequada na perspectiva do interesse público, visto que afasta da composição de um órgão que deve representar a sociedade e com ela se relacionar uma parcela importante dos integrantes da comunidade que pode ter conhecimento valioso da realidade social, justamente das crianças e adolescentes que demandam o atendimento do Conselho Tutelar. Ressalta que não se identifica, por exemplo, em que termos uma formação superior em engenharia ou biologia poderia melhor habilitar uma pessoa que lida com demandas predominantemente sociais a ser Conselheiro Tutelar.

(...) Os modernos instrumentos de participação popular, a exemplo dos conselhos, das ouvidorias, do orçamento participativo e das comissões de legislação participativa, são apenas alguns dos mecanismos surgidos em função do sistema inaugurado pela Constituição de 1988, baseada em princípios que permitem a criação, a renovação e a reinvenção contínuas das formas de participação da sociedade nos atos do Estado.

Nesse contexto, a composição do Conselho Tutelar deve ser afinada com o escopo de franquear a maior participação popular possível – dentro dos limites constitucionais –, contribuindo, em última análise, com o aperfeiçoamento democrático.

Importante destacar, como o fez a Procuradoria-Geral da República no parecer juntado ao processo, que 'o conselheiro tutelar é eleito pela população do município, e a Constituição Federal não estabeleceu requisito de escolaridade mínima sequer para a eleição dos chefes do Poder Executivo e dos integrantes do Poder Legislativo nos diversos entes da Federação, limitando-se a exigir que o candidato seja alfabetizado. Portanto, se sequer o ensino fundamental é exigido para aqueles que se candidatam para ocupar cargos de maior envergadura, dotados de amplas prerrogativas, não é razoável a exigência de curso superior para aqueles que pretendem ocupar a função de conselheiro tutelar'.

Do exposto, dou provimento ao recurso extraordinário para, reformando o acórdão recorrido, declarar a inconstitucionalidade do art. 29, IV, da Lei municipal n. 3.044/2019, de Francisco Morato/SP."⁵⁷

No brilhante voto, o Ministro consolida a posição da Suprema Corte sobre a relevância do Conselho Tutelar, atuando de maneira independente, aproxima do poder público a voz da sociedade, fortalecendo práticas democráticas de participação, na medida em que funciona como instrumento de fiscalização e prevenção de situações de risco para crianças e adolescentes.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, resta demonstrado a desproporcionalidade e desarrazoabilidade da previsão legal que tenta, de qualquer forma, restringir a proximidade

⁵⁷ Recurso Extraordinário 1.278.198/SP - Relator Min. Nunes Marques. Dje 20/03/23.
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1387868/false>

da sociedade no cumprimento das normas e princípios constitucionais e legais na proteção da infância e juventude, e na fiscalização do cumprimento dos direitos inerentes a essa parcela vulnerável da população, afinal, o não efetivo funcionamento da rede de atendimento e apoio a crianças e adolescentes obsta, muitas vezes, a proteção dos direitos e garantias fundamentais, visto que muitos serviços não são disponibilizados pelo poder público ou o são de maneira inadequada ou insuficiente.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 de março de 2023.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 25 mar. 2023.

Portal STF. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 25 mar. 2023.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 31. Ed., São Paulo: Malheiros: 2008.

DIÁLOGO SOBRE OS PRINCÍPIOS DA EXECUÇÃO PENAL: ASPECTOS TEÓRICOS E PRÁTICOS

LORENA SILVA PEREIRA: Assessora Jurídica no Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso. Pós-Graduada em Direito Processual Penal pelo Instituto Luiz Flávio Gomes.⁵⁸

RESUMO: O presente artigo se propõe a abordar alguns dos relevantes princípios da execução penal, bem como a demonstrar sua correlação ao sistema progressivo de pena.

Palavras-chave: Direito. Execução Penal. Princípios. Sociedade.

Abstract: This article proposes to address some principles relevant to the penal execution, as well as demonstrate its correlation to progressive penalty system.

Keywords: Law. Penal execution. Principles. Society.

Sumário: 1. Introdução. 2. Princípios da Execução. 2.1. Princípio da Legalidade. 2.2. Princípio da humanidade. 2.3. Princípio da não discriminação. 2.4. Princípio da individualização da pena. 2.5. Princípio da intervenção mínima. 2.6. Princípio da culpabilidade. 2.7. Princípio da lesividade. 2.8. Princípio da transcendência mínima. 2.9. Princípio "Numerus Clausus". 3. Conclusão. 4. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

No âmbito atual brasileiro, a Lei nº 7.210/84, nominada de Lei de Execuções Penais, lida com importantes desafios, dentre os quais se destaca a falibilidade do sistema progressivo de cumprimento da pena contido no art. 33, §2º, do Código Penal, cuja temática possui intrínseca relação aos princípios da execução penal.

Tal sistema se presta a estabelecer, de modo gradativo, o cumprimento da pena e a reinserção social do apenado, sendo o regime mais gravoso cumprido em unidades prisionais, passando pelo regime intermediário em colônias agrícolas ou industriais e, por fim, o regime mais brando em casas do albergado.

⁵⁸ E-mail: lorenasilvapereira@gmail.com

No tocante ao regime fechado, infere-se que, de acordo com os últimos relatórios do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), a população carcerária no Brasil, em 2014, superava o número de 600.000 (seiscentos mil) presos e em 2016, atingiu o patamar de 726.000 (setecentos e vinte e seis mil) pessoas, com uma taxa de superlotação de mais 197% (cento e noventa e sete por cento)⁵⁹.

Não obstante o reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, do “Estado de Coisas Inconstitucional” no sistema carcerário brasileiro, o que se vê, em verdade, são unidades prisionais compostas por amontoados humanos sem qualquer classificação, reunindo no mesmo estabelecimento, ao contrário do que dispõe a Lei de Execuções Penais, condenados em cumprimento de pena, presos provisórios primários ou reincidentes, bem como presos integrantes de organizações criminosas.

Quanto à temática, não se pode negar que, consoante a jurista Grinover, *“é atividade complexa, que se desenvolve, entrosadamente, nos planos jurisdicional e administrativo. Nem se desconhece que dessa atividade participam dois Poderes estatais: o Judiciário e o Executivo, por intermédio, respectivamente, dos órgãos jurisdicionais e dos estabelecimentos penais”*⁶⁰.

Não obstante tal inteligência, o descompasso entre o teor da Lei de Execuções Penais e a realidade é evidente. Assim, incumbe à atividade jurisdicional a observância dos princípios da execução penal e a promoção de ações, tanto jurisdicionais como de interlocução com o Poder Executivo, tais como a assídua correição de unidades prisionais, a tutela para atenção a direitos e deveres dos reclusos, e a fiscalização dos órgãos da Execução Penal.

2. Princípios da Execução Penal

A observância dos princípios da execução penal, contidos em diferentes diplomas, como a Constituição Federal, Código de Processo Penal, Código Penal, Lei de Execução Penal e em Tratados Internacionais, é indispensável à efetiva tutela dos direitos fundamentais das pessoas que se encontram em cumprimento de pena.

Como bem salientado pelo Defensor Público Rodrigo Roig, tais princípios *“são meios de limitação racional do poder executório estatal sobre as pessoas”*⁶¹. Consoante

59 BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Disponível em: http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-nobrasil/relatorio_2016_junho.pdf. Acesso em: 05. Mar. 2023.

60 GRINOVER, Ada Pellegrini. Natureza Jurídica da Execução Penal, in GRINOVER, Ada Pellegrini (coord). Execução Penal: mesas de processo penal, doutrina, jurisprudência e súmulas. São Paulo: Max Limonad, 1987.

61 Roig, Rodrigo Duque Estrada. Execução Penal: teoria crítica. 4ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

tal entendimento, deve-se atentar que nenhum dos princípios a serem abordados podem ensejar restrição à determinado direito ou importar elevação ao rigor punitivo aos apenados, bem como que toda e qualquer interpretação deve ser *pro homine*, ou seja, sempre deve ser utilizado para a ampliar o usufruto de determinado direito, garantia ou liberdade pelo indivíduo.

Assim, de modo pormenorizado, trataremos de alguns princípios incidentes na execução penal, sem perder de vista a existência de outros, também relevantes, como os princípios da publicidade, duplo grau de jurisdição, contraditório, ampla defesa e *non bis in idem*.

2.1. Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade, também chamado de princípio da normatividade, possui base constitucional, como descrito no artigo 5º, XXXIV e XL, da CF/88, e convencional, consoante os artigos 9º da Convenção Americana de Direitos Humanos e 9.1 do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos.

Ao se ter em perspectiva a execução penal, este princípio se encontra materializado no art. 45 da LEP, segundo o qual *“não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar”*, assumindo a feição de verdadeiro instrumento de contenção da discricionariedade da Administração Penitenciária e do arbítrio judicial, quando utilizados de maneira lesiva aos direitos fundamentais das pessoas privadas da liberdade. A aplicação do princípio da legalidade supõe não apenas que as faltas e as sanções estejam legalmente previstas, mas também que sejam estritamente interpretadas.

Assim, dada a ausência de preceito legal para detida falta ou sanção disciplinar, inviável o emprego da analogia em desfavor do apenado. Nesse viés, cite-se como exemplo a incidência de falta grave àquele que possui, utiliza ou fornece chip, baterias e carregadores de telefones celulares, vez que o artigo 50, VII, da Lei de Execução Penal tão somente elenca que tal circunstância ocorrerá ao que *“tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo”*.

Posto isto, denota-se que o tal princípio visa obstar a discricionariedade na execução penal, inibindo a criação de regras abstratas, bem como refutando influências inquisitoriais ao cárcere atual.

2.2. Princípio da Humanidade

Segundo o artigo 5º, inciso XLVII, da CF/88, não haverá penas de morte, salvo em caso de guerra declarada, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis.

Ademais, além de esteio constitucional, o princípio da humanidade tem previsão em documentos internacionais de direitos humanos, como no artigo 5º, 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos e no artigo 10.1 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

Na seara de execução penal, tal princípio consiste em importante instrumento e contenção da irracionalidade do poder punitivo, se materializando na proibição de tortura e tratamento cruel e degradante (art. 5º, III, da CF), na própria individualização da pena (art. 5º, XLVI), e na proibição das penas de morte, cruéis ou perpétuas (art. 5º, XLVII).

Ao se falar no princípio da humanidade, deve-se atentar que dele deriva outro importante princípio, qual seja, o da secularização.

Este conceito é empregado para definir o processo de ruptura da cultura eclesiástica com as doutrinas filosóficas e as instituições jurídico-políticas, que ocorreu gradualmente a partir do século XV, objetivando expurgar da esfera civil o domínio da religião, sobretudo a colonização de ideias realizada pela Igreja Católica.

A secularização exerce a função de instrumento teórico para combater a ortopedia social, o panoptismo e o exame, presentes em uma sociedade disciplinar como a nossa, cotidianamente, pretende ser, que tem como um dos objetivos declarados da pena a ressocialização do indivíduo, em congruência à função preventiva especial positiva.

No nosso sistema penal, verificam-se diversas violações ao princípio da humanidade. Como exemplo, tem-se o uso de uniforme com cores chamativas, em clara transgressão ao mencionado princípio, visto que afeta a própria intimidade e dignidade das pessoas condenadas, à revelia da inviolabilidade constitucional da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (art. 5º, X, CF/88).

Cite-se também as obrigações disciplinares de baixar a cabeça e manter silêncio absoluto, em nítida relação à docilização dos corpos e à extirpação da individualidade do preso, tal qual incidente na imposição de cortar os cabelos e remover barbas e bigodes aos presos do sexo masculino. Costumeiramente justificada pela manutenção da higiene, ordem ou disciplina nos estabelecimentos penais, argumentos esses falaciosos e frágeis, a conduta "arranca" do apenado componentes físicos da própria personalidade humana, fazendo com que se submeta a uma transformação arbitrária.

Nessa senda, cabe salientar que o direito de escolher a sua própria aparência constitui expressão do direito ao livre e pleno desenvolvimento da personalidade,

abarcado pelo artigo 24 da Declaração Universal dos Direitos Humanos e artigo 29 da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Ocultados sob o manto higienista e securitário, o corte ou a modificação cogentes, em verdade, se revelam como mecanismos de institucionalização, estigmatização e desrespeito à intimidade, vida privada, honra e imagem dos indivíduos. A mudança, abrupta e involuntária, da imagem das pessoas presas viola a própria integridade física, psíquica e moral.

Outro situação rotineira no sistema prisional que enseja desrespeito ao princípio da humanidade se refere às péssimas condições de transporte dos presos sendo colocados em veículos com compartimento de proporções reduzidas, sem ventilação, ausência de luminosidade, inadequado condicionamento térmico e exposição pública. Em diversos casos, o longo período de permanência nos veículos é fator de intenso sofrimento físico e moral, sendo tais veículos de transporte utilizados como verdadeiras instalações de custódia.

De igual modo, se tornou rotineiro o transporte de presos com o uso de meios de coerção, sendo os indivíduos algemados com as mãos trás, dificultando a possibilidade de se equilibrarem, fator que, inevitavelmente, lhes causam colisões.

Nesse viés, há de se aplicar uma visão redutora de danos, com vistas a incidir o princípio da humanidade como mecanismo de alteridade, sob a ótica de que cada pessoa presa é sujeito de direitos, e não mero objeto de tutela estatal.

2.3. Princípio da não discriminação

Vê-se que, a despeito da disseminação de conhecimento à população e ao Poder Judiciário como um todo, ainda há um pensamento impregnado de que aquele que cometeu determinado delito deve receber um tratamento inferior aos que nunca cometeram práticas delitivas. Ainda que se entenda que o recluso tem o direito de usufruir de todos os direitos que a pena não lhe restrinja, se perpetua um discurso punitivista e retributivo de que o apenado deve “sofrer” consideravelmente, fazendo uso de menos garantias e direitos daqueles que vivem em liberdade.

Também conhecido como princípio “less eligibility”, tal compreensão, para além de possuir viés retributivo, se pauta em uma feição preventiva, vez que, aqueles que a ela se filiam defendem que as próprias mazelas sofridas no cárceres são hábeis à dissuadir a coletividade a praticar delitos e à reforçar a vigência da norma.

Ocorre que o fundamento ora exposto, pautado em que as condições de vida na prisão devem ser piores que a dos trabalhadores livres, não se coaduna aos altos índices de reincidência existentes. Conforme Relatório realizado pelo Departamento Penitenciário

Nacional, a média de reincidência no primeiro ano é em torno de 21% (vinte e um por cento), progredindo até uma taxa de 38% (trinta e oito por cento) após 5 anos⁶².

Quanto ao tema, impende consignar que o princípio da não discriminação é salutar à redução da criminalização terciária, decorrente da estigmatização do condenado e da concepção supracitada de "less eligibility". Nessa esteira, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCC) e o Conselho Nacional de Combate à Discriminação (CNCD/LGBT) editaram a Resolução Conjunta n. 01/2014, estabelecendo importantes parâmetros de acolhimento de LGBTQIA+ em privação de liberdade no Brasil. No rol trazido pela normativa, destacam-se o chamamento pelo nome social de acordo com o gênero, bem como o oferecimento de espaços de vivência específicos às travestis e aos gays privados de liberdade em unidades prisionais masculinas, cuja transferência deve ser precedida de expressa manifestação de vontade da pessoa presa. Há, ainda, a observância ao direito à imagem, que envolve a preservação do cabelo, uso de roupas inclusive íntimas, segundo o gênero, à revista não humilhante e ao direito à visita íntima.

Portanto, o princípio da não discriminação da pessoa presa surge como importante mecanismo a rechaçar o imaginário popular e a exegese de que os apenados são "cidadãos de segunda categoria", em alusão ao direito penal do autor.

2.4. Princípio da individualização da pena

O princípio da individualização da pena tem previsão no artigo. 5º, incisos XLVI e seguintes, da CF/88, e no âmbito da execução penal, está positivado no artigo 5º da Lei de Execução Penal.

A doutrina majoritária trabalha a individualização da pena em três momentos: (i) Legislativo; (ii) Judiciário na aplicação da pena em concreto e (iii) Judiciário no momento da execução da pena⁶³.

Trazendo a abordagem deste princípio à execução penal, exprime-se que a individualização da pena veda a análise do delito com fulcro em aspectos abstratos ou relativos às próprias elementares do tipo. Exemplifica-se, ainda, a incidência deste na apreciação do caso concreto, pelas vias administrativa e judicial, sem o recurso a considerações genéricas ou de índole preventiva, especialmente em matéria disciplinar,

⁶² Relatório prévio de estudo inédito sobre reincidência criminal no Brasil. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/assuntos/noticias/depen-divulga-relatorio-previo-de-estudo-inedito-sobre-reincidencia-criminal-no-brasil#:~:text=Conforme%20o%20gr%C3%A1fico%2C%20a%20m%C3%A9dia,significativo%20ao%20longo%20do%20tempo>. Acesso em 21 mar. 2023

⁶³ Execução penal e criminologia. Erick de Figueiredo Maia; coordenado por Marcos Vinícius Manso Lopes Gomes. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

visto que qualquer mecanismo que importe em recrudescimento do sofrimento carcerário já naturalmente experimentado não pode se dar em função da necessidade de promover exemplo aos demais, mas em virtude da atuação concreta e específica do indivíduo.

2.5. Princípio da intervenção mínima

O princípio da intervenção mínima, também nominado de princípio da menor onerosidade, preceitua, segundo o professor Rodrigo Roig que *“na essência, o princípio da intervenção mínima estabelece que a punição criminal, em virtude de seus efeitos nefastos e estigmatizantes, deve ser reservada apenas aos casos de extrema necessidade, quando a defesa de certo interesse ou valor não pode ser viabilizada por instrumentos não penais (sanção civil, administrativa etc.)”*⁶⁴.

A própria nomenclatura “mínima” denota que a intervenção seja na menor medida possível, destinando-se às situações de extrema necessidade.

No ponto, importante rememorar que este princípio está intrinsecamente ligado a 2 (duas) características do direito penal: a fragmentariedade e a subsidiariedade.

A primeira exprime que não será todo e qualquer bem jurídico objeto de tutela por meio do Direito Penal, mas tão somente aqueles tidos como essenciais e mais caros a uma sociedade. A subsidiariedade, por sua vez, enuncia que cabe ao Direito Penal atuar, tão somente, quando os demais ramos do Direito não puderem tutelar determinados bens jurídicos tidos como fundamentais.

2.6. Princípio da Culpabilidade

O referido princípio está expresso no brocardo *nulla poena sine culpa*. Sua exegese refuta qualquer responsabilidade penal objetiva, qual seja, a responsabilização sem a presença de dolo ou, ao menos, de culpa.

Não se pode olvidar que a responsabilização penal exige um comportamento típico, ilícito e culpável, e o princípio da culpabilidade visa justamente obstar a responsabilização pela simples ocorrência do resultado.

O doutrinador Erick Maia, em sua obra sobre Execução Penal, ensina que *“esses conceitos, trabalhados na dogmática penal, também podem (e devem) ser aplicados no âmbito da execução penal. O autor lembra que o professor Roig defende, por exemplo, que, se o preso não for informado sobre o rol das faltas disciplinares ao entrar no sistema*

⁶⁴ Roig, Rodrigo Duque Estrada Execução penal: teoria e prática / Rodrigo Duque Estrada Roig. - 5. ed. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

carcerário, seja possível sustentar o afastamento da punição por ausência de potencial consciência da ilicitude. O princípio da culpabilidade é fundamental para rechaçar qualquer responsabilidade penal objetiva.”⁶⁵

Na seara da execução penal, irradiando ao reconhecimento da prática de falta grave, vê-se que a Lei de Execução Penal aderiu, de modo expresso, tal princípio no artigo 45, §3º, ao tratar da vedação de sanções coletivas. Dele decorre, a título de exemplo, a punição de todos os presos de uma determinada cela quando for apreendido no local algum objeto ilícito. Se não se pode identificar o responsável pelo objeto, se torna ilegal a punição de todos, indistintamente, porquanto salutar a individualização da conduta.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já manifestou que é *“ilegal a aplicação de sanção de caráter coletivo, no âmbito da execução penal, diante de depredação de bem público quando, havendo vários detentos num ambiente, não for possível precisar de quem seria a responsabilidade pelo ilícito. O princípio da culpabilidade irradia-se pela execução penal, quando do reconhecimento da prática de falta grave, que, à evidência, culmina por impactar o status libertatis do condenado”* STJ. 6ª Turma. HC 177293-SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 24/4/2012 (Info 496).

2.7. Princípio da Lesividade

Também conhecido como princípio da ofensividade, este princípio, segundo o professor Nilo Batista, possui 4 (quatro) funções: proibir a incriminação de uma atitude interna (direito à perversão), proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor, proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais, e proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico.⁶⁶

De forma prática, o princípio da lesividade afasta a constitucionalidade dos tipos penais de perigo abstrato, consistentes naqueles em que não há ameaça concreta a determinado direito ou valor, sendo presumido o perigo, e os tipos criminológicos de autor, que são aqueles que preveem como puníveis determinados estados ou condições pessoais do acusado.

Enuncia-se, ainda, como exemplo a colocação do apenado no regime disciplinar diferenciado pela mera incidência do artigo 52, I, da Lei de Execução Penal, alusivo à aplicação aos apenados que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade. Além do elevado grau de subjetivismo, tal preceito

⁶⁵ Execução penal e criminologia. Erick de Figueiredo Maia; coordenado por Marcos Vinícius Manso Lopes Gomes. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

⁶⁶ Roig, Rodrigo Duque Estrada. Execução Penal: teoria crítica. 4ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

legal configura clara ofensa ao princípio da lesividade, vez que legitima a punição de indivíduos pela conjectura do que sejam, não pelo que concretamente fazem.

2.8. Princípio da transcendência mínima

Ao nominar este princípio, alguns doutrinadores utilizam o termo “intranscendência”. Todavia, adotando-se uma visão realista dos efeitos do sistema penal, notoriamente da execução penal, se observa que sempre haverá efeitos prejudiciais a outras pessoas, que não o próprio apenado.

Nessa seara, indagação de extrema relevância consiste na prática de revista íntima de visitantes e familiares em presídios. Questiona-se até que ponto a ingerência estatal pode afetar terceiros, distintos àqueles que praticaram a prática criminosa. É certo que tal procedimento constitui conduta atentatória à dignidade da pessoa humana, porquanto ofende o direito à intimidade, à inviolabilidade corporal e à convivência familiar entre visitante e preso. Para mais, afronta tratados internacionais de Direitos Humanos firmados pelo Brasil.

Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *“caso haja fundadas suspeitas de que o visitante do presídio esteja portando material ilícito, é possível a realização de revista íntima, para fins de segurança, a qual, por si só, não ofende a dignidade da pessoa humana, notadamente quando realizada dentro dos parâmetros legais e constitucionais, sem nenhum procedimento invasivo”* STJ. 5ª Turma. AgRg no REsp 1959230/RS, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 09/11/2021.

Conquanto o STJ tenha aventado a incidência de revistas íntimas em determinados casos, defende-se a impossibilidade de sua realização, por Inobservar a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88), postulado basilar ensejador dos direitos fundamentais, por remeter a proibição constitucional de se submeter qualquer pessoa a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), e, especialmente, por atingir terceiros carentes de culpabilidade, o que é vedado pelo nosso ordenamento jurídico (art. 5º, XLV, da CF/88).

2.9. Princípio “Numerus Clausus”

Princípio de extrema relevância na execução penal, nos remete ao abordado na parte introdutória deste artigo e à dificuldade em se aplicar, de forma incisiva, o sistema progressivo de cumprimento de pena em nosso país.

Sua observância é essencial para a efetivação de todos os princípios abordados anteriormente e consiste na exegese de que a cada nova entrada de uma pessoa no âmbito

do sistema carcerário deve necessariamente corresponder ao menos a uma saída, de forma que a proporção presos-vagas se mantenha sempre em estabilidade ou tendencialmente em redução.

Está relacionado a democracia e republicanismo, sob o viés da promoção do bem de todos (art. 3º, IV, CF/88), assim como a dignidade da pessoa humana (1º, III, CF/88), a vedação de tratamento cruel, degradante, desumano e da tortura (5º, III, CF/88), a tutela da integridade física e moral das pessoas presas (5º, XLIX, CF/88) e as condições mínimas exigidas em matéria de saúde e higiene (6º e 196, CF/88).

Pode se subdividir em 3 (três) espécies distintas, cada qual sob uma ótica da execução penal.

Sob o viés do *numerus clausus* preventivo, exprime-se que há vedação da entrada de novos presos no sistema penitenciário em caso de falta de vaga. Dessa forma, o condenado fica em prisão domiciliar “aguardando” que surja uma vaga para ele cumprir a pena em local adequado.

Já no tocante ao *numerus clausus* direto, o intuito de se aliviar a superlotação carcerária é mais evidente, porquanto os presos com pena próxima ao seu cumprimento devem receber indulto ou terminar de cumprir a reprimenda em prisão domiciliar.

Por fim, concernente a perspectiva do *numerus clausus* progressivo, há a clara tentativa de se equilibrar a lotação carcerária, eis que para cada entrada no sistema penitenciário haverá, como um efeito em cascata, uma saída. Logo, quando alguém entra no sistema em regime fechado, um preso que já estava nesse regime migrará ao semiaberto. Por sua vez, um preso do regime semiaberto progride para o aberto e, por fim, um preso do regime aberto recebe liberdade condicional.

Cabe salientar, ainda, que no Habeas Corpus nº 143.988, a Segunda Turma do STF confirmou a decisão monocrática do Ministro Fachin, aplicando, pela primeira vez, o princípio *numerus clausus* na execução das mediadas socioeducativas, não se admitindo taxa de ocupação em estabelecimentos de internação superior a 100% (cem por cento).

3. Conclusão

Por meio do presente artigo, infere-se que ainda existe um distanciamento entre os princípios incidentes à execução penal e a realidade do sistema penal, especialmente no âmbito carcerário.

A decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 347 não se pautou em um caso isolado. O “Estado de Coisas Inconstitucional” se embasou na multiplicação sistemática de violações de direitos humanos.

O que se viu, vê e se perpetua é a existência de um quadro de violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais, causado pela inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura, de modo que apenas transformações estruturais da atuação do Poder Público e a atuação de uma pluralidade de autoridades podem alterar a situação inconstitucional.

A vulneração massiva e generalizada de direitos fundamentais dos apenados nos levou a realidade que vivenciamos, e apenas com a observância efetiva dos princípios da execução penal poderemos mudar o cenário alarmante dos presídios brasileiros, alterando-se a cultura punitivista pelo caráter humanitário do processo penal e da jurisdição como um todo.

4. Referências Bibliográficas

BORGES, Juliana. **O que é: encarceramento em massa?** – Belo Horizonte-MG: Letramento: Justificando, 2018.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Código Penal: Decreto-Lei n.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940.**

BRASIL. **Código de Processo Penal: Decreto-Lei n.º 3.689, de 03 de outubro de 1941.**

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias.** Disponível em: http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-nobrasil/relatorio_2016_junho.pdf. Acesso em: 05 Mar. 2023.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Natureza Jurídica da Execução Penal**, in GRINOVER, Ada Pellegrini (coord). Execução Penal: mesas de processo penal, doutrina, jurisprudência e súmulas. São Paulo: Max Limonad, 1987.

GRECO. **Sistema Prisional. Colapso Atual e Soluções Alternativas.** 2ª ed. rev. ampl. e atual. Impetus. Niteroi, RJ, 2015.

SILVA. José Adaumir Arruda. **A privatização dos presídios: Uma ressocialização perversa, (In)compatibilidade com o Estado Democrático de Direito.** Editora Revan. Rio de Janeiro, 2016.

NUCCI. Guilherme de Souza. **Curso de Execução Penal.** Editora Forense. Rio de Janeiro, 2019.

_____. Guilherme de Souza. **Execução Penal no Brasil.** Editora Forense. Rio de Janeiro, 2019.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal: teoria crítica**. 4ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRITO. Alexis Couto de. **Execução Penal**. 5ª ed. Editora Saraiva. São Paulo, 2019.

MAIA. Erick de Figueiredo. **Execução penal e criminologia**. Ed – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria e prática**. 5. ed. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

COMPRAS PÚBLICAS E GESTÃO ESTRATÉGICA: UM NOVO PARADIGMA.

RICARDO ADRIANO HAACKE:

Procurador Municipal. Mestrando em Administração Pública pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP) e Especialização em Direito Administrativo, Direito Constitucional, Direito Processual Civil e Direito Tributário.

RESUMO: O objetivo deste artigo é descrever a importância da visão estratégica no processo de contratações públicas, assim como a necessidade de que os profissionais inseridos em carreiras de advocacia pública e controle interno alcancem uma visão macro do processo, percebendo sua missão institucional, contribuindo para o bom funcionamento do aparato estatal.

PALAVRAS-CHAVE: Administração Pública. Gestão Estratégica. Fiscalização.

TITLE: Public Procurement and Strategic Management: a New Paradigm.

ABSTRACT: The objective of this article is to describe the importance of strategic vision in the public procurement process, as well as the need for professionals in public advocacy and internal control careers to achieve a macro view of the process, understanding their institutional mission and contributing to the proper functioning of the state apparatus.

KEYWORDS: Public administration. Strategic management. Oversight.

INTRODUÇÃO

Função Econômica das Compras de Estado

A Administração, enquanto pessoa jurídica sujeita a direitos e deveres, constantemente necessita realizar contratações das mais variadas espécies para alcançar seu *múnus* e ofertar à população o interesse tutelado.

Nesse ínterim, as compras públicas encerram um dos ramos mais abaladiços da atividade logística do Estado, mormente considerando que o Poder Público enquanto ator do mercado, instiga todo ciclo socioeconômico, além de representar meritório valor tático para o sistema; considerando, sobretudo, o poder de compras da Administração Pública e seu papel como reguladora da economia.

Hodiernamente, pela captação de sua grandeza estratégica, a gerência das compras estatais é questão cada dia mais atual e marcante no âmago Administração. Deste modo, compreender as compras públicas afora da singeleza de mero procedimento administrativo-operacional é injuntivo para o excelente desempenho da atividade de gerência pública e aperfeiçoamento da máquina governamental.

Vejamos:

O uso adequado do poder de compra do Estado ajuda a desenvolver economicamente regiões e setores, gerando uma forma muito mais eficaz que a simples transferência de renda por programas específicos, uma vez que fortalece empresas e seu fluxo de caixa, conseguindo estabilidade para sustentar seu crescimento. Também gera espirais positivas, que fortalecem a formalização do trabalho e das empresas, criando condições para essas serem fornecedoras do Estado. (RIBEIRO, p. 06)

Com efeito a nova Lei de Licitações (Lei Federal nº 14.133/21), trouxe diversas transformações, que embora já fossem consagrados em fontes secundárias, estabelece um novo paradigma para as contratações, exigindo planejamento em todas as etapas do processo. Para isso, é fundamental que os gestores públicos responsáveis pelo setor de compras estejam atentos e preparados para implementar as novas regras e procedimentos, assegurando o cumprimento dos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência; sempre levando em consideração que o sucesso das compras governamentais depende não apenas do cumprimento das normas legais, mas também da qualidade e capacidade dos fornecedores, bem como da correta gestão dos contratos e pagamentos.

Analisando este panorama, percebemos que a área possui grandes obstáculos a ser rompidos; mas, também, guarda vastas promessas de amadurecimento. Ora, a incumbência de relimar a gestão de compras governamentais no Brasil, da mesma maneira que em diversos outros países, não é um curso trivial, visto que abarca profusas vicissitudes e produz muitas expectativas. Apercebe-se, francamente, que a esfera de compras públicas reclama ajustes em termos de governança e gerência estratégica, malgrado tenham surgido diversas melhorias com o novo paradigma legal.

Para amenizar essas dificuldades, entendemos que é necessário investir na capacitação técnica dos profissionais que atuam na gestão de compras, mormente em relação aos responsáveis pela fiscalização interna nas menores unidades federativas (municípios de pequeno porte), eis que existe uma falsa percepção entre tais agentes, de que a tarefa de fiscalização é estritamente técnica e nada política.

Uma gestão ineficiente não é responsabilidade exclusiva do Prefeito, mas, também, de uma equipe desalinhada ou não comprometida; e é esta a importância de Procuradores e Controladores perceberem bem seu papel para o desenvolvimento local, encontrando soluções e possibilidades para que os desígnios do gestor, quando bem-intencionados, sejam alcançáveis.

Ora, a gestão estratégica das compras governamentais guarda importância para o setor privado e a economia em geral. Observa-se que os contratos de compras públicas podem representar uma grande parcela do mercado, o que faz com que muitas empresas dependam dessas oportunidades para crescer e expandir seus negócios. Por isso, é fundamental estabelecer medidas de fiscalização rigorosas para garantir que os contratos sejam executados de forma transparente, sustentável e com vistas a economicidade e *accountability*, sem perder de vistas a sua objetividade em relação à escolha do fornecedor.

Dentro desta tônica, é impreterível que se opere um juízo acerca do uso do poder de compras do Estado e seu escopo no avanço sustentável do país, percebendo a sua função como indutor de políticas públicas e como direção para o alcance da agenda de governo.

Procuradorias e Controladorias.

Por outro lado, não raras vezes a vida prática nos revelou agentes públicos engessados em manuais e regras pouco importantes ao desenvolvimento local, com procuradores e controladores preocupados unicamente com axiomas legais de pequena escala e que não refletem o real interesse público protegido.

Este modelo de pensar, infelizmente, é criado no berço, quando o operador do direito tem seu primeiro contato com o direito público, ainda na faculdade; isto, pois, por extensão do positivismo jurídico, a atividade administrativa calhou a submeter-se estritamente à lei, induzindo à passagem do princípio da vinculação negativa pelo da vinculação positiva, ensejando o conhecido adágio jurídico de que a Administração só pode fazer o que a lei permite.

Em um primeiro passar de olhos para os mais desavisados este predicado pode parecer incompatível com o ideal de flexibilidade que um modelo gerencialista de administração necessita.

O surgimento do direito administrativo ocorreu concomitantemente ao constitucionalismo, o princípio da legalidade, por exemplo, emergiu junto com a separação de poderes, a igualdade perante a lei, bem como o princípio da justiciabilidade, o qual requer que as ações do Estado sejam submetidas ao controle judicial. De todo modo, ao

longo do tempo, o direito administrativo manteve uma estreita relação com o direito constitucional, tanto no sistema jurídico europeu-continental quanto no sistema da *common law*, sendo certo que os principais institutos do direito administrativo têm seus fundamentos na Constituição.

Argumentando sobre o assunto:

No direito brasileiro, a constitucionalização do direito administrativo, sob certo aspecto, sempre existiu, especialmente a partir da Constituição de 1.934, onde se encontram normas sobre servidor público, responsabilidade civil do Estado, desapropriação, mandado de segurança, ação popular, atribuição de atividades à competência exclusiva da União, previsão de lei sobre concessão de serviços públicos. (DI PIETRO, 2012)

O ponto nevrálgico desta discussão está no adequado entendimento pelos órgãos de controle a respeito de qual o seu papel institucional e boa aplicação da norma. Ora, mais do que indicadores, que poderiam, com facilidade, ser substituídos por algum algoritmo, ou, no pior dos casos, pensadores corporativistas, que agregam mais desalentos do que soluções ao Estado; o pensamento jurídico dos organismos internos do ente que fazem a apresentação, deveria afastar-se do imperativo categórico (elemento do pensamento kantiano), aprendendo que o intérprete da norma não está alheio à moral, mas deve concebê-la objetivamente, sem perder de vista jamais o alcance do programa que se pretende atender.

A provocação investigada está na formação de profissionais que consigam racionalizar a amarração entre o texto e o processo de construção e desenvolvimento do entorno corporativo, sem imiscuir-se sobre o mérito da contratação, reverenciando, conseqüentemente, o cânon democrático.

O administrador e os responsáveis pelo controle devem andar lado a lado para a prestação última do Estado, posto que toda disputa é prejudicial do ponto de vista da organização e a guerra de egos não pode ser fator impeditivo para o desenvolvimento.

É necessário, também, que seja prestigiada a resolução do gestor público, que foi eleito como representante do povo e está realmente inserto na praxe administrativa e política, mormente em um sistema presidencialista de coalizão (*coalition theories*); sem distender a "justiça social apriorística", por não experienciar as concretas sequelas daquilo que está emitindo juízo de valor, ou seja, a análise deve ser objetiva e em regra positiva; devendo apresentar razões suficientes e clara, fornecendo fórmula para que o defeito eventualmente encontrado seja superado, em caso de emissão de parecer contrário.

Ora bem, como adiantamos, o papel estatal enquanto ator da cadeia econômica e agente de consumo merece destaque, considerando, principalmente, que o Estado é um grande comprador, além de o consumismo ser justamente um dos prismas basais dentro dessa visão estratégica de sustentabilidade. Dessarte, sobre este viés, há que se analisar, *ad exemplum*, o proveito, em que a “melhor aquisição” necessita ser preterida em detrimento do “menor preço”, porquanto, na espécie, o desígnio pode levar à incerteza e a um consumo superior.

Ao optar pelo menor preço sem um eficiente estudo técnico preliminar, pode haver uma pressão interna para reduzir custos, o que pode levar a uma série de ações danosas, como a escolha de matérias-primas de baixa qualidade, a utilização de processos produtivos que geram poluição ou resíduos tóxicos, a redução da segurança e saúde no trabalho, entre outras práticas que comprometem a qualidade do serviço prestado à população, e um procurador inexperiente ou com baixo trato com a ciência da administração dificilmente irá perceber o prejuízo daí decorrente.

Ou seja, uma opção pelo menor preço pode acarretar uma “*espiral descendente com condições cada vez piores da saúde, danos ambientais e da qualidade dos produtos*” (Biderman et al, 2008 p. 22).

Essa citação destaca a importância de não se basear unicamente no menor preço ao tomar decisões de compra, pois essa abordagem pode levar a uma série de problemas que afetam negativamente a saúde humana, o meio ambiente e a qualidade dos produtos. A atividade do corpo jurídico do ente, portanto, ganha um contorno para o futuro, eis que bem documentada a sua atuação em parceria com o fiscal de contratos e concomitante ao catálogo de padronização do ente (inciso II do art. 19 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021), pode servir de lastro para contratações mais acertadas pelo gestor.

Com o tempo, essas aquisições baseadas no “menor custo objetivo” podem levar a o que Biderman quis registrar como “*espiral descendente*”, situação na qual as condições pioram continuamente.

Assim, é importante levar em consideração outros fatores além do preço ao fazer uma escolha segura, tais como a qualidade do produto, o impacto ambiental e social da sua produção, a reputação da empresa responsável pela fabricação e a agilidade no processo de aquisição e qualquer controlador ou procurador que não compreenda esta dinâmica certamente não é vocacionado para a função, daí porque legalidade está cada vez mais sendo substituída por juridicidade.

Parafraseando Bruno Q. L. de Lima, citado por Antônio C. P. Terra, o uso apropriado do poder de compras do Estado auxilia a distender economicamente regiões e setores,

propiciando uma forma muito mais eficaz que a simples cessão de renda por programas típicos, uma vez que avulta empresas e seu fluxo de caixa, conseguindo solidez para sustentar seu florescimento. Dessa forma, arremata seu raciocínio aduzindo que o processo de contratações gera “espirais positivas”, que consolidam a formalização do trabalho e o desenvolvimento da indústria, criando condições para essas serem fornecedoras do Estado. (TERRA, 2016, p. 19)

Compras Públicas: Conceito e aperfeiçoamento.

É claro que o poder estratégico das compras governamentais desperta interesse privado e buscando justamente aplacar esta ingerência individual do agente, o legislador criou diversos apetrechos de controle, regulando de forma geral como essas avenças serão combinadas, bem como o controle que se dará *ex ante* e *post factum* do que foi firmado.

A Lei de Licitações e Contratos Administrativos, por exemplo, estabelece critérios objetivos para a seleção dos fornecedores e para a escolha das propostas mais vantajosas para a Administração Pública, além de prever mecanismos de controle e fiscalização dos contratos firmados. Já a Lei de Responsabilidade Fiscal estabelece limites para os gastos públicos e busca assegurar o equilíbrio das contas, de modo a evitar o endividamento excessivo do Estado.

O nosso exercício busca debater as compras governamentais acolá de uma percepção circunscrita na aquisição propriamente dita, rastreando um prisma mais largo. Percebemos que é justamente neste cenário que se encontra o sustentáculo que favorece para que a operações de compras do governo consigam enternecer de modo assertivo e permanente, como também coadjuvante, na *policy making* estatal e na prosperidade do país.

Não obstante, compreendemos que, embora certa dose de flexibilização venha a salutar no contexto público, uma correta fiscalização do processo de contratação e execução de todas as etapas do empreendimento ou prestação do serviço, a longo prazo, conferem à Administração economicidade e transparência para que os recursos sejam empregados naqueles itens mais sensíveis à população (aliás, é justamente este o alcance do conceito de burocracia weberiana⁶⁷ quando bem compreendido).

⁶⁷ Weber defende que a burocracia moderna é uma forma legítima de dominação, buscando organizar e sistematizar as atividades humanas para alcançar objetivos comuns. Ela é marcada pela construção formal da organização e pela estrutura hierárquica e racional na tomada de decisões e execução de tarefas. Na área de compras públicas, a aplicação da burocracia weberiana fita garantir a transparência, eficiência e qualidade dos processos de aquisição de bens, serviços e obras, evitando favorecimentos e corrupção. Porém, a burocracia também pode gerar entraves e demoras, o que requer um equilíbrio entre eficiência e flexibilidade na gestão dos processos.

De toda sorte, ao longo dos anos, o modelo burocrático sofreu grandes críticas, sobretudo sobre sua rigidez e inadequação às novas demandas sociais e administrativas. Assim, emergiu o gerencialismo como uma abordagem que busca transpor conceitos e práticas da gestão empresarial para o setor público, visando aprimorar a efetividade e a eficiência dos serviços prestados à sociedade.

Na conjuntura das compras públicas, o gerencialismo propõe uma gestão mais flexível e orientada por resultados, com o uso de técnicas de planejamento, monitoramento e avaliação, para garantir que as compras realizadas pelo setor público estejam alinhadas às necessidades da população e gerem impactos positivos na sociedade.

Uma abordagem excelente sobre a discussão, é a transformação da natureza reativa da gestão de compras para uma perspectiva proativa, nos termos que exposto no clássico "Compras: Princípios e Administração", escrito por Peter Baily, David Farmer, David Jessop e David Jones, no capítulo que trata sobre estratégia de compras (1.999).

Nestes termos, compra reativa é aquela realizada em resposta a uma necessidade emergencial, ou seja, quando algo acontece e é necessário adquirir determinado produto ou serviço imediatamente, sem planejamento prévio. Geralmente, a compra reativa é mais cara e pode gerar desperdício de recursos públicos, pois não há tempo hábil para a realização de uma pesquisa de mercado adequada ou para a negociação de preços e condições favoráveis.

Por outro lado, a compra proativa é planejada e estratégica, ou seja, é realizada com antecedência e baseada em análises de mercado, levantamento de necessidades e projeções de demanda. Nesse caso, há um esforço em obter preços mais competitivos, melhores condições de pagamento e um maior alinhamento com as necessidades da Administração. A compra proativa é, assim, uma abordagem mais eficiente e econômica para as compras de gestão, pois permite uma melhor administração dos recursos financeiros e uma efetividade superior na entrega dos serviços públicos à sociedade.

Observe:

Compra Reativa	Compra Proativa
Compras é um centro de custos	Compras deve adicionar valor
Compras recebe especificações	Compras e fornecedores contribuem para as especificações
Compras rejeita materiais defeituosos	Compras evita materiais defeituosos

Compras subordina-se a finanças ou à produção	Compras é importante função gerencial
Os compradores respondem às condições do mercado	Compras contribui para o desenvolvimento do mercado
Os problemas são de responsabilidade do fornecedor	Os problemas são de responsabilidade compartilhada
Preço é a variável-chave	O custo total e o valor são variáveis-chave
Ênfase no hoje	Ênfase estratégica
Sistema Independente de Fornecedores	O sistema pode ser integrado ao sistema dos fornecedores
As especificações são feitas por designer ou usuários	Compradores e fornecedores contribuem para as especificações
Negociação ganha-perde	Negociação ganha-ganha
Muitos fornecedores: segurança	Muitos fornecedores: perda de oportunidades
Estoque excessivo: segurança	Excesso de estoque: desperdício
Informação é poder	Informação é valiosa se compartilhada

Fonte: *Baily et al (2000, p. 20)*.

Neste viés, a nova lei de licitações nos parece que buscou aproximar ainda mais o conceito de compras proativas, com novos institutos como o diálogo competitivo, compras compartilhadas, central de compras em pequenos municípios, a criação da função de gestor de contratações, o calendário anual de contratações; além de demonstrar uma preocupação com a continuidade dos contratos e finalização das obras públicas, deixando todo o sistema de responsabilização em campo apartado da execução do objeto, de maneira que eventual responsabilização possa ser imposta, sem que o objetivo maior da Administração (que é a entrega do item) seja suspensa.

Como é observado, a atividade dos organismos de controle, demanda certo grau de visão estratégica e conhecimento de administração, sob pena de impor uma atividade anacrônica e negativa para o funcionalismo. Vale ressaltar, conquanto, que a gestão estratégica não é um processo estanque e deve ser revisada periodicamente para garantir

que as ações estejam alinhadas aos objetivos da organização e às mudanças no ambiente em que ela está inserida.

Ora, os manuais de administração há muito já alertavam:

Representando hoje um importante instrumento de gestão empresarial num mercado competitivo e turbulento, a estratégia tem como principal objetivo preparar a organização para enfrentar o ambiente hostil da atualidade, utilizando, para isso, as competências, qualificações e recursos internos da empresa, de maneira sistematizada e objetiva. (Emerson Wagner MAINARDES, João FERREIRA, Mário RAPOSO, 2011, p. 279)

A gestão estratégica inclui a definição de metas, a análise do ambiente interno e externo da organização, a identificação de oportunidades e ameaças, o planejamento de ações para atingir essas metas e a alocação de recursos de forma adequada para a implementação dessas obras.

Dessa forma, a gestão estratégica é fundamental para a tomada de decisões de uma organização, pois permite que os gestores tenham uma visão clara dos objetivos do aparelho e do ambiente em que está inserido, de forma a tomar decisões informadas e orientadas para o sucesso a longo prazo.

Novos paradigmas

Partindo deste prisma, considerando que as compras públicas ainda não estão bem ajeitadas no Brasil, mormente naquelas unidades mais periféricas; é essencial que se invista no desenvolvimento estratégico e na capacitação dos servidores envolvidos na operação.

Importante registrar:

As organizações têm a obrigação de serem flexíveis o suficiente para transformar toda a estrutura de negócios e, assim, responder às mudanças estratégicas e aos desafios do mercado. Nesse sentido, para alcançar uma posição de vantagem competitiva, é necessário examinar criticamente o ambiente, a fim de identificar oportunidades externas e criar capacidades internas; saímos de organizações estáticas para estarmos inseridos em um mundo dinâmico, com altas demandas que exigem uma visão sistêmica e abrangente. [Omissis....]

A Gestão Estratégica é uma ferramenta para gerir e ordenar mudanças, onde se definem os objetivos da organização e se

estabelecem as estratégias; Da mesma forma, é reconhecida a participação baseada na liderança e na tomada de decisões que correspondem às demandas do ambiente imediato e futuro. (GONZÁLEZ, p. 242-243)

Dessarte, na Administração Pública assim como no privado, este pensamento é importante e nos parece inadmissível que o aparato estatal continue apresentando resultados insuficientes quanto à gerência de compras.

Ora, para se chegar em um predicado dos gastos, bem como a eficiência das compras de governo, é necessário que a atuação de compras seja diagramada a partir de um prisma estratégico, mas o processo não se esgota na licitação, carecendo desta regulação em cada unidade.

Não poderia ser de outra forma, aliás, já que o comando constitucional preconiza no art. 22, inciso XXVII, que compete privativamente à União legislar sobre:

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, §1º, III;

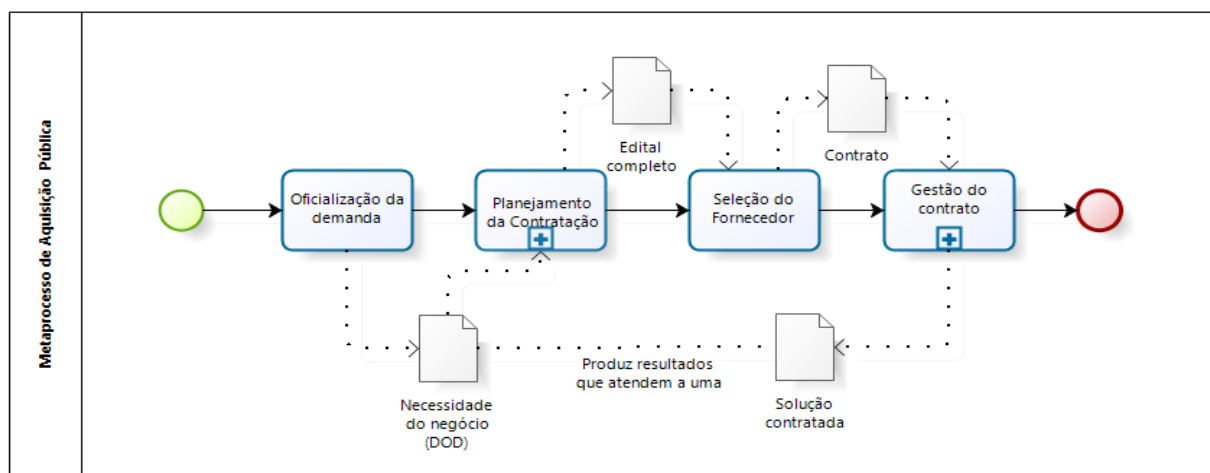
Quanto ao conteúdo desta regulamentação, podemos concluir que o caráter multidisciplinar e o rendimento das compras públicas reclamam que o tema seja disputado e desenvolvido não apenas em relação aos aparelhos e a preparação das compras públicas, mas de modo multidimensional, abordando todo o ciclo de aquisição. Ou seja, é preciso fitar a eficiência de ponta a ponta. (SANTANA, 2015, p. 19)

A relação entre o administrador público e o direito é fundamental para garantir a transparência, a legalidade e a eficiência das compras de governo. As compras públicas representam uma parcela significativa dos gastos do Estado, sendo essenciais para a realização de políticas públicas e para o desenvolvimento econômico do país.

O administrador, responsável pela gestão dos recursos públicos, deve seguir rigorosamente as normas estabelecidas pela Lei de Licitações e pelos demais dispositivos legais que regem as compras governamentais, encontrando na Procuradoria e no Controle Interno parceiros no processo de tomada de decisões. Além disso, ele deve buscar sempre o melhor interesse da administração pública, buscando aquisições com qualidade, preço justo e condições adequadas.

O direito define as regras e os procedimentos a serem seguidos pelo diretor. Por isso, é importante que os gestores tenham conhecimento das leis aplicáveis às compras de governo e sejam capazes de aplicá-las de forma eficiente.

O documento conhecido como “RCA - Riscos e Controles nas Aquisições” obtido no site do TCU origina uma visão do respectivo metaprocesso de aquisições, o qual se percebe como um ciclo, traduzindo-o na seguinte imagem:



Fonte: <http://www.tcu.gov.br/arquivosrca/ManualOnline.htm>

A importância de observar todo o ciclo de compras em sua inteireza é genuína, pois evita observações restritas e a atenção demasiada a um ciclo em detrimento de outro de mesma importância.

Conclusão

A visão estratégica é de vital importância no processo de aquisições governamentais, pois permite que o Estado estabeleça objetivos claros e identifique as necessidades mais urgentes. Uma visão estratégica bem ajustada ajudará o governo a identificar fornecedores confiáveis, com preços competitivos e capazes de aprovisionar produtos e serviços de qualidade, que são essenciais para o ideal funcionamento da repartição. Este processo, à longo prazo, por vias diretas e indiretas, resulta em economia de recursos públicos, transparência e redução da corrupção.

Além disso, como não poderia deixar de ser, a adoção de uma visão estratégica no processo de aquisições governamentais tem reflexos positivos na sociedade e no mercado. A entrega de serviços públicos de qualidade, aumenta a eficiência na gestão de recursos e

promove um ambiente de negócios mais justo e competitivo entre os licitantes e de certa maneira nas relações privadas.

Dessarte, acreditamos que a formação em Administração é fundamental para os gestores e servidores públicos, pois proporciona uma base sólida de conhecimentos técnicos e habilidades gerenciais necessárias para o bom desempenho de suas funções. A administração pública envolve a gestão de recursos financeiros, humanos e materiais, além da implementação de políticas públicas e programas governamentais. Portanto, os servidores e gestores precisam ter um conjunto competências gerenciais para desempenhar suas funções de maneira eficiente, que nem sempre é encontrada nos profissionais de outras áreas do conhecimento.

O professor Chiavenato sabiamente esclarece que a administração é "*o processo de planejar, organizar, dirigir e controlar o uso de recursos e competências a fim de alcançar objetivos organizacionais*" (CHIAVENATO, 2011, p.12), daí afirmarmos que agentes públicos envolvidos no controle interno do ente devem compreender o seu papel institucional, percebendo, figurativamente falando, que são eles "engrenagens" de um sistema e não "freios".

Outrossim, sem a expertise necessária dos princípios de gestão, planejamento estratégico, administração de projetos, gerenciamento de programas e liderança, dificilmente o indivíduo desempenhará com qualidade este importante múnus público. Para além de vocação, é exigido qualificação, posto que ajuda a garantir que as decisões e ações do governo sejam baseadas em critérios objetivos e em análises fundamentadas, evitando erros e desperdícios de recursos.

Uma equipe bem formada pode proporcionar aos gestores a capacidade de entender e responder às mudanças e desafios complexos que enfrentam no ambiente governamental, principalmente em relação ao tema compras públicas e implementação de um sistema voltado ao gerencialismo estratégico de aquisições.

REFERÊNCIAS

BIDERMAN, Rachel et al. (Orgs.). **Guia de compras públicas sustentáveis: uso do poder de compra do governo para a promoção do desenvolvimento sustentável**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008. (Iclei European Secretariat GmbH).

BRAGA, Ataíde. **Evolução estratégica do processo de compras ou suprimentos de bens e serviços nas empresas**. Disponível em: <<https://scholar.google.com.br/citations?user=7YMCsSkAAAAJ&hl=pt-BR&oi=sra>> Acesso em 01 de janeiro de 2023.

COSTA, Caio César de Medeiros e TERRA Antônio Carlos Paim. **Compras públicas: para além da economicidade**. Brasília: Enap, 2019.

CHIAVENATO, I. **Introdução à Teoria Geral da Administração**. 8.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. **Da constitucionalização do direito administrativo – Reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa**. Atualidades Jurídicas: Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB. Belo Horizonte, ano 2, n. 2, jan. / jun. 2012

FERRER, Florencia; SANTANA, Jair Eduardo. (Coord.) **Compras Públicas Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

FURTADO, L. R. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos**. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

GONZÁLEZ, Jorge; SALAZAR, Flor; ORTIZ, Raúl; y VERDUGO, Darwin. **Gerencia Estratégica: Herramienta para la Toma de Decisiones en las Organizaciones**. Revista de Estudios Interdisciplinarios em Ciencias Sociales - Universidad Privada Dr. Rafael Belloso Chacín, 2.018.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 469 - 472.

LIMA, Bruno Quick L. de. **O uso do poder de compra é uma política eficaz de desenvolvimento sustentável**. IN: FERRER, Florencia; SANTANA, Jair Eduardo. (Coord.) **Compras Públicas Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

MAINARDES, Emerson Wagner. FERREIRA, João. RAPOSO, Mário. **Conceitos de Estratégia e Gestão Estratégica: Qual é o Nível de Conhecimento Adquirido pelos Estudantes de Gestão?**. FACEF Pesquisa v. 14, n. 3, 2011.

MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SARTORI, Giovanni. **En defensa de la representación política**. Revista Claves, nº 91, abril 1999.

SANTANA, Jair Eduardo. (Coord.) **Compras Públicas Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

TEIXEIRA, Helio Janny et al. **Concentração de compras e melhoria da qualidade do gasto público no Brasil**. Brasília: VIII Congresso CONSAD de Gestão Pública, Painel 48/146, 2015.

DIVERSAS FORMAS DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

ANA GABRIELA DE AGUIAR LIMA:

Advogada. Especialista em Direito Civil e Empresarial pela UFPE. Especialista em Direito de Família e Sucessões pelo Complexo de Ensino Renato Saraiva. Pós-graduanda em Direito Penal e Criminologia pela PUC/RS. Membro da subcomissão de estudos sobre o Tribunal do Júri na OAB/PE.

RESUMO: O presente trabalho visa abordar sobre as mais diversas formas de violência contra mulher perpetradas ao longo da história, bem como aquelas presentes nos dias atuais, particularmente ocorridas no Brasil, com enfoque na legislação brasileira, discorrendo sobre como a lei e a doutrina se posicionam acerca do presente tema. Além disso, objetiva discutir e demonstrar como a legislação pátria aborda a violência contra mulher, as inovações trazidas pela legislação que alteraram o Código Penal Brasileiro, a respectiva aplicabilidade da lei, bem como suas penalidades. Neste presente trabalho, o método de abordagem utilizado foi o dedutivo e a técnica de pesquisa utilizada foi a bibliográfica. A violência contra a mulher é um tema tão atual e tão discutido nos mais diversos meios de comunicação, entretanto, sua ampla divulgação nas mídias, não faz cessar, nem inibir o agressor de praticar tais crimes vivenciados por milhares de mulheres todos os dias, de acordo com os relógios da violência. Pelo contrário, nem a exposição nas mais diversas mídias de comunicação, nem a lei e os seus efeitos punitivos, nem a moral, nem os bons costumes, fazem frear estes crimes de tamanha hediondez que se repetem todos os dias. Não há uma só corrente de pensamento que possa explicar a origem e a razão da prática destes delitos, se é que faz-se necessário justificar a maldade. Busca-se no presente trabalho demonstrar alguns desses crimes que assolam as mulheres diariamente, além de levar à reflexão para além da ciência do Direito a ocorrência de tais delitos.

PALAVRAS CHAVES: Violência contra mulher. Lei Maria da penha. Femicídio.

SUMÁRIO Introdução. 1. Evolução histórica dos direitos das mulheres no Brasil. 2. Algumas modalidades de violências praticadas contra a mulher. 3. Lei Maria da Penha. Considerações Finais. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

A história mundial e brasileira relata que a discriminação, preconceito e violência contra a mulher vem de muito tempo, desde os primórdios da humanidade. Alguns fariseus (religiosos dotados de falso moralismo) eram chamados de “os feridos e ensanguentados”

porque fechavam os olhos sempre que viam uma mulher na rua, e, por causa disso, trombavam com muros e casas enquanto andavam”⁶⁸ Todas as manhãs o fariseu começava o dia dando graças a Deus por não tê-lo feito “um gentio, uma mulher ou um escravo”⁶⁹

Entretanto, quando Jesus veio ao mundo, através de uma mulher, restaurou a identidade de todas as mulheres consideradas para Ele, sua imagem e semelhança. A sua bondade permitiu Maria estar assentada aos pés de Jesus, na condição de aluna, aprendendo de um Mestre (o próprio Jesus), sim, pois naquela época apenas os homens eram considerados cidadãos e poderiam se assentar aos pés (ser aluno) de um mestre, um rabino, a exemplo disto, temos o Apóstolo Paulo que foi educado aos pés de Gamaliel. O próprio Jesus veio ao mundo, sendo gerado no ventre de uma mulher que se dispôs ao propósito de gerar o Homem que dividiu a história (antes e depois de Cristo) e se colocou como servo do seu próprio Filho e Salvador. Jesus restabeleceu a dignidade da mulher perdida lá no jardim do Éden quando Adão e Eva pecaram, mas através de uma outra mulher, chamada Maria, desposada de um homem justo chamado José, o próprio Jesus restituiu o valor da mulher e as colocou novamente como protagonistas de suas histórias.

O presente trabalho visa demonstrar um recorte da discriminação e violência sofridas pelas mulheres, com enfoque no Direito brasileiro, porém sem deixar de refletir sobre toda violação, discriminação, violência e preconceito perpetrados contra as mulheres desde que o mundo é mundo.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS DAS MULHERES NO BRASIL

As primeiras legislações brasileiras que tratavam sobre o direito das mulheres, iniciando das ordenações Filipinas até o atual Código penal, versavam sobre crimes sexuais, entretanto a proteção não dizia respeito a honra da mulher, mas sobretudo a honra da família.

Segundo Valéria Diez Sacarance Fernandes, no tempo do Brasil Colônia (1500 a 1822) reinava no País um sistema patriarcal. As mulheres eram destinadas ao casamento e aos afazeres domésticos, com total submissão e obediência aos homens. Enquanto os homens dominavam a leitura, a escrita e o poder na tomada de decisões, o papel social da mulher “era, necessariamente, o de esposa e mãe dos filhos legítimos do senhor”. (FERNANDES, 2023)

⁶⁸ William Barclay, *Biblical Affirmation of Woman*, p. 163 Apud Sharon Janes, p.32, 2016

⁶⁹ Ainda Dina Besançon Spencer, *Beyond th curse*, p. 56 Apud Sharon Janes, p. 32, 2016

O que não retira necessariamente a dignidade da mulher ao exercer esses papéis de servir a sua família, de forma que estão arraigados na estrutura e na natureza da mulher, a sua função de auxiliadora, uma vez que, a mulher é responsável pela nutrição de seus filhos, tanto em termos de alimentação, pois um bebê é totalmente dependente da mãe, mas também nutrição de laços afetivos e organização do lar.

Contudo, nas importantes observações de Valéria Diez Sacarance Fernandes, a mulher se casava ainda muito jovem e o marido, escolhido pelo pai, era geralmente bem mais velho". O estudo era destinado apenas aos homens, havendo notícia que no século XVII, em São Paulo, apenas duas mulheres sabiam escrever seu nome. No âmbito legislativo, havia as Ordenações do Reino, dentre as quais as Ordenações Filipinas constituíram a legislação vigente até 1832. Neste Código Filipino, a religião, a moral e a divisão da sociedade em castas influíam diretamente na legislação, marcada pela crueldade das penas e desigualdade de tratamento das pessoas. (FERNANDES, 2023)

Ainda nas preciosas lições de Valéria Diez Sacarance Fernandes, trazendo à tona as ordenações Filipinas tem-se que:

"Com fundamento no Livro IV, Título LXI, § 9º e no Título CVII das Ordenações Filipinas, entendia-se que "a mulher necessitava de permanente tutela, porque tinha fraqueza de entendimento". Esta tutela correspondia ao tratamento jurídico dado à mulher: alguém não plenamente capaz. Os tipos penais relacionados à mulher protegiam sua religiosidade, posição social, castidade e sexualidade, com elevação da pena em razão da classe social dos envolvidos. O estupro estava tipificado no Título XVIII – "Do que dorme per força com qualquer mulher, ou trava dela ou a leva per sua vontade" – apenado com a morte. Mesmo se houvesse o casamento entre as partes, por vontade da vítima, a pena de morte era mantida¹⁰ (Título XVIII, item 1). Ao mesmo tempo em que se protegia a sexualidade da mulher, autorizava-se o homicídio da mulher surpreendida em adultério (Título XXXVIII). Nos termos do Código Filipino, o homem casado poderia licitamente matar a mulher e o adúltero, salvo se o marido fosse peão e o adúltero de maior qualidade. Se por um lado o tratamento da mulher como um ser inferior importava em absoluta falta de liberdade e submissão ao homem, por outro, havia um cuidado especial do legislador com a preservação de sua origem e de seus bens quando o marido era condenado, ainda que por crime de lesa majestade. Nesta hipótese, a infâmia praticada pelo pai atingia mais gerações do que a praticada pela mãe (Título VI, item 13)¹² e as mulheres inocentes conservavam seus direitos

patrimoniais. Assim, as filhas de traidores poderiam herdar bens de mães, outros parentes e receber testamentos (Título VI, item 14) e resguardava-se sua parte do patrimônio quando a mulher era casada com o traidor (Título VI, item 20), como a meação ou dote¹³. Apesar da crueldade e desigualdade de classes, pode-se afirmar que o Direito colonial continha algumas sementes de ideias de proteção da mulher como alguém que vive uma situação peculiar. Assim, a tutela do patrimônio das mulheres nos crimes de lesa majestade e a previsão de que o casamento não isentava o agente da pena pelo cometimento do estupro com força são disposições que correspondem a modelos atuais de proteção à mulher.” (FERNANDES, 2023)

No Brasil império, a Constituição Política do Império do Brasil, previa a igualdade de todos, homens e mulheres perante a lei, e deu início a alguns avanços em relação aos direitos das mulheres no campo social, estudantil, e do mercado de trabalho, ainda que de forma incipiente.

Nos ensinamentos de Valéria Diez Sacarance Fernandes, Já no início do Império, foi reconhecido o direito ao estudo, restrito ao ensino de primeiro grau e com conteúdo diverso daquele ministrado aos meninos. Nas escolas, o estudo destinado às meninas era voltado principalmente para “atividades do lar (trabalhos de agulha), em vez da instrução propriamente dita (escrita, leitura e contas). Na aritmética, por exemplo, as meninas só podiam aprender as quatro operações, pois para nada lhes serviria o conhecimento de geometria”. Somente em 1881, uma mulher frequentou curso superior e, em 1887, formou-se em medicina Rita Lobato Velho Lopes. Ainda para Valéria Diez, A legislação do Brasil era um reflexo da época. Teorias científicas sustentavam a inferioridade da mulher a partir das diferenças fisiológicas dos corpos. García Dauder e Eulalia Pérez Sedeño na obra “Las mentiras científicas sobre las mujeres” apud Valéria Diez, mencionam que, nos séculos XVIII e XIX, surgiram as seguintes teorias: – Teoria da conservação da energia: com base nessa teoria, as mulheres não deveriam estudar (principalmente ensino superior) porque o desgaste mental retirava a energia essencial para as funções menstruais e reprodutivas. Entendia-se que, com o estudo, havia um aumento do tamanho do cérebro e a redução dos ovários, o que prejudicava a maternidade. – Diferenças anatômicas do cérebro: o tamanho inferior do cérebro das mulheres demonstrava sua menor capacidade e “de nada serviriam campanhas em favor da educação superior das mulheres, pois nunca chegariam a alcançar homens nesse aspecto”. – Teoria darwinista: darwinistas sustentavam que a mulher era um homem que não havia evoluído completamente, tanto sob o aspecto físico quanto mental. (FERNANDES, 2023)

Quanto a matéria de Direito Penal, o Código Criminal do Império do Brasil, revogou a lei que autorizava o marido a matar sua esposa que houvesse cometido adultério, atitude monstruosa prevista nas Ordenações Filipinas. Entretanto, a legítima defesa da honra era permitida pela legislação da época, conforme ensina Valéria Diez:

“Sob o âmbito da sexualidade da mulher, repetiu-se a proteção à reputação social da vítima, que já se encontrava no Código Filipino. No capítulo II, sob a denominação “Dos crimes contra a segurança da honra”, havia: o estupro (arts. 219 a 225), o rapto (art. 226) e os crimes de calúnia e injúrias (arts. 229 a 246), como se todos tivessem o mesmo bem jurídico. Em todas as modalidades de estupro previstas, inclusive aquele cometido com violência, não se impunha a pena aos réus que se casassem com as ofendidas (art. 225). Caso não o fizessem, além da pena de desterro, degredo ou prisão, deveriam “dotar” a ofendida. O aspecto da honra está presente também nas elementares dos tipos do crime de estupro, em que havia a referência à “mulher virgem” (art. 219), à “mulher honesta” (art. 222 e 224) e à “prostituta” (art. 222), com penalidade reduzida em razão desta circunstância” (FERNANDES, 2023)

No Brasil republicano houve um avanço, ainda que de forma tímida quanto aos direitos das mulheres, no campo social, estudantil e do mercado de trabalho cumulando com suas funções de dona de casa, esposa e mãe.

Na constituição de 1824, apenas os homens possuíam ainda o direito ao voto. A Constituição de 1891, também é omissa e ainda não permitia o direito do exercício do voto para as mulheres. Somente com a constituição de 1934, quarenta e três anos depois, as mulheres puderam exercer seu direito ao voto. As constituições de 1937, 1946, 1967 e 1969 são omissas quanto a manifestação acerca dos direitos das mulheres. E por fim, com a Constituição de 1988, a chamada Constituição Cidadã, ocorreram algumas conquistas assegurando garantias às mulheres tais como: aumento da licença maternidade de três para quatro meses, ou seja cento e vinte dias; proteção a mulher no mercado de trabalho; assistência gratuita aos filhos do nascimento até os seis anos de idade em creches e pré-escolas; e por fim, a previsão no art. 5º, categorizada como direito fundamental, a igualdade de homens e mulheres perante a lei, tanto na vida civil, quanto no trabalho e na seara familiar.

Em resumo, sobre a evolução da situação da mulher na legislação brasileira, tem-se as Ordenações Filipinas (Código Filipino): - Pátrio poder e a incapacidade das mulheres; castigar as mulheres com pau e pedra, de forma moderada, era permitido (Livro V, Título 36, § 1º); Direito de matar nos casos de adultério; o Código Criminal do Império (1830): manutenção do crime de adultério para mulher e autorização para o homem, salvo se

constante a relação e pública; o Código Penal da República 1890: legítima defesa da honra; o Código Penal de 1941: manutenção da legítima defesa da honra: Apenas em 1991, a figura da legítima defesa da honra foi definitivamente afastada por decisão do Superior Tribunal de Justiça, sob o argumento de que a “honra” é atributo pessoal e, no caso, a honra ferida é a da mulher, que cometeu a conduta tida por reprovável (traição), e não a do marido ou companheiro que poderia ter recorrido à esfera civil da separação ou divórcio (Recurso Especial 1.517, 11.03.19 91). Quarenta e sete anos após, a Constituição Federal de 1988 e em seguida a Lei Maria da Penha (Lei 11340/2006).

2. ALGUMAS MODALIDADES DE VIOLÊNCIAS PRATICADAS CONTRA A MULHER

A Lei 12.015/2009 alterou o Título VI do Código Penal brasileiro, anteriormente chamado dos crimes contra os Costumes, passando a tratar Dos Crimes contra a Dignidade Sexual e Dos Crimes contra a Liberdade Sexual no seu capítulo I. Como o presente artigo trata de violência contra a mulher, todos os tipos penais elencados a seguir serão direcionados para a vítima mulher como sujeito passivo:

Estupro

“... Alguns dias depois, o jornal local relatou mais uma surpreendente história de sequestro. Um casal – eram casados – voltava para casa em sua lambreta. Alguns homens pararam os dois na estrada e levaram a mulher. O marido foi para casa sem contar a ninguém. Na manhã seguinte, ela voltou para casa, foi até a cozinha, despejou querosene em si mesma, acendeu um fósforo e se consumiu em chamas. Segundo o artigo, o marido não interveio.” (Abdulali, 2019).

“...Estupro é o único crime diante do qual as pessoas reagem querendo aprisionar as vítimas” (Abdulali, 2019).

Segundo a economista e socióloga Sohaila Abdulali, traz o conceito de estupro como: “Estupro. A palavra é muito rude. Em hindi, *balatkaar*. Em finlandês, *raiskata*. Em indonésio, *memperkosa*. Em árabe, *aightsab*. Em esloveno, *posilstvo*. Em zulu, *ukudlwengula*. A palavra inglesa *rape* provavelmente vem do latim *rapere* – arrebatara, levar embora. Nos últimos setecentos anos, significa “tomar à força...” (Abdulali, 2019).

De fato, este crime hediondo, infelizmente é praticado diariamente contra mulheres no Brasil e no mundo deixando marcas e sequelas físicas e psicológicas por toda a vida.

O Código penal brasileiro no seu artigo 213, define estupro como o fato de constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso, tendo como pena de reclusão, de seis a dez anos.

Nas palavras do Professor Rogério Sanches Cunha, tutela-se a dignidade sexual da vítima, constrangida mediante violência ou grave ameaça. O vocábulo estupro, no Brasil, se limitava a incriminar o constrangimento de mulher à conjunção carnal. Outros atos libidinosos estavam tipificados no artigo seguinte, que protegia, também, o homem. Resolveu o legislador, com a edição da Lei 12.015/2009, seguir a sistemática de outros países (México, Argentina e Portugal), reunindo os dois crimes num só tipo penal, gerando, desse modo, uma nova acepção ao vocábulo estupro, hoje significando não apenas conjunção carnal violenta, contra homem ou mulher, (estupro em sentido estrito), mas também o comportamento de obrigar a vítima, homem ou mulher, a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. (SANCHES, 2020)

Por fim, outra modalidade bastante recorrente que mulheres enfrentam todos os dias quando saem para trabalhar ou estudar e se deparam com os abusadores de transportes públicos que existem aos montes e não é de hoje que as mulheres sabem disso, em geral por já terem passado por algum tipo de experiência similar às que eu descrevi. Uma pesquisa feita pelos institutos Patrícia Galvão e Locomotiva, em fevereiro de 2019, entrevistou 1.081 mulheres com dezoito anos ou mais, em todas as regiões do país, que usaram transporte público ou privado nos três meses anteriores à pesquisa. Os entrevistadores apresentaram a elas uma lista de situações constrangedoras, abusivas, ou criminosas, desde olhares insistentes até recorrentes “encoxadas” e os estupros. O resultado foi que simplesmente 97% das mulheres afirmaram ter passado, pelo menos uma vez, por uma situação dessas, seja em ônibus, trens, metrô, ou em táxis e carros de aplicativos de transporte particular. Quarenta e um por cento delas relataram já ter trocado de lugar no transporte coletivo por medo, depois de serem encaradas sem trégua por algum homem. Há ainda as cantadas indesejadas, os comentários de cunho sexual, os homens que passam a mão pelo corpo da passageira, os que se masturbam, os que fazem gestos obscenos ou mostram as partes íntimas, os que fotografam mulheres sem autorização e até os que beijam à força. Um por cento das entrevistadas contou ter sido vítima de estupro com penetração no transporte por aplicativo. (ARAÚJO, 2020)

Estelionato Sexual ou Stealthing

De acordo com o artigo 215 do Código Penal, ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima tem como pena de reclusão, de dois a seis anos.

Nas lições do Professor Rogério Sanches, chama-se **stealthing** (dissimulação, em português) a conduta de alguém retirar preservativo durante a relação sexual sem o consentimento da parceira. Entre os estudiosos estrangeiros, temos opiniões no sentido de que o fato poderia ser etiquetado como estupro, tanto que existe uma condenação nesse sentido na Suíça. O fundamento para essa decisão foi a condicionalidade do consentimento, ou seja, a vítima que estava praticando a relação sexual só havia consentido com a condição que o preservativo fosse utilizado. A retirada do preservativo durante o ato sexual sem que a outra pessoa percebesse caracterizou um vício de consentimento que tornou criminoso um ato sexual até então indiferente em termos criminais. No Brasil, as circunstâncias do fato é que devem indicar a tipificação correta: 1) O ato sexual é consentido, um dos parceiros o condiciona ao uso de preservativo, mas o agente, durante o ato, retira a proteção prometida. Percebendo a negativa séria e insistente da parceira, ele continua na prática do ato de libidinagem, usando violência ou grave ameaça: tipifica-se, no caso, o crime em estudo, hediondo, sofrendo todos os consectários da Lei 8.072/90. 2) O ato sexual é consentido, desde que mediante o uso de preservativo, mas o agente, durante o ato, sorrateiramente retira a proteção e continua até a sua finalização, assim agindo sem que a parceira perceba: nessa situação, não se cogita do crime de estupro, pois ausentes os meios típicos de execução: violência física ou moral. Pode caracterizar-se o art. 215 do CP, sem empenho de qualquer espécie de violência, pratica com a vítima ato de libidinagem (conjunção carnal ou ato diverso de natureza libidinosa), usando de fraude. O crime não é hediondo, razão por que não sofre as consequências anunciadas na Lei 8.072/90. (SANCHES, 2020)

Feminicídio

A Lei 13.104 de 09 de março de 2015, altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos, sendo fechado seu regime inicial para cumprimento da pena.

Ao alterar o Código Penal, o legislador criou um novo tipo penal. Ao delito de homicídio (CP, art.121) foram acrescentadas uma qualificadora e uma majorante. Ou seja, como o nome feminicídio, é considerado homicídio qualificado o crime praticado contra a mulher em razão de ela ser de sexo feminino, cuja pena é de 12 a 30 anos de reclusão. Tal circunstância é reconhecida quando o crime envolve violência doméstica e familiar, menosprezo ou discriminação à condição de mulher (CP, art.121,§2ºA) (DIAS, 2021)

De acordo com a Lei 13.104/15, considera-se feminicídio o crime praticado contra a mulher por razões da condição do sexo feminino.

Para configurar feminicídio, como se percebe do dispositivo acima transcrito, não basta que a vítima seja mulher. A morte tem que ocorrer por “razões da condição de sexo feminino” que, por sua vez, foram elencadas no § 2º-A do art. 121 do Código Penal como sendo as seguintes: violência doméstica e familiar contra a mulher, menosprezo à condição de mulher e discriminação à condição de mulher. (BAZZO; BIACHINI; CHAKIAN, 2023)

Considera-se também que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolver violência doméstica e familiar, e menosprezo ou discriminação à condição de mulher. Além disso, a pena do crime é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado durante a gestação ou nos três meses posteriores ao parto, contra pessoa menor de catorze anos, maior de sessenta anos ou com deficiência, ou ainda na presença de descendentes ou de ascendentes da vítima.

Quanto a origem do Feminicídio, a antropóloga mexicana Marcela Lagarde y de Los Ríos (apud CHAKIAN, 2018) foi responsável por atribuir ao vocábulo femicídio, difundido pelas americanas Diana Russell, Jill Radford, dentre outras, conceito mais abrangente, tendo denominado como feminicídio, o conjunto de violações aos direitos humanos das mulheres, no contexto de inexistência ou debilidade do Estado de Direito, num quadro de violência sem limites. Em outras palavras, um conjunto de delitos de lesa humanidade, que compreende violências, sequestros e desaparecimento de mulheres num espectro de colapso institucional, revelando-se também um delito de Estado, que ocorre em tempos de guerra e em tempos de paz. A partir de sua definição, Lagarde (apud CHAKIAN, 2018) sustenta que o feminicídio pode ser praticado pelo atual ou ex-parceiro da vítima, parente, familiar, colega de trabalho, desconhecido, grupos de criminosos, de modo individual ou serial, ocasional ou profissional; e, em comum, denota intensa crueldade e menosprezo para com as mulheres, tratadas como mero objetos e, portanto, descartáveis, destituídas de direitos. Cuida-se de verdadeiro crime de ódio contra as mulheres, para o qual também concorre a negligência e omissão das autoridades encarregadas de prevenir e erradicar esses delitos, razão pela qual o feminicídio seria também um crime de Estado. Na análise do que denominou “teoria del feminicídio”, a também antropóloga Rita Laura Segato (apud CHAKIAN, 2018) ressalta que esse impulso de ódio com relação à mulher se explica como consequência à violação feminina às duas leis do patriarcado: a norma de controle e possessão sobre o corpo feminino e a norma de superioridade, de hierarquia masculina. Dessa forma, a reação de ódio surge quando a mulher exerce autonomia no uso do seu corpo, desrespeitando regras de fidelidade ou de celibato. Ou, ainda, quando a mulher ascende posições de autoridade, de poder econômico ou político, tradicionalmente ocupadas por homens, desafiando o equilíbrio assimétrico. (BAZZO; BIACHINI; CHAKIAN, 2023)

Por fim, a competência para julgamento de processos que envolvam o crime de feminicídio são das Varas do Tribunal do Júri, e além disso, o juízo da Vara do Júri pode conceder as medidas protetivas de urgência, previstas na Lei Maria da Penha. (DIAS, 2021)

3. A LEI MARIA DA PENHA

Eis uma parte do relato da história de Maria da Penha Maia Fernandes, mulher que, devido as diversas violências praticadas pelo seu marido, culminou em uma das mais importantes leis do país no que diz respeito a proteção das mulheres:

“No período compreendido entre 1973 e 1977, permaneci na cidade de São Paulo, a fim de fazer o meu curso de mestrado na Universidade de São Paulo, a prestigiosa USP, custeada por uma bolsa de estudos. Para complementar a minha renda salarial, responsabilizei-me, como farmacêutica, pelo funcionamento de uma grande farmácia pertencente ao grupo Farmasil. Posteriormente, mediante concurso público, assumi a função de farmacêutica-bioquímica do Banco de Sangue do Hospital do Servidor Público do Estado de São Paulo. A decisão de ir para essa metrópole fazer mestrado deu-se quando eu já estava definitivamente separada, após um casamento que havia durado cinco anos, e me trouxera decepções. Apoiada por meus pais, viajei com um sentimento de segurança, pois colegas meus de faculdade estavam cursando mestrado na mesma universidade. Passei a viver na cidade universitária, dividindo o alojamento com duas economistas, uma do Rio Grande do Norte, terra de meu pai, e outra, pernambucana. No início, não existia a solidão, tudo era novidade. Eu tinha muitos amigos e amigas, e, geralmente, nos finais de semana, almoçávamos juntos em algum restaurante do bairro de Pinheiros ou na residência de um colega, quando conversávamos sobre nossos estudos, música, cultura em geral. Como o círculo de amizades era constituído por estudantes oriundos de diferentes partes do Brasil e do exterior, as turmas se encontravam nesses fins de semana, participando de reuniões tanto de trabalho como de lazer. Mas, principalmente, recordávamos nossa terra de origem, nossas famílias, amigos, e tudo o que nos trazia saudades. E aprofundávamos nossas amizades. A assiduidade dos encontros favoreceu que alguns namoros surgissem desse intercâmbio sociocultural. Foi através desses amigos que, numa comemoração de aniversário na casa de dois colombianos do nosso círculo de amizades, conheci Marco Antônio, também bolsista,

recém-chegado da Colômbia. Ele não falava português, e essa fragilidade o tornava mais interessante, pois todos queríamos ajudá-lo. Ainda mais, eu, vinda de uma família nordestina, região onde prevalece o sentimento de hospitalidade que minha mãe sempre demonstrou em suas condutas. Mas ele não tinha aspecto frágil, ao contrário, frequentava ginásios esportivos, e não causava a menor sensação de haver algum distúrbio em seu temperamento, dava mesmo uma boa impressão a quem o conhecesse. Não senti por Marco o que costumamos chamar de amor à primeira vista. Fomos nos conhecendo paulatinamente, como amigos, e só depois consolidamos o nosso namoro. Quando isso aconteceu, Marco vinha ver-me todas as noites, depois da faculdade. Nos finais de semana, habilidoso para serviços de manutenção, sempre se dispunha a fazer reparos no apartamento que eu dividia com as colegas: ora consertava uma fechadura, ora um chuveiro elétrico ou um ferro de engomar... Sua maneira educada e suas habilidades angariavam a simpatia dos que nos rodeavam. Muitos me parabenizavam por namorar uma pessoa tão atenciosa, gentil e premedada. Certa vez, a mãe de uma colega chegou a lamentar que Marco não tivesse escolhido a sua filha como namorada. Esses fatos e observações reforçaram minha convicção de que, caso nosso casamento se consumasse, teríamos grandes chances de sermos felizes. Quando as pessoas se encontram envolvidas sentimentalmente, tornam-se mais generosas. Eu não fugi à regra e atendia prontamente todas as dificuldades financeiras de Marco, exatamente porque durante o período em que vivi na capital paulista minha situação econômica foi sempre melhor do que a dele. Na condição de namorada, me antecipava e cobria suas despesas extras, pois o que ele ganhava como bolsista não lhe permitia gastos com cinema, passeios ou jantares. A sua situação financeira piorou ainda mais quando, segundo ele, por razões burocráticas, sua bolsa de estudos não foi renovada em tempo hábil e, por isso mesmo, suspensa. A partir daí, assumi todos os seus gastos em razão de sua família, numerosa e de poucos recursos, não ter condições de ajudá-lo, conforme ele me afirmara. Eu não conhecia sua família, que vivia em Bogotá, capital da Colômbia. Ao passar dos dias, como as dúvidas em relação aos nossos sentimentos não existiam mais, decidimos nos unir. Apesar de ser colombiano, ele preferiu que nos casássemos no consulado da Bolívia, por procuração, através de um escritório de advocacia. Não poderia ser um casamento brasileiro devido ao meu estado civil de desquitada, pois não havia ainda o divórcio em nosso país, criado,

através de Emenda Constitucional, em 28 de junho de 1977. Marco declarava ser solteiro. Não houve pompas no casamento, nem festas; o fato foi comunicado através de cartas para as nossas famílias, que desejaram muita harmonia e felicidade ao casal. Tampouco houve lua de mel, e fomos residir no apartamento onde eu já morava, no bairro Itaim Bibi, pois era relativamente perto ao meu local de trabalho e da universidade. A notícia de uma gravidez deixou-nos muito felizes. Apesar de toda a luta diária que é comum na vida de jovens bolsistas, distantes de suas famílias, conseguimos organizar uma nova realidade para que nossa criança pudesse encontrar uma vida calma e saudável, dedicando-lhe o mais precioso afeto. Após o nascimento da nossa primeira filha, finalmente Marco conseguiu encaminhar a documentação necessária para sua naturalização, já que, pelas leis brasileiras, para um estrangeiro ser naturalizado é necessário que constitua família no Brasil. Esse era um dos objetivos que Marco perseguia. Ao se naturalizar, dentre outras vantagens ele seria beneficiado pelas oportunidades de trabalho que o nosso país oferecia, bem como se desligaria dos laços de responsabilidade em relação a um filho seu, nascido na Colômbia, detalhe este que eu viria a saber alguns anos depois da nossa união. Meu marido demonstrava afeto por mim e também pela filha. Era uma vida sacrificada, com muitas ocupações, mas minha mãe conseguiu-nos uma babá, a simpática Jovandira, sobrinha de Dona Olímpia, uma querida funcionária do Instituto de Previdência do Estado do Ceará (IPEC), que era de grande ajuda. Após alguns meses, face à necessidade de levar nossa filha até a creche do hospital onde eu trabalhava, comprei, com recursos advindos de uma poupança minha, um Chevette, ano 1975. A principal finalidade era a de facilitar a vida em relação a nossa filha. Depois de deixar-nos no Hospital do Servidor, no bairro Vila Mariana, Marco ia para a Faculdade de Economia e Administração da USP, onde trabalhava em sua tese de mestrado. No fim da tarde, ele ia nos buscar e voltávamos para o apartamento, com nossa filha querida. A compra do carro contribuiu para que ele aceitasse ser professor no turno da noite, creio que numa faculdade de economia. Quando Marco concluiu o curso de mestrado em administração, tentou conseguir emprego, enviando o seu currículo para empresas paulistas e comparecendo a algumas entrevistas, mas foi em vão: além da sua condição de estrangeiro não naturalizado, a concorrência era grande. Depois de muitas conversas, decidimos

morar em Fortaleza. O aumento das despesas, a constatação de uma segunda gravidez e as dificuldades que Marco enfrentava para conseguir sua estabilização econômica justificaram a nossa volta para minha cidade natal. Isso ocorreu tão logo defendi tese de mestrado pela Faculdade de Ciências Farmacêuticas. Também eu sentia saudades da minha terra, do cheiro do mar, da família, de uma vida mais pacata e segura, ansiava por uma casa espaçosa e acolhedora para que as crianças pudessem crescer com qualidade de vida. Do lado financeiro, eu sabia que em Fortaleza o custo de vida era mais ameno. Além disso, eu possuía um terreno no bairro Papicu, onde poderíamos construir uma casa por meio de financiamento bancário. Chegando a Fortaleza, reassumi a minha função de farmacêuticobioquímica do Instituto de Previdência do Estado do Ceará, de onde estivera licenciada, e começamos a procurar um emprego para Marco. Por intermédio da minha amiga Janice, consegui uma carta de recomendação feita por um dirigente de empresa. Apresentada ao Centro de Apoio à Pequena e Média Empresa, CEAG, hoje Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas, SEBRAE, a carta possibilitou ao Marco seu primeiro emprego no Brasil, como economista. Nossa situação melhorou, como prevíamos, mesmo porque, a título de cooperação, ficamos por mais de três anos sem despesas com o aluguel da casa em que residíamos, pois, meus pais nos ajudaram nesse sentido. Após assumir o novo emprego, os contatos profissionais de Marco foram se ampliando, e a sua vaidade pessoal, também. Pouco a pouco, ele se integrou ao meu seleto círculo de amizades, sempre muito solícito, sem revelar interesses pessoais. Foi, ainda, através do CEAG que Marco expandiu-se profissionalmente, atuando depois no Centro de Treinamento e Desenvolvimento da Universidade Federal do Ceará, CETREDE; assim como na Fundação José Augusto e na Universidade do Rio Grande do Norte, ambas localizadas em Natal. A partir do momento em que Marco foi naturalizado e se estabilizou profissional e economicamente, modificou totalmente o seu modo de ser. O companheiro, até então afável, transformou-se numa pessoa agressiva e intolerante, não só em relação a mim, mas também às próprias filhas. Os meus pareceres já não eram solicitados, a troca de informações não mais fazia parte do nosso convívio. Ele não me permitia opinar, como mãe, o que melhor convinha para minhas filhas. Lembro-me que, certa ocasião, Marco plantou no jardim da nossa casa uma espécie de cacto. Minha filha mais velha, ao brincar, caiu sobre essa planta espinhosa e sentiu-se incomodada ante a

penetração, no seu corpo, de inúmeros pelos transparentes, irritantes, provocando-lhe urticária. Quando mencionei a Marco a necessidade de ele mesmo retirar do jardim o cacto que plantara, ante o perigo que representava para suas filhas, ele respondeu: “Não! Evite que as crianças se aproximem do local!” “Mas, como” retruquei, “se é este o espaço onde elas costumeiramente brincam?” No dia em que, novamente, umas das minhas filhas foi vítima da planta, irritado pelo fato de eu estar insistindo para que a retirasse do jardim, Marco tomou o prato com o qual eu dava refeição a minha segunda filha e o jogou contra a parede, como ele costumava fazer nos momentos em que se sentia contrariado. Ante mais essa tentativa infrutífera de retirar aquela planta perigosa, através do diálogo, não me restou alternativa senão a de destruí-la de um modo que me ocorreu, regando-a com água fervente. Desse modo foi me possível preservar as crianças de novos acidentes e restituir-lhes a segurança dentro do espaço de suas brincadeiras. Eram muitos os caprichos de Marco. Ceder a eles se constituía, para mim, num misto de medo e esperança: medo da sua agressividade, esperança de que a minha aquiescência lhe tocasse o coração e ele reconsiderasse o seu proceder em relação a mim e às filhas. A mistura desses sentimentos confundia-me e, ao mesmo tempo, causava-me revolta, quando eu verificava que os esporádicos comportamentos aceitáveis de Marco só aconteciam para atender às suas conveniências, aos seus interesses. O meu pensamento me conduzia aos tempos universitários: onde estava o homem gentil e atencioso a quem eu entregara o mais puro dos meus sentimentos? Onde estava o companheiro que eu julgara ter encontrado para partilhar um relacionamento harmônico, maduro e duradouro? A mudança brusca no comportamento de Marco me levava a suspeitar que todas aquelas qualidades e sentimentos iniciais haviam sido forjados para atingir objetivos outros. Aos poucos, fui percebendo que a naturalização de Marco e as possibilidades de se projetar social e profissionalmente o tinham conduzido a uma união de conveniência. Essa minha observação era tão procedente que explicava o fato de que, a partir do momento em que os seus objetivos foram alcançados, Marco não se importava mais de mostrar sua face mesquinha e violenta. No íntimo, eu desejava ardentemente que tudo voltasse a ser como antes, quando reinava a paz em nossa convivência. Eu sofria tanto, sentia-me tão perdida, que apelei para

psicólogos e para a religiosidade, participando, inclusive, do Movimento Familiar Cristão, entidade que trabalha com a participação de laicos na Igreja, em busca de uma fraternidade entre todos os membros da grande família humana. Mas tudo foi em vão.” (FERNANDES, 2012).

A Lei Maria da Penha trata da violência praticada contra a mulher no contexto do convívio familiar ou das relações afetivas.

Sobre as relações íntimas de afeto, a Professora Maria Berenice Dias, ensina que a lei empresta proteção íntima de afeto (LMP, art. 5º, III), na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. Diante desta nova realidade não há como restringir o alcance da previsão legal. Não importa o período do relacionamento e nem o tempo decorrente desde o seu rompimento. Basta a comprovação de que a ação agressiva decorreu da relação de afeto. (DIAS, 2021)

Ainda sobre as relações íntimas de afeto, o Professor Rogério Sanches Cunha leciona no mesmo sentido ao afirmar que a lei é clara ao assegurar a proteção da vítima em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação, isto é, dispensando os envolvidos viverem sob o mesmo teto. A coabitação, aliás, é dispensável em todas as situações anunciadas pelo art. 5º. da Lei. Nesse sentido, como já alertado anteriormente, o teor da Súmula n. 600 do Superior Tribunal de Justiça, in verbis: “Para configuração da violência doméstica e familiar prevista no artigo 5º da Lei 11.340/2006, Lei Maria da Penha, não se exige a coabitação entre autor e vítima”. (SANCHES, 2023)

Para o reconhecimento da violência doméstica, preocupou-se a Lei Maria da Penha em identificar seu âmbito de incidência. Assim, define unidade doméstica (LMP, art. 5º, I) espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas. A expressão “unidade doméstica” deve ser entendida como conduta praticada em razão dessa unidade da qual a vítima faz parte. Segundo Alice Bianchini, unidade doméstica abarca também as pessoas mulheres tuteladas, curateladas, sobrinhas, enteadas e irmãs unilaterais. (DIAS, 2021)

Para o Professor Rogério Sanches, a agressão no âmbito da unidade doméstica compreende aquela praticada no espaço caseiro, envolvendo pessoas com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas, integrantes dessa aliança (insere-se, na hipótese, a agressão do patrão em face da funcionária doméstica). A violência no âmbito da família engloba aquela praticada entre pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar, podendo ser conjugal, em razão de parentesco (em linha reta e por afinidade), ou por vontade expressa (adoção). A propósito, o Enunciado 2, do Fonavid (Fórum Nacional de Juízes de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher), prevê in verbis: “Inexistindo

coabitação ou vínculo de afeto entre agressor(a) e ofendida, deve ser observado o limite de parentesco estabelecido pelos artigos 1.591 a 1.595 do Código Civil, quando a invocação da proteção conferida pela Lei 11.340/2006 decorrer exclusivamente das relações de parentesco”. De acordo com a Súmula 600 do STJ, “Para configuração da violência doméstica e familiar prevista no artigo 5º da lei 11.340/2006, lei Maria da Penha, não se exige a coabitação entre autor e vítima” (SANCHES, 2023)

Neste sentido, segue entendimento jurisprudencial:

“1. De acordo com o entendimento desta Corte Superior, a agressão perpetrada pelo irmão contra a irmã incide na hipótese de violência praticada no âmbito familiar, tipificado no art. 5º, II, da Lei nº 11.340/06. Precedentes. 2. “Ademais a análise da demanda, na intenção de averiguar se a violência se deu em razão de gênero e em contexto de vulnerabilidade, demandaria o reexame fático-probatório, providência obstada pela Súmula n. 7 deste Superior Tribunal” (AgRg no REsp 1574112/GO, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 7/11/2016). (...)5. Agravo regimental a que se nega provimento. ((STJ - AgRg no AREsp: 1437852 MG 2019/0029089-0, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Julgamento: 18/02/2020, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/02/2020).

De acordo com a Professora Maria Berenice Dias, figuram como atores da violência nas relações de parentesco, é possível reconhecer assim a agressão do cunhado contra cunhada, entre irmãs ou entre ascendentes e descendentes tem admitido a imposição de medidas protetivas. No que tange ao sujeito passivo – ou seja, a vítima da violência – há a exigência de uma qualidade especial: Ser Mulher. Mas não basta esta condição. O STJ tem exigido que reste comprovado que a motivação do agressor seja de gênero, ou que a vulnerabilidade da ofendida seja decorrente da sua condição de mulher. A incidência da Lei Maria da Penha não se cinge a agressões masculinas contra esposas ou companheiras. Estão no âmbito de abrangência do delito de violência doméstica e podem integrar o polo passivo da ação delituosa esposas, companheiras ou amantes, bem como a mãe, as filhas, as netas do agressor, e, também a sogra, a avó ou qualquer outra parente que mantém vínculo familiar com o agressor. A agressão do pai contra a própria filha está ao abrigo da Lei Maria da Penha. (DIAS, 2021)

O ciclo de violência contra a mulher baseia-se em três momentos distintos: Aumento de tensão: quando há o aumento de tensão, ou seja, tensões acumuladas no dia a dia, as injúrias e as ameaças feitas pelo agressor, criando uma sensação de perigo;

Momento de explosão, quando o agressor maltrata a vítima física e psicologicamente, e por fim a fase da lua de mel, momento em que o agressor enche a vítima de carinho e atenções, pede desculpas pelas agressões, prometendo mudar e muitas mulheres acabam aceitando e acreditando.

Entre as formas de violência descritas na Lei Maria da Penha, estão a violência física, patrimonial, sexual, psicológica e moral.

O artigo 7º da referida lei preceitua violência física, aquela entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal.

Quando inexistem elementos probatórios para a concessão de medida protetiva, basta a palavra da vítima. Dispõe de presunção de veracidade. Ocorre a inversão do ônus probatório. Cabe ao réu comprovar que não agrediu a vítima. Apesar de se tratar de prova negativa, difícil de ser produzida, empresta-se mais credibilidade à palavra de quem procedeu ao registro da ocorrência. Não é necessária a presença de hematomas, arranhões, queimaduras ou fraturas. Mas quando a violência física deixa sinais ou sintomas, sua identificação é facilitada. Para concessão de medida protetiva, não é necessária a existência de corpo de delito. Na esfera penal, este é elemento indispensável para a comprovação da materialidade do crime de lesões corporais. (DIAS, 2021)

A violência psicológica está preceituada no art.7º, II da referida lei e é entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação.

Já o inciso III, do mesmo artigo, trata da violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos.

Por sua vez, a violência Patrimonial contida no art. 7º, IV é entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades. E por fim, a

violência moral que se trata de uma agressão a autoestima da mulher, concomitante a violência psicológica ensejadora de dano moral, consiste em qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

Ao concluir, necessário se faz esclarecer que a Lei Maria da Penha não é uma simples lei, é um precioso estatuto, não somente de caráter repressivo, mas, sobretudo, preventivo e assistencial. Verdadeiro microssistema que visa coibir a violência doméstica trazendo importantes mudanças. Apesar de não ser uma lei penal, nítido o seu colorido penalizador, ao tratar com mais rigor as infrações cometidas contra a mulher, no âmbito familiar, doméstico e em relações íntimas de afeto. Enquanto no processo penal comum vige o princípio *in dubio pro reo*, no caso de violência doméstica, vigora o *in dubio pro mulher*. Pela primeira vez é emprestada credibilidade à palavra da mulher. (DIAS, 2021)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Estamos vivendo uma crise humana. Os tempos líquidos, os relacionamentos líquidos como bem ensinam Bauman, trazem essas nefastas consequências ao ser humano, em especial, ao sexo feminino. Aliás, perpetua e se acentua nos dias atuais, pois não há mais valorização e apreço pelo ser humano. Os relacionamentos rápidos e vazios muitas vezes terminam nesses tristes cenários de violência contra a mulher, entretanto, não se limita a estes, existem mulheres que sofrem violência doméstica durante anos dentro do próprio casamento ou no seio familiar, de forma velada, sem o conhecimento de ninguém. A crise de identidade que paira nesta atualidade, as mais variadas formas de famílias que estão disfuncionais, que não se dedicam a exercerem seus papéis de pais, mães e filhos, buscando um amadurecimento como ser humano e cidadãos, resultam nas tristes e infundáveis estatísticas, porque sabe-se que a família é o berço da sociedade e se a família está disfuncional, por consequência, toda sociedade será disfuncional. Além disso, sabe-se que a mulher é diariamente agredida em suas mais variadas formas dentro do "lar", lugar que deveria proporcionar segurança e acolhimento, bem como, nas suas relações de "afetos". E que muitas vezes, permanecem inseridas no ciclo da violência por dependência emocional e/ou financeira, principalmente quando se há filhos envolvidos dos respectivos relacionamentos.

Logo, percebe-se que apesar dos avanços na defesa e proteção da mulher, ainda há pouca eficácia das leis e das políticas de enfrentamento à violência contra mulher. Sendo assim, a defesa contra a mulher deve ser mais fortemente combatida pelo Estado e por toda a sociedade. Precisa-se de uma mobilização de vários atores da sociedade para romper com ciclos que se repetem há anos. Mulheres que ajudam mulheres, homens que defendem mulheres. Faz-se necessário uma educação na formação da cultura da criança desde a tenra infância, ensinando meninos a respeitarem meninas e a tratá-las bem, bem

como pais que ensinem as meninas, ainda crianças a se posicionarem sobre os seus valores a fim de se auto prevenirem de situações de abuso, perpassando pela educação sexual infantil adequada para sua idade física e psicológica, considerando serem pessoas em formação, além do ensino da inteligência emocional com fito de na vida adulta evitarem relacionamentos que contenham dependência emocional, ou relacionamentos com parceiros violentos, ajuda essa, que pode ser obtida de forma multidisciplinar através da psicologia, de profissionais da saúde, da educação doméstica, além da constante discussão sobre o tema nas escolas e universidades. E por fim, buscando uma forma efetiva de prevenção e punição para os agressores, tem-se atualmente delegacias de polícias especializadas para atendimento da mulher (DEAMS) em situação de vulnerabilidade, ameaça ou agressão, além do Ministério Público e do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABDULALI, Sohaila – **Do que estamos falando quando falamos de estupro/** Solaya Abdulali; tradução Luis reyes Gil. –1. – São Paulo: Vestígio,2019

ARAÚJO, Ana Paula, 1972 – **Abuso: A cultura do Estupro no Brasil/ Ana Paula Araújo-** 1. Ed. – Rio de Janeiro: Globo livros, 2020.

BAZZO, Mariana; BIACHINI, Alice; CHAKIAN, Silvia. **Crimes contra Mulheres – Lei Maria da Penha. Crimes Sexuais. Feminicídio. Violência política e de gênero.** 5ª edição revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Editora Juspodvim, 2023.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acessado em 25 de março de 2023.

Código Penal Brasileiro. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acessado em 26 de março de 2023.

CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS. disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/constituicoes-brasileiras>. Acessado em 25 de março de 2023.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça / Maria Berenice Dias** – 7. Ed. Ver. E atual. – Salvador: Editora Juspodvim, 2021.

FERNANDES, Maria da Penha Maia **Sobrevivi: posso contar / Maria da Penha.** - 2ª reimp - 2. ed. – Fortaleza: Armazém da Cultura, 2012.

FERNANDES, Valéria Direz Scarance, **Lei Maria da Penha – O processo no caminho da efetividade.** 4ª Edição revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Editora Juspodvim, 2023.

JAYNES, Sharon – **Jesus e as Mulheres: o que ele pensa de nós/** Sharon Jaynes; tradução Maria Emília de Oliveira – 1. Ed. – São Paulo: Mundo Cristão, 2016.

Lei 13.104/2015 – Femicídio. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm. Acessado em 26 de março de 2023.

SANCHES, Rogério Cunha; BATISTA Ronaldo Pinto. **Violência Doméstica Lei Maria da Penha – 11.340/2006 Comentada artigo por artigo.** 13ª edição revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Editora Juspodvim, 2023.

SANCHES, Rogério Cunha. **Manual de Direito Penal – Volume único.** 12ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Juspodvim, 2020.

ANÁLISE SOBRE O INSTITUTO DO DIÁLOGO COMPETITIVO: EXPECTATIVAS E DESAFIOS

LUIZ HENRIQUE ALVES BERTOLDI:

Mestrando em direito administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (COGEAE). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.⁷⁰

LEANDRO MORAES LEARDINI⁷¹

(coautor)

Resumo: Análise da modalidade licitatória do diálogo competitivo, instituída pela Lei 14.133/21, sobre as vantagens e expectativas em relação a sua implementação, bem como os riscos e desafios que se apresentam para que tal instituto seja efetivamente aplicado e possa contribuir na eficiência das contratações públicas.

Palavras-Chave: Lei 14.133/21. Modalidade licitatória. Diálogo Competitivo. Eficiência das contratações públicas.

ANALYSIS ON THE INSTITUTE OF COMPETITIVE DIALOGUE: EXPECTATIONS AND CHALLENGES

Abstract: Analysis of the bidding modality of competitive dialogue, established by Law 14.133/21, on the advantages and expectations regarding its implementation, as well as the risks and challenges that arise for such an institute to be effectively applied and to contribute to the efficiency of public procurement.

Keywords: Law 14.133/21. Bidding modality. Competitive dialogue. Efficiency of public procurement.

⁷⁰ E-mail: lhbertoldi@gmail.com

⁷¹ Mestrando em direito administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em direito público pela Escola Paulista da Magistratura (EPM). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Itu (Faditu). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo Sancionador (Idasan) e do Centro para Estudos Empírico-Jurídicos (CEEJ). E-mail: alfapoli@yahoo.com.br

Sumário: 1. Introdução; 2. Conceito e natureza jurídica. 2.1. Princípios formadores. 2.2. Pressupostos. 2.3. Procedimento. 3. Expectativas. 4. Desafios. 5. Conclusão. Referências Bibliográficas.

1.Introdução

Nos termos do artigo 37, inciso XXI⁷² da Constituição Federal, as contratações públicas, sejam elas destinadas à realização de obras, contratação de serviços ou aquisição de produtos deverão ser precedidas de licitação, salvo nos casos especificados em Lei.

Com base nessa imposição prevista na Carta Magna, a Administração Pública, ao longo dos tempos, desenvolveu e se utilizou do processo de licitação, a fim de garantir, de um lado, a ampla competitividade entre os licitantes, e, por outro, realizar a contratação que melhor atenda suas necessidades e, conseqüentemente, o interesse público nela inserido.

Tradicionalmente, o processo de licitação se apresentava como mecanismo unilateral e hierarquizado, com a centralização das informações, na medida em que a Administração Pública detectava a demanda a ela apresentada, colhia as informações necessárias para solucioná-la, e escolhia a alternativa que, em sua análise, melhor atendesse ao problema verificado, com a adoção de todos os procedimentos para o desenvolvimento do processo licitatório, como a elaboração do edital, do contrato administrativo, entre outras medidas. O licitante, nesse cenário, é apenas destinatário do ato unilateralmente produzido pela Administração Pública (edital e contratos) e participa se assim for do seu interesse.

Dessa forma, a licitação tradicional, conduzida de forma unilateral pela Administração Pública, se desenvolve em duas etapas, sendo a primeira voltada à análise do problema, com o levantamento de dados e informações, seguida do cumprimento dos atos formais, como a elaboração do edital e seus anexos, inclusive o contrato administrativo que será celebrado entre aquela e o licitante que se sagrar vencedor do

72 Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

certame; a segunda etapa, por sua vez, cuidará da competição propriamente dita, com a apresentação dos documentos e da proposta comercial exigidos aos licitantes⁷³.

Embora o modelo tradicional ainda seja o mais utilizado nas contratações públicas, a Administração constatou que, em determinadas hipóteses, não delimitava com precisão o escopo a ser contratado, o que gerava diversos infortúnios, dentre os quais podemos citar: (i) a não resolução da demanda que justificou a contratação; (ii) dispêndio de recursos que, como é de conhecimento geral, são deveras escassos; (iii) inexecução do contrato administrativo, com a litigiosidade da questão, tanto na esfera administrativa quanto na judicial, gerando altos custos para todos os envolvidos.

Diante desse cenário, em atendimento ao princípio da eficiência, também previsto no artigo 37 da Constituição Federal, mas em seu *caput*, somado à assimetria de informações entre os setores público e privado, observou-se um movimento de aproximação entre eles, com o estabelecimento do diálogo e da troca de experiências, a fim de garantir maior assertividade na contratação e solucionar da melhor forma possível a demanda verificada.

Uma das opções encontradas pela Administração Pública de se aproximar do setor privado, passando a contar com a *expertise* deste na análise da demanda e definição da solução mais adequada, foi a celebração de termos de cooperação ou a contratação de consultores técnicos. Esta medida não se apresentou razoável, eis que: (i) não deixava de se tratar de uma contratação, ainda que decorrente de inexigibilidade de licitação, com dispêndios significativos do Erário; (ii) não se instaurava a troca de experiência entre as partes, na busca de encontrar a melhor solução, mas simples transferência do problema ao setor privado; e (iii) a solução apontada pelo particular contratado talvez não atendesse a demanda apresentada pelo Poder Público, ou seja, o risco relacionado à baixa assertividade permanecia.

Outra opção encontrada para fomentar a participação do setor privado nas contratações públicas, principalmente na delimitação do escopo, foi a realização de audiências e consultas públicas, especificamente naquelas em que o valor envolvido era expressivo, nos termos do artigo 39 da Lei 8.666/9374. A despeito de se tratar de mais um

73 Não será desenvolvido melhor o tema, pois não se trata do escopo do presente trabalho e as modalidades licitatórias possuem especificidades que alteram os procedimentos nelas adotados, inclusive com a inversão de fases em que os licitantes devem apresentar documentos de qualificação e as propostas comerciais. Nos ateremos a um panorama geral, com o objetivo de garantir que a narrativa tenha maior fluidez e possa ser melhor compreendida pelo leitor.

74 Art. 39. Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea "c" desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital,

mecanismo de aproximação entre os setores, tal imposição também não solucionou todos os problemas, visto que a sua imposição ocorria em determinada situação e tinha como finalidade mais assegurar o controle social de contratações vultuosas do que aproximar os setores público e privado.

Com o advento da Lei de Concessões (Lei 8.987/95) e, posteriormente, da Lei 11.079/04, que cuida das normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privadas, passou a existir previsão quanto à possibilidade de os estudos de viabilidade técnica, jurídica, econômica e financeira serem desenvolvidos pelo setor privado, por meio de autorização, ou que este pudesse contribuir com o desenvolvimento daquele, através de sugestões.

Regulamentado, primeiramente, por meio do Decreto nº 5.977/2006 e, posteriormente, em 2015, por meio do Decreto nº 8.428, o Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) teve como objetivo aproximar o setor privado, outorgante a este, por sua conta e risco, a realização de estudos, investigações e levantamento de informações, bem como a estruturação de soluções que contribuam para políticas públicas de infraestrutura.

Verifica-se, dessa forma, um movimento por parte da Administração Pública em se aproximar do setor privado, considerando os escassos recursos públicos, bem como a expertise que atores deste setor, via de regra, possuem.

Com a Lei 14.133/21 – nova lei de licitações - não foi diferente. Uma das legislações mais aguardadas pelos operadores do direito foi a nova Lei de Licitações e Contratos, haja vista que respostas para muitos desafios contemporâneos das contratações públicas não estavam sendo concedidas pela legislação que cuidava – e ainda cuida em determinados aspectos – do tema, ou seja, a Lei 8.666/93.

Embora o presente trabalho não busque se debruçar sobre a timidez ou ousadia do legislador quanto às alterações promovidas pela Lei 14.133/21, promulgada no dia 01º de abril de 2021, uma das inovações trazidas foi uma nova modalidade de licitação, o denominado diálogo competitivo.

Com inspiração no ordenamento jurídico da União Europeia – Diretivas 2004/18/UE e 2014/24/UE -, esse novo instituto tem como objetivo possibilitar à Administração Pública de dialogar com o setor privado, em busca de delimitar com

e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados.

precisão as suas necessidades, a fim de que contrate a solução que mais se adeque as suas demandas.

Com efeito, no exercício das suas atividades, mormente na prestação dos serviços públicos, a Administração Pública possui o dever de planejar suas atividades⁷⁵, buscando otimizar o dispêndio dos escassos recursos públicos e atingir sua finalidade precípua, qual seja: o interesse público. Contudo, não raras as situações em que o administrador, mesmo conhecedor da demanda que a ele se apresenta, possui dificuldades de selecionar a melhor solução para esta, principalmente em mercados que sofrem com constantes atualizações, como se verifica no campo da tecnologia.

Diante deste cenário, um dos caminhos pensados pelo legislador foi o diálogo competitivo, em que se busca uma maior aproximação entre setores público e privado, a fim de que soluções inovadoras e criativas sejam apresentadas à demanda constatada pela Administração Pública, conferindo maior assertividade na solução escolhida⁷⁶ e, conseqüentemente, maior probabilidade de que o interesse público seja alcançado, com o menor dispêndio de recursos para tal desiderato.

Apesar de mais esse importante passo do ordenamento jurídico na aproximação com o setor privado, possibilitando uma gama de vantagens nas contratações públicas, alguns riscos e desafios se apresentam, os quais poderão fadar ao insucesso essa nova modalidade licitatória.

Afinal, de que forma a Administração Pública coibirá a captura e corrupção de agentes públicos e o direcionamento da licitação ao particular, cuja solução apresentada foi selecionada como a mais adequada para atender a demanda apresentada? De que forma os segredos industriais e autorais dos atores privados serão preservados? Como a Administração Pública incentivará o setor privado a participar desse debate, mesmo não havendo qualquer garantia de que os custos despendidos serão ressarcidos?

⁷⁵ Nesse sentido são os ensinados de Augusto Neves Dal Pozzo, ao asseverar que "é nítido que a atividade de planejamento é um dever do Estado, que, antes de tudo, deve primar por diagnosticar as necessidades daquilo que se ressentir o interesse público sob sua tutela e propor metas e expectativas e se antecipar, tanto quanto possível, às conjunturas futuras para que não haja solução de continuidade na prestação dos serviços sob seu encargo." (Parecerias Público-Privadas: teoria geral e aplicação nos setores de infraestrutura, p. 56)

⁷⁶ Segundo a lição do professor Celso Antônio Bandeira de Melo, da qual nos filiamos, a dialeticidade efetiva entre Administração Pública e Administrado no processo administrativo "concorre para uma decisão mais bem-informada, mais conseqüente, mais responsável, auxiliando, assim, a eleição da melhor solução para os interesses públicos em causa, pois a Administração não se faz de costas para os interessados, mas, pelo contrário, toma em conta aspectos relevantes por eles salientados e que, de outro modo, não seriam, talvez sequer vislumbrados." (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 30ª Ed. p. 506.

Esses, dentre outros, serão alguns dos questionamentos que se buscará responder ao longo do presente trabalho. Além disso, iremos definir o conceito e a natureza jurídica do instituto do diálogo competitivo, apontando os seus princípios informadores. Ademais, serão definidos os pressupostos e procedimentos deste tipo de contratação, bem como serão tratados as vantagens, riscos e desafios que o permearão.

2. Conceito e natureza jurídica

Nos termos do artigo 6º, XLII, diálogo competitivo pode ser definido como *“modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos.”*

Pelo teor do dispositivo acima transcrito, verifica-se que o diálogo competitivo é uma nova modalidade de licitação que, ao lado da concorrência, leilão, pregão e concurso, possibilitam que a Administração contrate obras, serviços e produtos.

A diferença que se verifica entre o diálogo competitivo das demais modalidades, contudo, é a possibilidade de a Administração Pública buscar soluções adequadas às demandas por ela verificadas. É dizer: por meio de uma relação dialógica com o particular⁷⁷, a Administração Pública busca soluções inovadoras e que se adequem às demandas que se apresentem.

É uma alternativa ao modelo tradicional de contratação pública, em que a Administração Pública delimita o escopo da obra, serviço ou compra a ser realizada e inicia a competitividade entre os licitantes interessados, culminando em uma contratação por adesão do particular, sem que este participe ativamente da melhor solução a ser adotada no caso concreto.

Considerando que a solução será debatida entre os setores público e privado, mas que a decisão continua sendo de competência da Administração Pública, inclusive no que tange a adoção de mais de uma solução, a depender da demanda que se busca resolver e das conclusões extraídas dos debates, pode-se afirmar que o diálogo seria uma espécie de acordo integrativo entre a Administração e o particular interessado, na medida em que a

⁷⁷ Ao tratar sobre as PMIs, Luís Felipe Valerim Pinheiro e Clara Araújo Coutinho são assertivos ao afirmarem que “a iniciativa privada especializada, com a criatividade inerente ao ambiente de liberdade, consiste no melhor polo irradiador de soluções, inclusive para os projetos em parceria com o Poder Público.” *in* Experiências Práticas em Concessões e PPP. Estudo em homenagem aos 25 anos da Lei de Concessões. Vol. I – Estruturação e Arbitragem. São Paulo: Quartier Latin, 2021. p. 153

decisão adotada por aquela será complementada por informações e soluções propostas por este.

A decisão da Administração Pública continua sendo unilateral e imperativa, vez que ela quem decidirá, após a realização do diálogo competitivo, qual a solução que melhor atenda a demanda verificada, mas tal decisão será pautada, complementada, em informações prestadas pelos interessados privados que estabeleceram a relação dialógica com o órgão licitante, o que confere o caráter de acordo integrativo dessa modalidade licitatória⁷⁸.

2.1 Princípios Informadores

Como visto, o diálogo competitivo é uma nova modalidade de licitação, em que se busca maior interação entre o público e o privado, a fim de conceder melhores condições à Administração Pública na contratação de obras, serviços e produtos.

Trata-se de uma modalidade que denota a alteração da postura da Administração Pública ao longo dos tempos, deixando de lado uma postura mais hierarquizada, consubstanciada em decisões unilaterais, para assumir um comportamento horizontal perante o privado, a partir do diálogo e da troca de experiências, o que veio a ser denominado como governança pública⁷⁹.

Pela própria definição, expressa, inclusive, pelo artigo 6º, XLII da Lei 14.133/93, podemos destacar alguns princípios que embasam esse novo instituto, podendo ser destacados ao menos quatro, quais sejam: eficiência, isonomia, competitividade e publicidade.

O princípio da eficiência⁸⁰, insculpido no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal é o principal embasamento principiológico do diálogo competitivo, vez que o intuito de tal modalidade é encontrar a solução que mais se adeque as demandas constatadas pela

⁷⁸ Sobre acordos substitutivos e integrativos, consultar Juliana Bonacorsi de Palma na obra *Sanção e Acordo na Administração Pública*, Editora Malheiros.

⁷⁹ "Conjunto de relacionamento negociados. Esta concepção alternativa de elaboração de políticas, implementação e *enforcement* é dinâmica, não hierarquizada e descentralizada, objetivando se promover entre atores públicos e privados." FREEMAN, Jody, *Collaborative Governance in the Administrative State*, 1997-1998, p. 22-33., apud in Juliana Bonacorsi Palma, p. 116

⁸⁰ Ao tratar do instituto da PMI, Augusto Dal Pozzo, reconhece que este serve para majorar a eficiência da decisão administrativa, vez que "propicia-se o recebimento de elementos de ordem jurídica, econômica e técnica extremamente relevantes ao aperfeiçoamento de seus termos." DAL POZZO, Augusto Neves. *Procedimento de manifestação de interesse e o planejamento estatal da infraestrutura*. In: DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael; AURÉLIO, Bruno; FREIRE, André Luiz (Coord.). *Parcerias Público-Privadas: teoria geral e aplicação nos setores de infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 61

Administração Pública, mitigando risco de contratações que não atendam aos interesses da coletividade e garantindo o dispêndio de recursos públicos de forma adequada. Com a troca de informações com o particular, o qual, em teoria, possui melhores condições financeiras e profissionais tecnicamente mais preparados, a possibilidade de definir a solução que melhor atenda aos interesses da Administração Pública cresce de forma exponencial, evitando, de um lado, o dispêndio de recursos públicos em soluções que não resolverão a demanda que se apresenta, e, por outro, aumentando as chances de que o problema seja resolvido por meio da solução mais adequada⁸¹.

Essa é a razão de existir do instituto do diálogo competitivo: garantir ou, ao menos, mitigar os riscos de adotar medidas que não atendam a demanda verificada, por meio de uma aproximação com o setor privado que, a princípio, possui maior conhecimento e recursos para propor soluções inovadoras, reduzindo os custos, e garantido, dessa forma, a eficiência no trato com a coisa pública. É a busca de uma maior eficiência que induziu o legislador a prever a modalidade do diálogo competitivo.

O princípio da publicidade também se apresenta como alicerce do diálogo competitivo, na medida em que, a despeito da maior proximidade entre a Administração Pública com o particular, o procedimento previsto pela Lei 14.133/21 busca garantir a transparência desta modalidade, com a publicação do edital contendo suas necessidades e exigências e, inclusive, com a gravação em áudio e vídeo das reuniões realizadas entre o órgão licitante e o particular habilitado.

O atendimento deste princípio, inclusive, é um dos desafios que a modalidade ora estudada terá que superar - como se verá mais detidamente adiante - vez que a aproximação do setor público com o privado, embora possa trazer resultados que atendam com efetividade o interesse público, pode gerar o aumento da corrupção e a captura dos agentes públicos, práticas que devem ser veementemente combatidas.

Na verdade, apenas com a adoção de postura clara e transparente por parte da Administração Pública e dos interessados privados, em atendimento ao princípio da publicidade, é que o diálogo competitivo conseguirá auxiliar a Administração Pública no desenvolvimento de soluções que se amoldem aos problemas detectados. Caso contrário, será apenas mais um expediente para desviar recursos públicos.

O princípio da isonomia, por sua vez, pode ser constatado na modalidade do diálogo competitivo, visto que a Administração Pública deve garantir a participação de

⁸¹ Como leciona Juliana Bonacorsi Palma, "os resultados devem ser satisfeitos da melhor forma possível considerando a melhor tecnologia disponível e a reserva orçamentária pública, sem perder de conta a implantação das políticas públicas relacionadas."

todos os interessados em dialogar com ela, desde que preencham os requisitos que deverão ser objetivamente determinados no edital que iniciar o procedimento.

Isso não quer dizer que a Administração Pública possa permitir que qualquer interessado participe da licitação, mesmo que não possua expertise necessária para auxiliá-la no desenvolvimento da melhor solução para a necessidade verificada. Em prol do atendimento ao princípio da isonomia, o órgão licitante não pode deixar de exigir amplo conhecimento técnico dos licitantes, sob pena de tumultuar o diálogo com os particulares interessados, de tornar inócua a medida e, conseqüentemente, não atingir o resultado almejado. Trata-se, na realidade, da aplicação pura do princípio da isonomia, em que os iguais devem ser tratados igualmente e, os desiguais, desigualmente, na exata medida de suas desigualdades. Isso significa que, a despeito de permitir a participação isonômica dos interessados, estes devem preencher os requisitos objetivamente definidos e possam, com base nas suas qualificações técnicas e operacionais, contribuir com a Administração Pública na resolução da demanda por ela delimitada no edital.

Por fim, podemos apontar como um dos princípios informadores do diálogo competitivo o princípio da competitividade, haja vista que, a despeito de o referido instituto prever uma relação dialógica, com maior aproximação entre o setor público e privado, a escolha da solução que melhor atende a demanda do órgão licitante será precedida de disputa entre os interessados habilitados e que tenham participado das discussões com a Administração Pública.

Nos termos dos dispositivos que cuidam do tema na Nova Lei Geral de Licitações, o diálogo competitivo é dividido em duas etapas, sendo que a primeira cuida dos debates e discussões entre os setores público e privado, enquanto a segunda, cujo início ocorre após o término do diálogo entre as partes e a seleção da melhor ou melhores soluções construídas a partir da interlocução entre elas, cuida da fase concorrencial entre os interessados, que deverão, caso assim desejarem, apresentar suas propostas. Ou seja, o diálogo competitivo é composto por duas etapas, sendo que a segunda é vertida pela concorrência entre os interessados que foram habilitados pelo órgão licitante. Não poderia ser diferente, afinal, trata-se de uma modalidade licitatória.

Contudo, dois aspectos merecem destaque em relação ao princípio da competitividade na seara do diálogo competitivo. O primeiro diz respeito à mitigação do referido princípio, na medida em que apenas os interessados habilitados para dialogarem com a Administração Pública poderão apresentar propostas e serem selecionados para desenvolverem a solução tida como adequada. Ao nosso ver, tal limitação, por um lado, não se apresenta adequada, vez que, uma vez desenvolvida a solução que atenderá a demanda apresentada, outros licitantes que, por qualquer razão, inclusive não possuírem capacidade técnica para contribuir nos debates na fase inicial, poderiam atender às exigências da contratação que a Administração irá realizar. O fato de o ator privado não

estar apto para contribuir no desenvolvimento de determinada solução, não obsta que ele possua condições de produzir e entregar a solução escolhida pela Administração Pública. Com essa postura, acaba-se por mitigar a competitividade do certame. Por outro lado, o fato de a competitividade ocorrer apenas entre os licitantes que foram habilitados e dialogaram com a Administração Pública, na busca da melhor solução da demanda posta, pode incentivar a participação do setor privado, visto que o ator privado percebe que a probabilidade de que a sua proposta final seja aceita e contratada aumenta significativamente.

Com efeito, um dos desafios que o diálogo competitivo terá que se desvencilhar é atrair o setor privado para contribuir na construção da melhor solução às necessidades da esfera pública. Contudo, essa não será uma tarefa simples, na medida em que o ator privado contabilizará os riscos de despender recursos financeiros e de pessoal no estabelecimento do diálogo com a Administração Pública, sem a garantia de que, ao final do procedimento, será contratado. Com a limitação da fase concorrencial (segunda etapa da modalidade) aos interessados habilitados para a fase de debates e troca de experiências com a Administração Pública, o número de licitantes legitimados a apresentarem proposta na segunda fase da modalidade é reduzido, o que implica, invariavelmente, no aumento das chances de recuperarem os investimentos realizados.

O segundo aspecto cuida da possibilidade da licitação, mormente em sua fase concorrencial (segunda etapa) tornar-se deserta, a depender da escolha realizada pela Administração Pública ao término da fase de diálogos. Isso porque, a Lei nº 14.133/21 possibilita que órgão licitante selecione uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades. Isso significa que a Administração Pública pode fazer uma compilação de soluções extraídas dos debates e discussões realizadas com diferentes atores privados. Tal decisão pode culminar em um produto que (i) pode não ser operacionalmente eficiente; e (ii) não atenda aos interesses dos interessados privados, como o alto custo para o desenvolvimento do produto. Neste cenário, mais uma vez o princípio da competitividade será mitigado, com a desistência de alguns interessados, ou, no pior dos cenários, deixar de existir, com a licitação restando deserta.

Definidos os princípios informadores do instituto do diálogo competitivo, passamos a analisar os pressupostos que devem ser observados em relação à referida modalidade licitatória.

2.2 Pressupostos

Para que o diálogo competitivo possa ser adotado pela Administração Pública, é necessário que alguns pressupostos sejam por ela observados, sob pena de violação ao princípio da legalidade, de desvio de finalidade e consequente anulação do certame.

Os pressupostos encontram previsão no artigo 32, incisos I e II da Lei 14.133/21, que restringe a adoção do diálogo competitivo às possibilidades elencadas em seus incisos. Neste ponto, temos que nos debruçar sobre o seguinte questionamento: trata-se rol taxativo ou exemplificativo? Em nosso entendimento, embora possa parecer se tratar de rol taxativo, dada a redação do *caput* do referido dispositivo, que dispõe que “a modalidade diálogo competitivo é restrita”, não nos parece essa ser a melhor interpretação. Isso porque, o inciso II do artigo 32 permite que a Administração Pública utilize o instituto do diálogo competitivo em outras situações que não naquelas definidas em suas alíneas, ao utilizar-se da expressão “com destaque para os seguintes aspectos”. Ora, se o inciso destaca determinados aspectos, é possível inferir que outras situações não foram previstas, mas podem servir de fundamento para a adoção do diálogo competitivo. Tal entendimento não significa, contudo, que a Administração Pública possa se utilizar dessa modalidade de forma indiscriminada. É necessário que ela motive a decisão que optou por essa modalidade de licitação, fundamentando as dificuldades percebidas para que se instaure o diálogo com interessados privados, ao invés de licitar e contratar diretamente.

As duas primeiras hipóteses previstas para a adoção deste tipo de modalidade licitatória são nos casos em que a Administração Pública almeja a contratação cujo escopo demande (i) inovação tecnológica ou técnica; e (ii) a necessidade de que as soluções disponíveis no mercado sejam adequadas às contingências verificadas. A terceira situação que justificaria a adoção do instituto é nos casos em que a Administração Pública não tenha condições de especificar, com a precisão adequada, a solução que busca contratar com a licitação a ser instaurada.

Todas as circunstâncias descritas no parágrafo anterior, de certa forma, definem qual o real propósito do instituto. Isso porque, demonstram que a intenção do legislador ao conceber essa modalidade foi a de propiciar à Administração Pública mais uma ferramenta, um mecanismo, para que ela possa aumentar a assertividade da contratação que será realizada, em atendimento à eficiência que deve pautar suas decisões, com a redução do dispêndio de recursos públicos que, reitera-se, se apresentam cada vez mais escassos.

Sem a aproximação entre os setores público e privado, com o estabelecimento de debates e trocas de experiências que o diálogo competitivo busca implementar, a Administração Pública, não raras as situações, se encontraria na difícil situação de não conseguir delimitar adequadamente as técnicas que possam resolver a demanda a ela apresentada. Da mesma forma, em inúmeras situações, a necessidade verificada pela Administração Pública não seria solucionada sem o desenvolvimento de técnicas e tecnologias que, muitas das vezes, permanecem restritas ao setor privado, dada a alta capacidade do seu corpo técnico e o elevado poder econômico dos atores que o compõe.

Outrossim, a despeito de em determinadas situações o mercado fornece algum tipo de solução, a sua adoção não terá a eficácia almejada, correndo o risco desta sequer ser percebida.

O diálogo competitivo também pode ser adotado para propiciar à Administração Pública a possibilidade de definir e identificar, com maior assertividade, os meios e as alternativas que possam satisfazer suas necessidades, em questões que envolvam diferentes soluções e requisitos técnicos necessários à resolução da demanda, bem como definir a estruturação jurídica e financeira do contrato que será celebrado.

Além dos pressupostos materiais que ensejam a adoção do diálogo competitivo, a Lei 14.133/21 determina que alguns pressupostos formais sejam observados.

Um deles é que o diálogo entre Administração Pública e os interessados privados seja conduzido por comissão composta por 3 (três) servidores efetivos ou empregados públicos pertencentes aos quadros permanentes da Administração. Trata-se de uma cautela de fundamental importância, vez que (i) possuem maiores condições de verificar as reais necessidades da Administração Pública, dado o histórico que, teoricamente possuem; (ii) atuarão de forma independente e profissional, sem pressão política, considerando que gozam de estabilidade, buscando assegurar os interesses da Administração Pública.

Nesse aspecto, entendemos que a Lei deveria ter previsto que a comissão, além de ser composta por servidores efetivos ou empregados públicos pertencentes ao quadro efetivo, seja formada por servidores/empregados relacionados, ainda que indiretamente, com a solução que se busca estabelecer e que possuam conhecimentos técnicos para dialogarem com os interessados privados, ainda que tais conhecimentos não sejam suficientes para a escolha da alternativa mais apta sem a aproximação com o setor privado que o instituto do diálogo competitivo busca efetivar.

Caso a comissão seja composta por servidores/empregados que não tenham conhecimento algum do tema ou das especificações técnicas que devem ser consideradas, não será possível verificar, dada a assimetria de informações entre os dialogantes, se a(s) solução(ões) propostas pelos interessados privados atendem à finalidade que ensejou o estabelecimento do diálogo competitivo. Para, ao menos, mitigar essa assimetria de informações técnicas, a Lei 14.133/21 facultou à Administração Pública a contratação de profissional que possa assessorar a comissão na fase dialógica.

2.3 Procedimento

A Lei 14.133/21 procurou estabelecer o procedimento a ser seguido pela Administração Pública ao longo da modalidade licitatória em análise, nos termos do

parágrafo 1º do seu artigo 32. Vale lembrar, desde já, que o instituto do diálogo competitivo se diferencia das demais modalidades, na medida em que possui duas fases inseridos no mesmo processo. Enquanto a primeira cuida da relação dialógica entre os setores público e privado, a fim de identificar a melhor solução para a demanda verificada pela Administração Pública, a segunda versa sobre a concorrência propriamente dita, com a apresentação de propostas pelos licitantes que foram pré-selecionados na primeira fase.

O início do diálogo competitivo ocorre com a publicação do edital no sítio eletrônico do órgão licitante, contendo, de forma pormenorizada, a demanda verificada e as exigências mínimas que os interessados em dialogar com a Administração Pública deverão considerar, caso queiram participar do certame.

No edital ainda deverão constar o prazo para que os particulares se manifestem quanto ao interesse em participação do diálogo competitivo, sendo que o prazo mínimo previsto em Lei é de 25 (vinte e cinco) dias úteis, bem como os critérios que serão adotados para selecionar os licitantes que demonstrarem interesse em participar da licitação.

Portanto, publicado o edital e transcorrido o prazo previsto no edital, a Administração Pública pré-selecionará os particulares que manifestaram interesse em contribuir com ela na construção da solução que melhor se adequa à demanda verificada, desde que preenchidos os requisitos previamente estabelecidos, instalando-se o diálogo competitivo.

Cabe pontuar que a nova Lei de Licitações não determinou um prazo máximo de diálogo entre a Administração Pública e o interessado privado. Apenas determinou que a Administração poderá permanecer com os debates e discussões até que encontre a solução ou soluções que lhe atendam, desde que decida, nesse sentido, de forma motivada. Este é um aspecto sobre o qual devemos nos debruçar. Por uma perspectiva, faz sentido que o diálogo permaneça até que uma solução seja encontrada, sob pena de as discussões e debates realizados se apresentarem ineficazes, com o dispêndio de recursos públicos e privados, sem a resolução do problema que deu origem ao diálogo.

Ainda, não podemos desconsiderar que os debates envolvem questões complexas que, se de fácil solução fossem, não teria se optado pela modalidade do diálogo competitivo. Por outra perspectiva, contudo, não parece razoável estender indefinidamente o prazo da fase dialógica, pois, se o problema perdurar por muito tempo, pode ser que a solução encontrada não mais consiga resolvê-lo e o interesse público não seja atingido.

A Lei estabelece, ainda, que durante os debates e discussões sobre a solução que melhor se adequa ao problema verificado, o órgão licitante deve observar alguns

regramentos, a fim de garantir a legitimidade da modalidade e da contratação que se busca realizar.

A primeira delas diz respeito à vedação que a Administração possui de divulgar informações que possa, de alguma forma, beneficiar determinado licitante. Trata-se de previsão que busca garantir a isonomia entre os licitantes e a ampla competitividade entre eles. Da mesma forma, a fim de garantir segredos industriais e sobre propriedade intelectual, é vedado à Administração revelar soluções e informações apresentadas pelos licitantes, salvo se autorizado por quem as emitiu. Tal regramento não busca apenas preservar direitos industriais e intelectuais do licitante, mas assegurar um ambiente seguro para que o diálogo seja estabelecido, o que acaba por fomentar a maior participação do setor privado e aumenta, conseqüentemente, a competitividade do certame.

O segundo regramento estabelecido diz respeito à obrigatoriedade que a Administração possui de gravar, em vídeo e áudio, os diálogos realizados com os licitantes pré-selecionados, com o claro intuito de conceber maior transparência à modalidade licitatória e evitar, ou ao menos mitigar, a captura do agente público e que a licitação seja corrompida. Estas gravações, inclusive, deverão ser acostadas aos autos do processo licitatório quando finalizada a fase de diálogo e iniciada a segunda fase da modalidade, qual seja, a fase concorrencial.

Terminada a primeira fase, em que se estabelece a relação dialógica entre as partes, inicia-se a fase concorrencial entre os licitantes que manifestaram interesse em contribuir com a Administração na solução que se apresente mais adequada à demanda verificada.

Antes de abordarmos o procedimento desta segunda etapa da licitação, importante tecer uma crítica quanto à mitigação da competitividade entre os licitantes, vez que somente aqueles pré-selecionados podem apresentar propostas na etapa concorrencial. De fato, não vislumbramos razoável justificativa para permitir que apenas aqueles que dialogaram com o Poder Público participem da etapa concorrencial. Pode-se argumentar que se trata de uma forma de incentivar o setor privado a participar da primeira etapa do diálogo competitivo, pois aumentam as chances de ser contratado ao final do certame, mas, ainda assim, a nossa interpretação é que diminui o caráter competitivo do certame, sem razão plausível para tanto.

Mesmo que os atores que participaram da primeira etapa, a princípio, possuam maiores condições de apresentarem propostas mais consistentes, impedir que outros interessados apresentem propostas, quando a solução já tiver sido delimitada pelo órgão licitante acaba por mitigar a competitividade e pode impedir que a melhor contratação seja realizada, considerando não apenas os aspectos técnicos, mas financeiros também.

Não é porque determinado ator privado não tenha manifestado interesse em participar da fase dialógica que ele não tenha condições de atender a contratação que será efetiva. Isso porque, o ator pode não ter participado por diversas razões – não ter tido ciência do edital que iniciou o diálogo competitivo, por exemplo -, que podem não estar relacionadas com a sua condição técnica de agregar ao diálogo estabelecido. Ainda que ele entenda não ter condições técnicas para dialogar com a Administração Pública, isso não significa que não tenha condições para atender a solução definida como ideal.

Feito essa abordagem pontual, passamos a discorrer acerca do procedimento que deve ser observado nessa segunda fase.

Para dar início a ela, a Administração Pública deve declarar o término do diálogo entre os setores, com a juntada dos registros e gravações que foram produzidos na primeira fase no processo licitatório. A partir destas formalidades, a Administração publica novo edital, onde, ao invés de apontar suas necessidades e exigências, como ocorre na etapa dialógica, aponta a solução que foi construída a partir da interlocução com o setor privado.

Com a delimitação do escopo a ser contratado, a Administração confere prazo para que os interessados que dialogaram com ela apresentem suas propostas – a Lei determina que o prazo não pode ser inferior a 60 (sessenta) dias – e seleciona aquela que se apresente mais vantajosa, a partir de critérios objetivos definidos no edital.

Com a apresentação das propostas, dois caminhos se apresentam para a Administração Pública. O primeiro deles é a faculdade que ela possui de requerer esclarecimentos ou ajustes nas propostas, desde que não haja quebra da impessoalidade, com o beneficiamento de determinado licitante (artigo 32, § 1º, inciso IX). O segundo é, como vimos no parágrafo anterior, a escolha da proposta mais vantajosa, a partir dos critérios objetivos definidos pela Administração Pública, com a adjudicação do objeto ao licitante que se sagrou vencedor.

3.Expectativas e Vantagens

As expectativas em relação ao diálogo competitivo ainda não podem ser medidas, vez que se trata de modalidade recentemente implementada no ordenamento jurídico brasileiro. Até onde temos notícias, encontra-se em andamento o primeiro diálogo competitivo no Brasil, o qual ainda se apresenta em trâmites iniciais, com a publicação de Portaria (Portaria nº 4.951/21) para a definição da comissão que conduzirá os trabalhos. Trata-se do primeiro caso em que esta modalidade é utilizada, iniciada pela Central de Compras da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital, do Ministério da Economia, que busca a contratação de solução para o desenvolvimento de

medidas sustentáveis à eficiência energética dos prédios situados na Esplanada dos Ministérios.

Embora não existam dados empíricos que embasem qualquer análise em relação às expectativas e vantagens que o diálogo competitivo atingirá (ou não), podemos visualizar aspectos positivos que podem emergir de tal instituto – o que teria, inclusive, motivado a sua inclusão como modalidade licitatória -, caso ele seja utilizado de forma adequada.

O primeiro aspecto positivo que pode emergir do diálogo competitivo e que, ao final das contas, é a sua essência, é possibilitar que a Administração Pública contrate soluções com maior assertividade, em consonância com o princípio da eficiência. A partir deste cenário, diversos desdobramentos serão, a princípio, observados, quais sejam: (i) aumento do cumprimento integral das obrigações contratuais pelo licitante contratado, vez que participou da construção da solução contratada e sabe exatamente os termos da sua contratação, evitando litígios na esfera administrativa e judicial; (ii) redução do desperdício de recursos públicos, gerando sustentabilidade econômica, considerando a contratação de solução adequada e que busca atender de forma efetiva a demanda verificada.

Além do aumento da eficiência, o diálogo competitivo pode trazer maior legitimidade à solução contratada, visto que a sua contratação será precedida de debates e trocas de experiência, ou seja, os prós e contras serão sopesados pela Administração Pública ao longo do debate instaurado com os interessados privados, o que demonstra maior cautela na adoção de determinada decisão.

O Banco Mundial⁸², ao tratar do instituto da PMI, que se assemelha ao instituto do diálogo competitivo no que tange essa aproximação entre os setores público e privado, é categórico ao elencar as vantagens que a participação do particular na estruturação de soluções pode trazer. Vejamos:

“Um procedimento de manifestação de interesse bem projetado pode estimular a inovação, incentivando entidades privadas ou outras organizações a propor novas tecnologias ou soluções. Os fornecedores privados de tecnologia podem ter mais conhecimento sobre possíveis soluções para os desafios de infraestrutura do que os agentes públicos. Permitir que essas

⁸² *in* Experiências Práticas em Concessões e PPP. Estudo em homenagem aos 25 anos da Lei de Concessões. Vol. I – Estruturação e Arbitragem. São Paulo: Quartier Latin, 2021. p. 15

entidades apresentem suas ideias pode gerar soluções mais inteligentes, sustentáveis e econômicas.”

Outro aspecto que ainda pode ser salientado do referido instituto é a possibilidade de desenvolver técnica e intelectualmente os servidores que participarem dos diálogos, haja vista que haverá apropriação do conhecimento técnico que o particular dialogante possui, já que o setor demanda constante especialização e atualização dos profissionais que nele atuam, considerando a grande competitividade imposta pelo capitalismo, com a consequente diminuição da assimetria de informações entre os setores público e privado.

Assim, o diálogo competitivo pode possibilitar que a Administração Pública encontre soluções inovadoras, que atendam, de fato, as suas necessidades, possibilitando o atingimento efetivo do interesse público, por meio de contratações eficientes e que atendam as expectativas geradas pela licitação realizada.

4. Riscos e Desafios

A despeito de se tratar de uma tentativa interessante de adequar as dificuldades da Administração Pública de contratar no cenário atual, em que se percebe uma grande escassez de recursos públicos e limitação técnica dos agentes públicos na definição da solução que melhor atenderá ao interesse público, somado as constantes inovações tecnológicas em um mundo globalizado e digital, não serão poucos os desafios e riscos que esse novo instituto encontrará.

O primeiro risco que deverá ser superado cuida da possibilidade de captura do interesse público por interessados particulares ilegítimos⁸³, que visam atender interesses próprios, ao invés de proporcionar real e efetiva solução à demanda apresentada pela Administração Pública. Isso decorre do instinto inerente ao ator particular que, em regra, busca sempre aumentar a sua lucratividade, sem se preocupar em propiciar a resolução efetiva do problema que ensejou a sua contratação. Tal aspecto pode ser facilitado, inclusive, pela assimetria técnica dos setores público e particular, donde os servidores que compõe a comissão que dialogará com o particular pode não ter conhecimento apurado para impugnar o que está sendo proposto pelo particular, sendo induzido a erro de que a

⁸³ Dinorá Adelaide Musetti Grotti e Mário Saadi, ao tratar do Procedimento de Manifestação de Interesse, instituto que se assemelha em diversos aspectos à modalidade analisada no presente estudo afirmam que a aproximação entre os setores público e privado “envolve uma série de cautelas e eventuais riscos (inclusive o de captura do interesse público por interesses privados ilegítimos), que não podem ser olvidados, sob pena de promover a ineficiência econômica ou a inobservância de princípios basilares do direito administrativo.” *in* Parcerias público privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004 / Marçal Justen Filho, Rafael Wallbach Schwind, coordenadores – 1ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 154

solução apresentada atende adequadamente o interesse público almejado com a contratação.

Outro risco que decorre de tal instituto é a possibilidade de captura do agente público e o aumento da corrupção nas contratações públicas, com o favorecimento de determinado interessado particular, em franca violação aos princípios que norteiam o procedimento licitatório, em especial o da moralidade. Tal risco decorre da maior aproximação entre os setores, com o estabelecimento de debates entre a Administração Pública e o interessado privado⁸⁴.

Para que isso não ocorra ou, ao menos, seja mitigado, é necessário que todo o processo seja realizado com o maior grau de transparência e, se possível, com maior controle social, por meio de audiências públicas e motivação acurada de todas as decisões proferidas pela Administração Pública.

Paralelo a esse risco, outro desafio que a Administração Pública terá que superar é atrair o setor privado para que com ela dialogue e colabore no desenvolvimento de solução que atenda adequadamente a demanda verificada, já que há, invariavelmente, o dispêndio de tempo e recursos na realização dos debates, sem que haja qualquer garantia de que, ao final do diálogo, a sua proposta será declarada vencedora da etapa concorrencial do certame licitatório.

Esse é um dos aspectos severamente criticados pela doutrina em relação ao Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI). Tal desafio é exponencialmente majorado pela ausência de limitação temporal para que o diálogo se encerre, dispondo a lei que o mesmo perdurará até que a Administração Pública encontre a solução mais adequada à demanda que busca solucionar. Isto é, até que ponto o particular se sentirá atraído a dialogar com a Administração Pública, sem saber com precisão o tempo que esse processo perdurará e de que será, ao final, contratado para desenvolver a solução escolhida?

⁸⁴ Interessante argumento trazido por Guilherme F. Dias Reisdorfer é de que os debates entre os setores sempre ocorreram e que a institucionalização de tal prática, ao invés de aumentar a corrupção e a captura, torna-a mais transparente e legítima, a partir de um controle social mais incisivo. Vejamos: "Afinal e como a experiência revela, essa interação não depende de vias institucionalizadas para existir – aliás, é a ausência dessas vias que propicia conversações informais e tendencialmente imunes ao controle. Portanto, a institucionalização de vias de diálogo serve não para "privatizar" ou "capturar" o desempenho das atividades estatais, mas para tornar transparentes esses contatos." *in* Parcerias público privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004 / Marçal Justen Filho, Rafael Wallbach Schwind, coordenadores – 1ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 190

Aliás, a questão da ausência de previsão de tempo para o término da fase dialógica não impacta apenas na atratividade do setor privado. A Administração Pública também terá que analisar o custo de alocar servidores por prazo indeterminado para dialogar com o setor privado, em prejuízo de outras atribuições que lhes competem. Ainda, a seleção de proposta depois de largo prazo pode impactar no resultado prático de implementar determinada solução, pois a demanda que a justificou pode ter se modificado ou deixado de existir.

Outro desafio que a Administração Pública enfrentará na implementação do diálogo competitivo, o qual está diretamente atrelado ao desafio de garantir atratividade aos particulares da modalidade ora analisada, é em garantir ao particular de que serão resguardados os segredos industriais e a propriedade intelectual que, porventura, sejam apresentados ao longo dos diálogos estabelecidos entre os setores.

A despeito de a Lei, especificamente em seu artigo 32, § 1º, inciso IV, impor à Administração Pública que não divulgue os segredos industriais revelados pelos interessados particulares, estes devem ter plena confiança de que tal vedação será cumprida integralmente por aquela, sob pena de afastá-los a contribuir com o desenvolvimento da solução que melhor atenda aos interesses da coletividade. Até porque, se não houver observância de tal obrigação, pode haver riscos imensuráveis ao particular, inclusive com o comprometimento de sua atividade, não bastando a simples indenização pelos danos experimentados.

Ademais, a Administração terá que superar algumas barreiras de cunho orçamentário, visto que a solução selecionada ao final do diálogo competitivo pode apresentar custo muito superior à dotação orçamentária que disponha. Para não incorrer em crime de responsabilidade fiscal, será necessário que este aspecto seja detalhadamente analisado e regulamentado, sob pena de selecionar a proposta que melhor lhe atenda, sem que disponha dos recursos financeiros necessários.

Assim, mesmo que se trate de uma ferramenta que pode trazer benefícios à Administração Pública, alguns desafios e riscos se apresentam e terão que ser superados, sob pena do instituto se tornar letra morta na Lei.

5. Conclusão

A aproximação entre os setores público e privado é um movimento que há algum tempo se observa, cujos impactos podem trazer inúmeros benefícios à Administração Pública, principalmente por contar com contribuições de ordem técnica e intelectual de profissionais que, em regra, apresentam maior conhecimento sobre determinado seguimento do mercado.

Nesse sentido, a Lei 14.133/21 trouxe uma nova modalidade licitatória, com inspiração em modelo da União Europeia, denominado diálogo competitivo, que busca estabelecer interações dialógicas entre os setores público e privado, a fim de que a Administração Pública contrate a solução que mais se adeque à demanda verificada.

Trata-se de instituto que pode contribuir com a eficiência da Administração Pública nas contratações que realizará, com a redução de desperdício do dinheiro público, principalmente em um cenário em que a sua escassez é evidente, trazendo soluções inovadoras às demandas que se constatam, bem como proporcionando desenvolvimento técnico e intelectual dos servidores públicos, com a redução da assimetria de informações que se verifica entre os setores.

Todavia, riscos e desafios terão que ser superados para que a modalidade seja pouco ou, o que é mais grave, mal utilizada, com destaque para os riscos de corrupção e captura dos agentes públicos, dada a aproximação entre os setores, assim como garantir que haja dotação orçamentária para realizar a contratação da solução selecionada ao final do certame. A Administração Pública também terá que se certificar que o interessado privado não está buscando apenas garantir interesses próprios, especificamente o lucro, ao invés de contribuir no desenvolvimento de uma solução que efetivamente atenda às suas necessidades.

Para que esses riscos e desafios não minem a eficácia da modalidade do diálogo competitivo, será necessário que a Administração se planeje adequadamente (governança), assim como adote todas as cautelas necessárias e atue de forma transparente, conferindo legitimidade à relação com o setor privado e à contratação que decorrerá desses debates e trocas de experiências.

Referências Bibliográficas

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 30ª Ed.

DAL POZZO, Augusto, et al. Parcerias Público-Privadas: teoria geral e aplicação nos setores de infraestrutura. Belo Horizonte, Fórum, 2014.p. 51-69.

FILHO, Marçal Justen, SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). Parcerias Público Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2014. 1ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015. p. 113 - 207.

SUNDFELD, Carlos Ari, JURKSAITIS, Guilherme Jardim (coord.). *Contratos Públicos e Direito Administrativo*. São Paulo, Malheiros, 2015. p. 170 -188.

TAFUR, Diego Jacome Valois, JURKSAITIS, Guilherme Jardim, ISSA, Rafael Hamze (coord.).
Experiências Práticas em Concessões e PPP: estudos em homenagem aos 25 anos da Lei
de Concessões. São Paulo, Quartier Latin, 2021.p. 137 - 158

UMA ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA, PÓS CONSTITUIÇÃO DE 1988, USANDO COMO PARÂMETROS O LIVRO “O ESTRANGEIRO”, DE ALBERT CAMUS, E O FILME-DOCUMENTÁRIO “JUSTIÇA”, DE MARIA AUGUSTA RAMOS, ALÉM DE ANÁLISE DE DOUTRINADORES DA QUESTÃO

PEDRO HENRIQUE NUNES FARIAS:

Servidor público, bacharel em direito, pós-graduado em investigação criminal e legislação penal.

RESUMO: O presente trabalho tem por escopo apresentar uma visão crítica acerca do princípio da ampla defesa, pós Constituição de 1988, usando como parâmetros o livro “O Estrangeiro” de Albert Camus (trata de um indivíduo acusado de assassinato que não consegue compreender a “mecânica” do processo penal a que é submetido), e o filme-documentário “Justiça” de Maria Augusta Ramos (aborda o dia a dia verídico dos que são submetidos ao processo penal no Brasil, tendo como local de filmagem a capital carioca). Comparando, ainda, o referido instituto com o retrato cotidiano de conversas, inclusive em ambiente acadêmico, jornais de grande porte, além de autores estudiosos do tema, busca-se uma aproximação/adaptação efetiva à realidade hodierna brasileira.

Palavras-chave: Ampla Defesa, Autodefesa, Contraditório, Defesa Técnica, Devido Processo Legal.

ABSTRACT: This work has the purpose to present a critical view on the principle of legal defense, after the 1988 Constitution, using as parameters the book "The Stranger" by Albert Camus (comes to an accused murderer individual who can not understand the "mechanics" the criminal proceedings in which it is submitted), and the documentary film "Justice" of Maria Ramos (addresses on the true day of which are subject to criminal proceedings in Brazil, having as a filming location Rio's capital). Comparing also said institute with the portrait of everyday conversations, including academia, major newspapers, and scholars authors of the theme, we seek an approximation / effective adaptation to the Brazilian today's reality.

Keywords: wide Defense, self-defense, contradictory, Technical defense, Due Process of Law.

1. INTRODUÇÃO

Fala-se muito em ampla defesa e contraditório como mecanismos básicos para assegurar ao réu o direito de defender-se. Isso posto, percebe-se que o senso comum ainda não mensura a devida importância desses institutos.

Nesse sentido, ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

"O princípio do contraditório, que é inerente ao direito de defesa, é decorrente da bilateralidade do processo: quando uma das partes alega alguma coisa, há de ser ouvida também a outra, dando-se-lhe oportunidade de resposta. Ele supõe o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e o seu direito de resposta ou de reação. Exige: 1- notificação dos atos processuais à parte interessada; 2- possibilidade de exame das provas constantes do processo; 3- direito de assistir à inquirição de testemunhas; 4- direito de apresentar defesa escrita" (DI PIETRO, 2007, p. 367).

Nesse jaez, também leciona Paulo Rangel:

"A instrução contraditória é inerente ao próprio direito de defesa, pois não se concebe um processo legal, buscando a verdade processual dos fatos, sem se dê ao acusado a oportunidade de desdizer as afirmações feitas pelo Ministério Público (ou seu substituto processual) em sua peça exordial.' [...]"(Rangel, 2013, p.17).

[...]"Ressalta-se que o contraditório é inerente ao sistema acusatório, onde as partes possuem plena igualdade de condições, sofrendo o ônus de sua inércia no curso do processo."(Rangel, 2013 p.18).

Ainda nessa senda, o professor e membro do Ministério Público da União, Renato Brasileiro de Lima ensina:

"Também deriva do contraditório o direito à participação, aí compreendido como a possibilidade de a parte oferecer reação, manifestação ou contrariedade à pretensão da parte contrária. Enfim, há de se assegurar uma real e igualitária participação dos sujeitos processuais ao longo de todo o processo, assegurando a efetividade e plenitude do contraditório. É o que se denomina contraditório efetivo e equilibrado."(LIMA, 2011, p.19)

Encontra-se no art. 5º, LV, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB): "Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes" (BRASIL, 1988). O que seria essa ampla defesa?

Vicente Greco Filho, acerca do princípio da ampla defesa, presta o seguinte ensinamento:

Para o desenvolvimento e estrutura do processo penal, a garantia mais importante e ao redor da qual todo o processo gravita é a da ampla defesa, com os recursos a ela inerentes, sobre a qual convém insistir e ampliar. Consiste a ampla defesa na oportunidade de o réu contraditar a acusação, através da previsão legal de termos processuais que possibilitem a eficiência da defesa (...) Ampla defesa, porém, não significa oportunidades ou prazos ilimitados. Dentro do que a prática processual ensina, a lei estabelece os termos, os prazos e os recursos suficientes, de forma que a eficácia, ou não, da defesa dependa da atividade do réu, e não das limitações legais. O réu é também obrigado a cumprir os prazos da lei, nada podendo arguir se os deixou transcorrer sem justo motivo. (GRECO FILHO, 1994, p. 56).

Diante desse cenário e ciente do que se pretende, a obrigatoriedade de serem acessíveis e cristalinas as informações para ambas as partes, percebe-se a necessária e indissociável vinculação entre os princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.

Dessa forma, colocamos a seguinte definição de devido processo legal, segundo Fernando Capez:

Consiste em assegurar à pessoa o direito de não ser privada de sua liberdade e de seus bens, sem a garantia de um processo desenvolvido na forma que estabelece a lei (due process of law – CF, art. 5º, LIV). No âmbito processual garante ao acusado a plenitude de sua defesa, compreendendo o direito de ser ouvido, de ser informado pessoalmente de todos os atos processuais, de ter acesso à defesa técnica, de ter a oportunidade de se manifestar sempre depois da acusação e em todas as oportunidades, à publicidade e motivação das decisões, ressalvadas as exceções legais, de ser julgado perante o juízo competente, ao duplo grau de jurisdição, à revisão criminal e à imutabilidade das decisões favoráveis transitadas em julgado. (CAPEZ, 2008, p. 32-33).

No artigo quinto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, são definidos princípios fundamentais de proteção e efetividade dos direitos inerentes aos cidadãos, como garantias de um Estado Democrático de Direito, em que o bem-estar das pessoas é elevado à categoria primária de proteção integral, consubstanciada essa última no direito ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, previstos nos incisos

LIV e LV do artigo supramencionado, e que deverão ser assegurados aos litigantes, sem qualquer tipo de distinção, em processo judicial ou administrativo. Esse conjunto de garantias constitucionais assegura às partes o exercício de suas peculiaridades e poderes processuais, bem como é indispensável ao correto exercício da jurisdição.

Oportunamente, cabe ressaltar que, no âmbito da processualística civil moderna, são assegurados prazos diferenciados para a fazenda pública contestar ou recorrer. No entanto, isso não significa dizer que existe uma afronta aos princípios retromencionados, porquanto o que se busca é a efetivação dum outro princípio, qual seja, a isonomia, notadamente em sua faceta material, uma vez que o que se objetiva é garantir a efetivação de uma “paridade de armas”, porquanto há consciência das peculiares dificuldades do serviço público como um todo.

Conforme lembra Eugênio Pacelli de Oliveira,

O contraditório, portanto, junto ao princípio da ampla defesa, institui-se como a pedra fundamental de todo o processo e, particularmente, do processo penal. E assim é porque, como cláusula de garantia instituída para a proteção do cidadão diante do aparato persecutório penal, encontra-se solidamente encastelado no interesse público da realização de um processo justo e equitativo, único caminho para a imposição da sanção de natureza penal (OLIVEIRA, 2008, p. 28).

Nesse sentido, deve ser assegurada a possibilidade de ampla de defesa, fazendo-se uso dos meios e recursos disponíveis e a ela inerentes, sendo, ainda, obrigação do Estado “prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”, conforme o art. 5º, no inciso LXXIV, da CRFB (BRASIL, 1988).

1.1. METODOLOGIA

O método aqui utilizado é o indutivo, uma forma de generalização, isto é, parte-se de algo particular para uma questão mais geral, mais ampla. Nesse mesmo sentido, também, a generalização é oriunda de observações da concreta realidade. Desse modo, as particulares constatações conduzem à elaboração de generalizações. Lakatos e Marconi assim lecionam, acerca do método indutivo:

Indução é um processo mental por intermédio do qual, partindo de dados particulares, suficientemente constatados, infere-se uma verdade geral ou universal, não contida nas partes examinadas. Portanto, o objetivo dos argumentos indutivos é levar a conclusões

cujo conteúdo é muito mais amplo do que o das premissas nas quais se basearam. (LAKATOS; MARCONI, 2007, p. 86).

Neste trabalho, portanto, de modo muito particular, parte-se de uma análise comparativa entre o livro "O Estrangeiro", de Albert Camus (trata de um indivíduo acusado de assassinato que não consegue compreender a "mecânica" do processo penal a que é submetido), e o documentário-filme "Justiça", de Maria Augusta Ramos (aborda o dia a dia verídico dos que são submetidos ao processo penal no Brasil, tendo como local de filmagem a capital carioca), buscando características comuns a ambos e que, de alguma forma, reflitam a realidade atual brasileira, de forma a incentivar a reflexão crítica acerca do assunto, mormente em ambiente acadêmico.

2. DESENVOLVIMENTO

Muito se apercebe nas conversas de roda, inclusive nos campi de Direito, a idéia, a noção cada vez mais presente de que "bandido bom é bandido morto". Essa máxima popular, porém, vai de encontro aos princípios e garantias do devido processo legal e, principalmente, à ampla defesa e ao contraditório.

Tanto no livro de Albert Camus como no filme-documentário de Maria Augusta Ramos, objetos tomados como base de nossos estudos, vê-se essa máxima popular de um Estado vingativo, carregado de ódio, contaminar o processo penal devido. Aliás, Presenciamos um Estado-juiz parcial, pré-convencido, firme em suas convicções peculiares e particularmente enraizadas, contaminado por uma vontade de vingar, detentor de uma capacidade de "presumir" a verdade, ainda que sem provas técnicas de um determinado fato.

No livro "O Estrangeiro", de Albert Camus, na tentativa de maximizar a punição, de tentar a todo e a qualquer custo garantir o sofrimento do acusado e dar à sociedade civilmente organizada alguma forma de satisfação, de resposta, a desqualificação das testemunhas de defesa, notadamente fragilizadas pela situação que viviam, a cooptação de testemunhas de acusação, cúmplices desse movimento já previamente determinado a agir, e a imputação de uma personalidade não coerente com a do acusado são exemplos que estão presentes como obra verossímil do cotidiano, provados justamente no filme-documentário de Maria Augusta Ramos.

Isso, certamente, não é obra do acaso, uma vez que existe uma espécie de "sistema" invisível que tende a manter as coisas no estado em que encontram, que busca manter a dominação por parte dos mais fortes e, por conseguinte, aqueles que estão a seu serviço tem de tentar, ao máximo possível, garantir a satisfação desse tal "sistema", ou melhor, daqueles que o compõem, que lhe garantem legitimidade e, de alguma forma,

são os principais beneficiados dessa confusão social que beira ao caos da sociedade contemporânea.

Igualmente, o que se pensa ser possível ficção do “absurdo” no livro de Albert Camus, mostra-se presente e muito verdadeiro no filme. Percebe-se a presença de um Estado-juiz aparentemente superior e que emite posicionamentos temerários, pré-concebidos, como em: “parecia que o juiz já não se interessava por mim e que, de algum modo, classificara já o meu caso” (CAMUS, 1979, p.236).

Durante o julgamento do personagem principal do livro, seu advogado de defesa exclama a seguinte frase: “Tudo é verdade e nada é verdade” (CAMUS, 1979, p. 261). Nota-se, então, um julgamento baseado em “achismos”, em concepções prévias acerca do que, pretensamente, se quer classificar, distinguir, delimitar e, por fim, julgar.

Percebe-se, outrossim, situação semelhante no filme em análise (RAMOS, 2004, 59’20”), em que o acusado pergunta à defensora pública se ele poderá ser absolvido, e esta lhe responde que, pela falta de provas de defesa e pela falta de provas de acusação, o réu terminará por ser condenado pela meritíssima juíza por presunções, por suposições. Aliás, muito especialmente, soa estranha a admissão da própria defensora em aceitar a condenação por presunção, por suposição, sobretudo por ser ela que é paga pelos cofres públicos para garantir a efetivação da defesa, tecnicamente falando, dos (as) acusados (as) em geral. Situação semelhante, ainda, é a descrita no livro em análise, quando o personagem é sentenciado à pena de morte por ataques à sua personalidade, ao seu jeito de ser, à sua forma de se portar publicamente, ao seu modo de vestir-se, e não pelo fato efetivamente ocorrido.

Nesse sentido, é questionado, também, no julgamento desse personagem, do livro de Albert Camus, o fato de ele não ter chorado no enterro da mãe, de ter demonstrado ser ateu, de ter namorado, enquanto deveria estar de luto:

(...) O procurador levantou-se, então, muito sério e, com uma voz que me pareceu autenticamente emocionada, apontou o dedo para mim e articulou lentamente: - Meus senhores, um dia depois da morte da sua mãe, este homem tomava banhos de mar, iniciava relações com uma amante e ia rir às gargalhadas, num filme cômico. Não tenho nada a acrescentar (CAMUS, 1979, p.264-265).

Qual seria a importância desses elementos para o desenrolar do processo?! Legalmente, a subjetividade do indivíduo deveria ser respeitada (devendo ser levada em consideração somente no momento da fixação da pena, conforme artigo 59 e seguintes do atual Código Penal Brasileiro), mas, ao revés, vale como peso para a decisão judicial, demonstrada também no filme de Maria Augusta Ramos. Dessa forma, as ideias retratadas

nas obras culturais citadas vão ao encontro na máxima popular do “linchamento do bandido”. Isso porque a sociedade toma para si o papel punitivo, coercitivo, que é competência única do Estado. Julgam-se diariamente pessoas pela livre presunção de qualquer acusação de desafetos, que tomadas como provas cabais, levam populares a sentenciar de morte e expor suas vítimas em filmagens nas redes sociais, mormente, como se donas fossem do *jus puniendi* do Estado.

Fica claro, dessa forma, tanto no livro como no filme, que os acusados, no mais das vezes, desconhecem o teor das acusações que lhes são imputadas, bem como não compreendem bem os rituais dos julgamentos aos quais são submetidos, ficando, às vezes, largados ao alvedrio de agentes estatais perversos e ímprobos, que lhes “escondem” direitos seus.

Quanto ao desconhecimento da “mecânica” processual, exemplificamos:

(...) Foi talvez por isso, e também porque não conhecia os hábitos dos tribunais, que não compreendi lá muito bem o que depois se passou, o sorteio dos jurados, as perguntas feitas pelo presidente ao advogado, ao procurador e ao júri (de cada vez, as caras dos membros do júri voltavam-se ao mesmo tempo para a tribuna dos juízes), uma rápida leitura do auto de acusação, onde reconheci nomes de lugares e de pessoas e novas perguntas, feitas ao meu advogado (CAMUS, 1979, p. 254-255).

Quanto à subjetividade e soberba com que, não raramente, os agentes do Estado tratam alguns de seus “pacientes”, tem-se o seguinte:

(...) Depois o presidente perguntou ao advogado de acusação se não tinha mais nenhuma pergunta a fazer á testemunha e o procurador respondeu: - ‘Ah, não, isto já chega!’ – com uma tal veemência e um tal olhar de triunfo na minha direção, que, pela primeira vez havia já muitos anos, tive uma vontade estúpida de chorar, porque senti até que ponto toda esta gente me detestava (CAMUS, 1979, p.259).

Portanto, Percebe-se, em ambas as obras culturais, a presença de um juiz inquisidor, à semelhança da inquisição outrora praticada pela Igreja. Em vez de uma presunção de inocência, existe uma presunção de culpa no interrogatório do juiz. Aqui, em especial, nos vem à mente o caso do jovem Eduardo, personagem do filme-documentário em apreço, que, mesmo não havendo nada de concreto que comprovasse sua culpa, teve sua liberdade privada por “águas passadas”, por fatos ocorridos anteriormente e pelos

quais ele já fora devidamente punido. Assim, fica claro o desrespeito ao devido processo legal, impossibilitando o efetivo exercício da ampla defesa.

Em sua vertente material, Edilson Mougenot Bonfim explica o devido processo da seguinte forma:

(...) Refere-se ao direito material de garantias fundamentais do cidadão, representando, portanto, uma garantia na medida em que protege a particular contra qualquer atividade estatal que, sendo arbitrária, desproporcional ou não razoável, constitua violação a qualquer direito fundamental. (BONFIM, 2009, p. 39-40)

Outro ponto interessante é a capacidade do réu de se defender, o que é obstado a todo instante pelos que compõem o processo, de um modo bem peculiar, nessa senda, o processo penal. A mecânica processual, técnica, rebuscada, geralmente se mostra como idioma indecifrável ao réu. Como pode o réu se defender em língua que não consegue se expressar?! Essa defesa pessoal deficiente é amplamente exposta tanto no livro de Albert Camus como no filme-documentário de Maria Augusta Ramos. Nos dois casos, o processo aparece ao réu como uma espécie de “peça de teatro”, em que não é possível dirigir o seu próprio papel. Está ele ali como um mero coadjuvante da situação.

Segundo Guilherme de Souza Nucci,

Ao réu é concedido o direito de se valer de amplos e extensos métodos para se defender da imputação feita pela acusação. Encontra fundamento constitucional no art. 5.º, LV. Considerado, no processo, parte hipossuficiente por natureza, uma vez que o Estado é sempre mais forte, agindo por órgãos constituídos e preparados, valendo-se de informações e dados de todas as fontes às quais tem acesso, merece o réu um tratamento diferenciado e justo, razão pela qual a ampla possibilidade de defesa se lhe afigura a compensação devida pela força estatal (NUCCI, 2008, p. 39)

Nesse mesmo sentido, adverte também Fernando da Costa Tourinho Filho:

Aliás, em todo processo de tipo acusatório, como o nosso, vigora esse princípio, segundo o qual o acusado, isto é, a pessoa em relação à qual se propõe a ação penal, goza de direito “primário e absoluto” da defesa. O réu deve conhecer a acusação que se lhe imputa para poder contrariá-la, evitando, assim, possa ser condenado sem ser ouvido (TOURINHO FILHO, 2007, p. 23)

No âmbito da Processualística Penal, objeto de análise deste trabalho, a ampla defesa possui duas regras básicas: a possibilidade de se defender e a de recorrer (como garantia natural de se buscar resolver possíveis “injustiças” cometidas num primeiro momento).

Ademais, a ampla defesa abrange a autodefesa, a defesa técnica e a defesa efetiva (como face substantiva do princípio em tela, significando a possibilidade real de influenciar a convicção de quem decide a lide).

Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pelegrine Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, consagrados autores do direito na seara processual, arrematam o conteúdo da ampla defesa em sede de processo penal, afirmando que “no processo penal, entendem-se indispensáveis quer a defesa técnica, exercida por advogado, quer a autodefesa, com possibilidade dada ao acusado de ser interrogado e de presenciar todos os atos instrutórios” (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 1991, p. 56).

Corroborando essa idéia, trazemos à baila os valiosos ensinamentos de Gustavo Henrique Badaró:

“O direito de defesa apresenta-se bipartido em: (1) direito à autodefesa; e (2) direito à defesa técnica. O direito à autodefesa é exercido pessoalmente pelo acusado, que poderá diretamente influenciar o convencimento do juiz. Por sua vez, o direito à defesa técnica é exercido por profissional habilitado, com capacidade postulatória, e conhecimentos técnicos, assegurando assim a paridade de armas entre a acusação e a defesa.” (BADARÓ, 2008, p.13).

Outrossim, Aury Lopes Júnior preleciona desta forma:

A denominada justiça efetiva deve estar sempre compatibilizada com um processo penal constitucional, ou seja, que respeite as normas do garantismo, a fim de que se preserve tudo que emana de nossa Carta Magna, contando inclusive como defesa a possibilidade de o réu não produzir provas contra si próprio (LOPES JR., 2012, p. 241).

Existe, ainda, entendimento doutrinário a respeito da temática em tela, no sentido de que é também possível subdividir a ampla defesa em dois aspectos, um negativo, que consiste na não produção de elementos probatórios de potencialidade danosa ou de elevado risco à defesa do réu, e um outro positivo, que se realiza na efetiva

utilização dos instrumentos e dos meios de produção, segundo entendimento esposado por Renato Brasileiro de Lima:

“Quando a Constituição Federal assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral a ampla defesa, entende-se que a proteção deve abranger o direito à defesa técnica e à autodefesa, havendo entre elas relação de complementariedade. Há entendimento doutrinário no sentido de que também é possível subdividir a ampla defesa sob dois aspectos: a) positivo: realiza-se na efetiva utilização dos instrumentos, dos meios e modos de produção, certificação, esclarecimento ou confrontação de elementos de prova que digam com a materialidade da infração criminal e corra a autoria; b) negativo: consiste na não produção de elementos probatórios de elevado risco ou potencialidade danosa à defesa do réu.” (LIMA, 2011, p.21).

O acusado pode participar de qualquer ato feito no curso do processo, colhendo, junto do advogado, ou mesmo por conta própria, a depender do caso, informações e analisando os fatos para fortalecer a defesa. Também lhe é garantido o direito de postular para si, como nos pedidos relativos à execução da pena, sendo tal manifestação da autodefesa, quando não permitida, causa de nulidade, por manifesto prejuízo. Uma das principais manifestações desse direito de autodefesa é o direito de permanecer em silêncio e de não auto-incriminação, no sentido da lição de Aury Lopes Júnior: “A chamada defesa pessoal ou autodefesa manifesta-se de várias formas, mas encontra no interrogatório policial e judicial seu momento de maior relevância”. (LOPES JR., 2012, p. 232).

Corroborando esse entendimento, apregoa o professor e membro do Ministério Público da União, Renato Brasileiro de Lima:

“Também deriva do contraditório o direito à participação, aí compreendido como a possibilidade de a parte oferecer reação, manifestação ou contrariedade à pretensão da parte contrária. Enfim, há de se assegurar uma real e igualitária participação dos sujeitos processuais ao longo de todo o processo, assegurando a efetividade e plenitude do contraditório. É o que se denomina contraditório efetivo e equilibrado.” (LIMA, 2011, p. 21).

Nesse mesmo sentido, vem a valiosa colaboração de Gustavo Henrique Badaró:

“O princípio do contraditório exige, em relação às questões de direito que possam fundar uma decisão relevante, que as partes

sejam previamente consultadas. Há o dever do juiz de provocar o prévio contraditório entre as partes, sobre qualquer questão que apresente relevância decisória, seja ela processual ou de mérito, de fato ou de direito, prejudicial ou preliminar. O desrespeito ao contraditório sobre as questões de direito expõe as partes ao perigo de uma sentença de surpresa. Por outro lado, o juiz instar as partes a se manifestarem, antes da decisão, sobre uma determinada questão de direito, não pode ser considerado uma perda de imparcialidade, por estar prejudgando a causa. Ao contrário, é mais uma oportunidade que se dá às partes e, principalmente, àquela parte que seria prejudicada pela decisão, de apresentar suas alegações e influenciar o convencimento do juiz.”(BADARÓ, 2008, p.11).

Ademais, efetividade no princípio da ampla defesa significa que a defesa deve ser, no mínimo, proba e diligente, buscando garantir à parte uma defesa séria, responsável e capaz de gerar no julgador um sentimento de que a atuação defensiva não é meramente formal e desencadeada em ritmo burocrático.

Nesse mesmo trilhar são os ensinamentos de Renato Brasileiro de Lima:

“Para que seja preservada a ampla defesa a que se refere a Constituição Federal, a defesa técnica, além de necessária e indeclinável, deve ser plena e efetiva. Ou seja, não basta assegurar a presença formal de defensor técnico. No curso do processo, é necessário que se perceba efetiva atividade defensiva do advogado no sentido de assistir seu cliente.” (...) “Para que essa defesa seja ampla e efetiva, deve-se deferir ao acusado e a seu defensor tempo hábil para sua preparação e exercício. Entre as várias garantias que o devido processo legal assegura está o direito de dispor de tempo e facilidades necessárias para preparar a defesa. Há de se assegurar ao acusado e a seu defensor o tempo e os meios adequados para a preparação da defesa.” (LIMA, 2011, p.30/31).

Ainda buscando expor os conhecimentos acerca da efetividade no princípio da ampla defesa, parte da doutrina faz a divisão do direito à autodefesa da seguinte forma: direito de presença, que é exercido com o comparecimento em audiência do acusado; direito de audiência, que é exercido na audiência de interrogatório; e, por fim, direito de postular pessoalmente, que não é mais que a possibilidade que o acusado tem de recorrer.

Para ratificar o que foi dito imediatamente acima, trazemos as lições de Gustavo Henrique Badaró:

“O direito à autodefesa se divide em: (1) direito de presença; (2) direito de audiência; (3) direito de postular pessoalmente.” (...) “O direito de presença é exercido com o comparecimento em audiências pelo acusado. A sua presença permitirá uma integração entre a autodefesa e a defesa técnica na produção de prova. Muitos fatos e pormenores mencionados por testemunhas são do conhecimento pessoal do acusado, que, por estar diretamente ligado aos fatos, poderá auxiliar o defensor na formulação de perguntas e na demonstração de incongruências ou incompatibilidades do depoimento. Assim, a restrição da participação do acusado na audiência de oitiva de testemunhas pode implicar séria violação do direito de defesa como um todo.” (...) “O direito de audiência, isto é, o direito de ser ouvido pela autoridade judiciária é exercido, por excelência, na audiência de interrogatório. Trata-se, porém, de mera faculdade do acusado que, se desejar, poderá renunciar a tal direito, permanecendo calado (CRFB, art. 5º, inciso LXIII).” (...) “O direito de postular está presente na possibilidade de recorrer pessoalmente (CPP, art. 557, caput), de interpor habeas corpus ou revisão criminal (CPP, art. 623), de arrolar testemunhas (CPP, art. 395).” (BADARÓ, 2008, p.12/13).

Por fim, como exemplo de busca pelo aspecto efetivo da ampla defesa, colacionamos o seguinte julgado:

TAMG. Defesa. Ampla defesa. Estado democrático de direito. Direitos e garantias fundamentais. Princípio da ampla defesa. Princípio do contraditório. Defesa técnica deficiente. Alegações finais em que a defesa apenas pede a pena mínima. Ausência de defesa. Devido processo legal. Nulidade declarada. Considerações sobre o tema com citação de julgado do STF. CF/88, art. 5º, LIV e LV. A CF/88 constitui clara e inarredável opção pelo Estado Democrático de Direito, no qual os direitos e garantias fundamentais devem sempre prevalecer, dentre estes, alinhavados, os princípios da ampla defesa e do contraditório, erigidos à categoria de dogmas e pressupostos para a validade da prestação jurisdicional. Sob tal ótica, repugna aos anseios da sociedade a atuação defensiva meramente formal e desencadeada em ritmo burocrático, sem o postulado da defesa efetiva, traduzida na indispensável condução dialética do processo, em diligente

contradição aos fatos e alegações suscitados na acusação. A defesa assim claudicante vulnera os interesses da sociedade democrática e impõe, de ofício e sem maiores indagações relativas à existência de prejuízos concretos, a decretação de nulidade processual, desde o momento em que se apresentar falho o patrocínio técnico do acusado no juízo penal. (TAMG - Rev. Crim. 315.547 - Diamantina - Rel.: Juiz Alexandre Victor de Carvalho - J. em 11/12/2001 - DJ 08/10/2002 - Boletim Informativo da Juruá 336/029378)

3. CONCLUSÃO

Infelizmente, os anseios sociais de justiça são muito facilmente confundidos por alguns com vingança. A justiça, tendo a tutela por parte do Estado-juiz deve ser precisa para utilizar o seu poder-dever; não se pode deixar influenciar por paixões e emoções que distorçam a finalidade da sanção punitiva.

Nesse sentido, o título do livro de Albert Camus pode ser uma menção à situação do personagem principal do livro. Estrangeiro, pois, por ser diferente não é aceito, estrangeiro por não entender como se passa seu próprio julgamento, estrangeiro por não falar a língua da justiça.

Da mesma forma, veem-se “estrangeiros” no filme-documentário. Frutos de uma sociedade extremista e desigualitária; consumista, que passa a confundir o homem também como objeto a ser consumido. Dia a dia, com a ausência de políticas de intervenção do Estado, além de outros fatores ambientais, ouve-se falar do aumento da violência, tendo como solução única, por parte de alguns, a resposta violenta.

O livro, o filme-documentário, o dia a dia social confundem-se, mesclam-se as obras de ficção e não-ficção. A ampla defesa deve permitir ao acusado a possibilidade de não ser culpabilizado pelo que não fez e, se fez, permitir que se defenda para ser punido devidamente, não excessivamente, muito menos injustamente.

A ampla defesa serve ou, ao menos, deve servir como garantia constitucional para que a “justiça com as próprias mãos” não ganhe as ruas como aquilo que há de mais eficiente em punição. A “cegueira” que afeta muitos não deve ser transmitida a outros, o Estado Democrático de Direito deve avançar em garantias, não retroagir nelas.

Diante de tudo quanto aqui foi exposto, percebe-se que o princípio da ampla defesa não consegue, de fato, concretizar-se nos dias atuais. Isso só pode acontecer num Estado arcaico, ineficiente, incapaz de garantir aos seus cidadãos o acesso a informações

basilares e a direitos elementares, aptos a concretizar aquilo a que se propõe na atual Carta Magna nacional, sobretudo no bojo de seu artigo quinto.

Derradeiramente, espera-se que este breve texto sirva de reflexão para futuros diálogos acadêmicos e/ou produções científicas. O assunto tratado nesta produção é cada vez mais frequente e, como alhures mencionado, apresenta-se inclusive no meio acadêmico. Os posicionamentos devem ser livres, mas como máxima do pensamento científico devem ser falseáveis. O pensamento em absoluto como verdade do “bandido bom é bandido morto” deve ser falseado, pelo bem da sociedade.

REFERÊNCIAS:

BADARÓ, Gustavo Henrique, **Direito Processual Penal**: tomo I, Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processual penal**. 4 ed.; São Paulo, 2009.

BRASIL. **Código Penal**. Vade Mecum Saraiva. Ed. Saraiva, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Diário Oficial [da] União, Poder Executivo, Brasília, DF, 06 out. 1988. Seção 1, p. 1.

CAMUS, Albert. **O Estrangeiro**. tradução de Maria Jacintha e Antônio Quadros. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 15 ed.; São Paulo: Saraiva, 2008.

CINTRA, Antonio Carlos de Araujo e GRINOVER, Ada Pelegrine e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 8 ed.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito Administrativo**, 20ª edição, São Paulo, Atlas, 2007.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**, 1º Volume. 9 ed.; São Paulo, Saraiva, 1994.

LIMA, Renato Brasileiro de, **Manual de processo penal**. Niterói, RJ: Impetus, 2011.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal** / Aury Lopes Jr. – 9. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Técnicas de Pesquisa**. 6ª Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 4º edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 10 ed.; São Paulo, Lumen Juris, 2008.

RAMOS, Maria Augusta. **Justiça**. Disponível em:
www.youtube.com/watch?v=r8vaMUOHQNY. Acesso em 03 mar 2015.

RANGEL, Paulo, **Direito Processual Penal**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 9ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2007.

SUCESÃO E EMPRESAS FAMILIARES: PROTEÇÃO DO ACERVO HEREDITÁRIO POR MEIO DE MEDIDAS CAUTELARES

RICARDO FABRÍCIO SEGANFREDO:

Doutorando pela UMSA – Universidad Del Museo Social Argentino e pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo – FADISP. Mestre em Direito pela Escola Paulista de Direito – EDP e pela Universidade Federal de Mato Grosso – UFMT. Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais e Jurídicas, Tabelião de Notas e Protesto da comarca de Pontes e Lacerda/MT.

RESUMO: A presente pesquisa busca investigar a utilização das medidas cautelares como mecanismo processual na proteção do acervo hereditário no âmbito das empresas familiares. O que se verifica na prática é que, ao mesmo tempo que as empresas familiares representam uma enorme fração na produção do PIB de um país, também possuem sofrimento pela falta de planejamento sucessório no caso de falecimento de seus sócios/familiares. Dessa maneira, o estudo gravita em torno da eficiência da utilização das cautelares processuais nesse contexto. Para tanto, utilizou-se o método hipotético-dedutivo para, em três partes, chegar à uma conclusão. Na primeira parte, discorre-se resumidamente sobre a sucessão no âmbito da empresa familiar; na segunda, resume-se o estudo sobre as medidas cautelares, comparando o atual sistema brasileiro com o sistema Argentino, a fim de verificar as similaridades entre ambos; e ao final, discorre-se sobre as possibilidades de utilização desses mecanismos processuais no âmbito da empresa familiar, com exemplificações de casos julgados no Brasil e Argentina.

Palavras-chave: medidas cautelares; empresa familiar; proteção patrimonial.

ABSTRACT: The present research aims to investigate the use of precautionary measures as a procedural mechanism to protect the inheritance assets within family-owned companies. In practice, it is observed that while family-owned companies represent a significant portion of a country's GDP, they also suffer from a lack of succession planning in the event of the death of their partners/family members. Thus, the study revolves around the efficiency of using precautionary measures in this context. To do so, the hypothetical-deductive method was used to reach a conclusion in three parts. In the first part, the succession within the family-owned company is briefly discussed. In the second part, the study on precautionary measures is summarized, comparing the current Brazilian system with the Argentinean system to verify the similarities between them. Finally, the possibilities

of using these procedural mechanisms within family-owned companies are discussed, with examples of cases judged in Brazil and Argentina.

Keywords: precautionary proceedings; family-owned company; asset protection.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 A SUCESSÃO NO ÂMBITO DAS EMPRESAS FAMILIARES. 1.1 Aspectos gerais sobre as sucessões. 1.2 Sucessão e quotas empresariais. 1.3 Sucessão empresarial-familiar. 2 ASPECTOS GERAIS SOBRE AS MEDIDAS CAUTELARES. 2.1 Novo Código de Processo Civil Brasileiro e as tutelas provisórias. 2.2 Medidas cautelares no ordenamento jurídico Argentino. 3 O USO DAS MEDIDAS CAUTELARES PARA PROTEÇÃO DO ACERVO HEREDITÁRIO. 3.1 Sucessão e as medidas cautelares. 3.2 Falhas na sucessão familiar. 3.3 Medidas cautelares e proteção do acervo hereditário empresarial-familiar . CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

A morte é fenômeno que ainda traz uma infinidade de incertezas, principalmente quando tais incertezas carregam o destino de bens e valores acumulados em vida por alguém. No âmbito pessoal-financeiro, a morte provoca a transferência dos bens aos sucessores; no âmbito empresarial, a morte de um sócio promove a transferência das quotas empresariais aos herdeiros. Todavia, a continuação da empresa, neste caso, vai depender de inúmeros fatores.

Já de plano é possível verificar que a sucessão empresarial *causa mortis* guarda em seu escopo variáveis complicadoras que extrapolam uma sucessão pessoal. A situação fica ainda mais grave quando a sucessão ocorre no âmbito de uma empresa familiar, haja vista que sentimentos familiares automaticamente serão misturados à gestão. Por este motivo é que, no caso de abertura de sucessão em empresa familiar, medidas urgentes sejam tomadas para permitir a continuação do funcionamento da atividade.

Nesse sentido, a presente pesquisa bibliográfica propõe a utilização das medidas cautelares para proteção do acervo hereditário no âmbito das empresas familiares. Para tanto, será desenvolvido um estudo hipotético-dedutivo separado em três seções: na primeira, será investigada a sucessão no âmbito da empresa familiar; em seguida, buscar-se-á uma delimitação e conceituação das medidas cautelares; por fim, o texto será focado na possibilidade de aplicação das medidas cautelares para proteção do acervo hereditário no âmbito das empresas familiares.

1. A SUCESSÃO NO ÂMBITO DAS EMPRESAS FAMILIARES

Em estudo realizado no ano de 2017, Daniele Rosa, Rafael Cardoso e Valentina Mazon demonstraram a importância da empresa familiar para a economia brasileira. Apesar da revisão de literatura dos autores ser voltada para a investigação das características e compreensão das dificuldades na gestão deste tipo de empresa, seus estudos apontaram, com base em dados do Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (Sebrae), que no Brasil, aproximadamente 90% das empresas registradas são familiares, gerando algo em torno de 62% do PIB e 60% dos empregos⁸⁵.

E ao menos no contexto brasileiro, o maior desafio do empresário é manter seu negócio em tempos de instabilidade, sejam eles ocasionados pelo advento de uma nova legislação (trabalhista/tributária), por questões socioeconômicas, sanitárias, políticas ou até mesmo por fatores internos, de modo que cabe ao administrador/empresário adotar meios de proteção e preservação de sua empresa. No âmbito de uma empresa familiar, os problemas a serem enfrentados ainda aumentam quantitativamente. Conforme Boreto⁸⁶, a empresa familiar apresenta as seguintes debilidades: 1) falta de profissionalismo; 2) falta de planejamento sucessório; 3) inexistência de canais idôneos de comunicação e 3) confusão patrimonial entre família e empresa.

Em uma situação comum, o falecimento de um sócio/administrador, já é capaz, por si só, de trazer uma grande instabilidade à empresa. Todavia, no âmbito de uma empresa familiar esse problema pode significar um divisor entre o sucesso e a ruína da atividade.

O objetivo desta seção é discorrer sobre os meios legais possíveis diante da abertura de sucessão em uma empresa familiar. Para tanto, traça-se, em linhas gerais, alguns conceitos sobre sucessões, para em seguida, enfrentar as opções legislativas conferidas pela legislação no âmbito empresarial.

1.1 Aspectos gerais sobre as sucessões

A legislação brasileira define, no artigo 6º do Código Civil, que “a existência da pessoa natural termina com a morte”, além de estabelecer, com supedâneo no princípio da saisine, que a sucessão é inaugurada no exato momento em que termina a vida (Art.

⁸⁵ ROSA, Daniele Aparecida; CARDOSO, Rafael Vinicius; MAZON, Valentina Elizabeth Rossini, Gestão de empresas familiares: Uma Revisão de Literatura, p. 14, 2017.

⁸⁶ BORETTO, Mauricio, La empresa familiar en el derecho argentino a la luz del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, **Civilistica.com**, v. 3, n. 8, 2019.

1.784, Código Civil). Ambas as disposições podem ser lidas no artigo 2227 do Código Civil e Comercial Argentino⁸⁷.

Do ponto de vista de uma empresa familiar, o evento morte representa não só um fato jurídico a ser tratado no âmbito empresarial – o que por si só pode ser desastroso –, mas também a perda, por vezes, de um ente querido. A abertura da sucessão provoca, então, inúmeros dissabores: a dor provocada pelo óbito do sucedido; e a necessidade da abertura de procedimento para a divisão dos bens deixados pelo falecido.

No direito brasileiro, a sucessão pode ser legal (cuja vontade do falecido é presumida e o destino dos bens é regulado pela lei) ou testamentária (quando a vontade do falecido é expressa em testamento válido). Porém, mesmo nos casos de sucessão testamentária, o autor da herança não possui poderes absolutos sobre o acervo hereditário, já que é obrigado a reservar pelo menos metade de seus bens para os herdeiros que a lei classifica como “necessários”⁸⁸.

Em relação à sucessão legítima, o legislador brasileiro presumiu, no artigo 1.829 do Código Civil, que a vontade do falecido seria deixar seus bens em uma ordem específica: a) primeiramente aos descendentes; b) na falta de descendentes, aos ascendentes; c) na falta destes, ao cônjuge sobrevivente; d) e por último, aos colaterais⁸⁹.

87 ARTICULO 2277.- Apertura de la sucesión. La muerte real o presunta de una persona causa la apertura de su sucesión y la transmisión de su herencia a las personas llamadas a sucederle por el testamento o por la ley. Si el testamento dispone sólo parcialmente de los bienes, el resto de la herencia se defiende por la ley.

La herencia comprende todos los derechos y obligaciones del causante que no se extinguen por su fallecimiento.

88 Estabelece o Código Civil Brasileiro:

Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.

89 A redação do art. 1.829 é duramente criticada pela doutrina civilista brasileira, pois é confusa na redação de seu inciso primeiro, que estabelece a concorrência sucessória entre descendentes e cônjuge sobrevivente, a depender do regime patrimonial do casamento. Estabelece o inciso I do artigo 1.829: “I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;”. O entendimento atual, fixado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é que o cônjuge não herdará sobre os bens particulares do falecido, em concorrência com os descendentes, somente quando estes foram casados sob o regime de separação obrigatória de bens, ou seja, quando a lei impõe o regime de separação de bens.

Diante do falecimento de alguém, nasce a obrigação dos herdeiros de regularizar a transmissão dos bens, o que se dá por meio do processo de inventário. O Código Civil e Comercial Argentino define esse processo: "ARTICULO 2335.- Objeto. El proceso sucesorio tiene por objeto identificar a los sucesores, determinar el contenido de la herencia, cobrar los créditos, pagar las deudas, legados y cargas, rendir cuentas y entregar los bienes".

Assim, todo o acervo hereditário do falecido, composto por todos os seus bens, dívidas e créditos, são reunidos, a fim de serem liquidados, repartidos e então transmitidos aos herdeiros conforme a ordem de vocação estabelecida por lei ou testamento. Ocorre que, entre os bens que possivelmente compõe o acervo hereditário, podem existir quotas de participações em sociedades empresariais, o que pode criar uma situação bastante específica.

1.2 Sucessão e quotas empresariais

Inicialmente cumpre esclarecer que sucessão empresarial não significa exatamente sucessão "causa mortis" no âmbito da empresa familiar. Tal definição é importante devido ao fato de, basta uma pesquisa rápida em algum mecanismo de busca com os termos "sucessão empresarial", para que retornem inúmeros resultados de artigos e matérias com informações sobre o falecimento de sócios/administradores no âmbito das empresas familiares.

O termo sucessão é bem mais amplo, e envolve não somente a sucessão "causa mortis", mas toda transferência de estado de uma pessoa para outra. Não sem motivos o Código Tributário Nacional, em seu capítulo V (Responsabilidade tributária), seção II (responsabilidade dos sucessores), trata todos os tipos de sucessão para efeitos tributários. Assim, cumpre, neste primeiro momento, tratar a sucessão empresarial de uma maneira genérica, para então adentrar aos pormenores da sucessão empresarial.

Diante do falecimento de um sócio empresarial, por óbvio que suas cotas são transmitidas aos herdeiros imediatamente, tendo em vista que estas são bens. Porém, como lembra Gladson Mamede, o primeiro efeito da abertura da sucessão vai depender do tipo de sociedade empresarial. Isto porque nas sociedades "intuito pecuniae", onde as quotas de cada sócio circulam livremente, a transferência de tais bens se dá livremente. Todavia, nas sociedades onde predominam o "affectio societatis", ou seja, "intuito personae", é dada uma importância capital à identidade de cada sócio, devendo haver a aceitação mútua entre os contratantes⁹⁰.

90 MAMEDE, Gladson, **Direito Societário: sociedades simples e empresárias**, 4. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 146.

Nesses casos, a legislação civil brasileira estabelece a liquidação das quotas do sócio falecido, salvo disposição em contrário no contrato social, os sócios remanescentes optem pela dissolução da sociedade, ou por acordo com os herdeiros para a substituição do sócio falecido⁹¹. A situação no direito argentino é tratada com bastante similaridade.

A Lei de Sociedades Comerciais (Ley N° 19.550) estabelece que a morte de um dos sócios não dissolve automaticamente a sociedade. No entanto, a dissolução pode ser requerida pelos herdeiros do sócio falecido ou pelos demais sócios, dependendo do caso. Caso a sociedade não seja dissolvida, os herdeiros do sócio falecido têm direito a receber sua parte correspondente no patrimônio social da empresa. Esse valor pode ser pago em dinheiro ou com a entrega de ações da empresa, a depender do acordo feito entre os sócios ou previsto no contrato social ⁹².

Todavia, quando se fala em sociedade familiar, a morte de um sócio pode ter um apelo muito psicológico do que negocial.

1.3 Sucessão empresarial-familiar

Pode-se definir a sucessão empresarial, no âmbito da empresa familiar, como sendo a “transferência de poder e/ou de capital entre a geração, que atualmente dirige a empresa, e a que virá a dirigir, este processo é assim caracterizado também por Leone, Silva e Fernandes⁹³.

Como mencionado no início desta seção, a empresa familiar tem uma relevância econômica subestimada pela academia. Estima-se que ao menos 40% das empresas que figuram na revista Fortune são familiares, ou controladas por famílias ⁹⁴.

Ainda assim, a sucessão empresarial é um dos principais fatores de fracasso deste tipo de negócio. Pesquisas mostram que apenas 30% das empresas familiares sobrevivem

91 Art. 1.028. No caso de morte de sócio, liquidar-se-á sua quota, salvo:

I - se o contrato dispuser diferentemente;

II - se os sócios remanescentes optarem pela dissolução da sociedade;

III - se, por acordo com os herdeiros, regular-se a substituição do sócio falecido.

92 ARGENTINA, República Federativa da, Ley general de sociedades.

93 FLORIANI, Oldoni Pedro; RODRIGUES, Leonel Cezar, Sucessão empresarial: processo sucessório em empresas familiares, *in*: **Anais do I EGEPE**, Blumenau: Universidade Regional de Blumenau, 2000, p. 299–312.

94 GERSICK, Kelin E., **Generation to Generation: Life Cycles of the Family Business**, [s.l.]: Harvard Business School Press, 1997, p. 2.

após a primeira geração, e apenas 10% a 15% sobrevivem até a terceira geração 95. Gladson Mamede também ressalta este ponto:

São incontáveis os casos de negócios que eram vantajosos até a morte do responsável pelo comando das atividades e, a partir da sucessão, começaram a definhar. Em alguns casos, vê-se claramente que a empresa ingressou na crise já a partir da sucessão não planejada. [...] A sucessão é um dos pontos mais críticos na história das empresas. Perde-se, assim, todo o trabalho de uma vida, quando não o trabalho de algumas gerações 96.

E o fracasso na sucessão dentro da empresa familiar se deve à concepção errônea de que o falecimento de um dos sócios/parente é um evento isolado. A recomendação, ao contrário, é de que a sucessão deve ser encarada como um processo formal e planejado de atividades, de modo a desenvolver um sucessor, com a definição clara e delimitação de responsabilidades dos envolvidos⁹⁷.

De maneira complementar, Renato Bernhoeft também entende que a sucessão é um processo que engaja diversas partes interessadas, que são:

- a) *SUCEDIO (S): fundador (es), sócio(s) etc;*
- b) *SUCCESSOR(ES/AS): filho(s), genro(s), nora(s), funcionário(s), esposa etc;*
- c) *A FAMÍLIA: esposa, mãe filhas, genros, noras, filhos etc;*
- d) *A EMPRESA: funcionários;*
- e) *O MERCADO: clientes, fornecedores, concorrentes;*
- f) *A COMUNIDADE: social, política, econômica 98.*

95 DAVIS, Peter S.; HARVESTON, Paula D., The Influence of Family on the Family Business Succession Process: a Multi-Generational Perspective, **Entrepreneurship Theory and Practice**, v. 22, n. 3, p. 31–53, 1998.

96 MAMEDE, Gladson; MAMEDE, Eduarda Cotta, **Holding familiar e suas vantagens: planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar**, 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 91–92.

97 CANÇADO, Vera L. *et al*, Ciclo de vida, sucessão e processo de governança em uma empresa familiar: um estudo de caso no Grupo Seculus, **REAd. Revista Eletrônica de Administração (Porto Alegre)**, v. 19, n. 2, p. 485–516, 2013.

98 BERNHOEFT, Renato, **Empresa familiar: sucessão profissionalizada ou sobrevivência comprometida**, 2. ed. São Paulo: Nobel, 1989, p. 45.

É justamente essa formalidade no tratamento da sucessão empresarial que deve ser levada em consideração na implementação de um planejamento. Em pesquisa realizada em 2000, na região de Blumenau-SC, foi verificado que em 58% das empresas que compuseram a amostragem, sequer foi pensado na sucessão, quiçá tinha um planejamento ou plano contingente para este tipo de situação⁹⁹.

Nesse contexto, o planejamento sucessório surge como um instrumento de preservação da empresa, evitando o seu perecimento após o falecimento do proprietário administrador. Sua implantação pode se realizar por diversos meios, sejam eles doações, elaboração de testamento, treinamentos ou até mesmo pela criação de uma sociedade "holding", a depender das especificidades de cada caso.

E o planejamento sucessório ataca o principal problema das empresas familiares: a subjetividade dos critérios de competência, que acaba por desestimular os membros mais competentes, gerando disputas judiciais 100.

De acordo com Rodrigo da Cunha Pereira¹⁰¹ o planejamento sucessório consiste em uma organização, realizada pelo titular do futuro espólio, visando a distribuição e a destinação de seu patrimônio, de modo a evitar os procedimentos inventariais e o incômodo dos bens condominiais.

Destarte, o autor ainda ressalta que tal gerenciamento pode ser efetivado por meio de testamentos, doações, apólices securitárias ou pela constituição de uma empresa familiar.

Nesse íterim, seria o planejamento sucessório o resultado de uma conduta administrativa do titular de bens visando organizar, de maneira lícita, eficiente e econômica, a transferência de seu patrimônio e de suas funções/cargos.

Ainda, deve-se ressaltar que tal planejamento é personalíssimo, ou seja, não seguirá um padrão geral, principalmente porque as famílias e empresas possuem necessidades diversas, de modo que um planejamento pode ser feito e executado de diversas maneiras.

⁹⁹ FLORIANI; RODRIGUES, Sucessão empresarial: processo sucessório em empresas familiares.

¹⁰⁰ LAURETTI, Lélío, Ética e códigos de conduta nas empresas familiares, *in*: **Acontece nas melhores famílias: repensando a empresa familiar**, São Paulo: Saraiva, 2012.

¹⁰¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha, **Dicionário de direito de família e sucessões**, 2. ed. São Paulo: Trevisan, 2017.

Nesse ponto, sai na frente o Direito Argentino, que passou a permitir, a partir do Código Civil e Comercial de 2015, o “pacto sobre herança futura”, quando se trata de empresa familiar. A regra o artigo 1010 traz uma exceção:

ARTICULO 1010.- Herencia futura. La herencia futura no puede ser objeto de los contratos ni tampoco pueden serlo los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares, excepto lo dispuesto en el párrafo siguiente u otra disposición legal expresa.

Los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de la gestión empresarial o a la prevención o solución de conflictos, pueden incluir disposiciones referidas a futuros derechos hereditarios y establecer compensaciones en favor de otros legitimarios. Estos pactos son válidos, sean o no parte el futuro causante y su cónyuge, si no afectan la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge, ni los derechos de terceros 102.

A norma atende a necessidade de facilitar a sucessão da empresa familiar, permitindo que seu fundador transmita a administração ao herdeiro que considerar mais apto, excluindo os demais. O “pacto sobre herança futura” “aparece como uma convenção acessoria de um acuerdo de sócios entre herederos, e vale decir que no podrá ser autónomo, sino que deberá estar dentro o vinculado diretamente a um protocolo familiar” 103.

Esclarece-se que a utilização de um planejamento sucessório não se restringe àqueles de vasto patrimônio ou às sociedades de grande porte, haja vista que, segundo Gladston Mamede e Eduarda Cotta Mamede 104, o instrumento jurídico estudado pode beneficiar até mesmo aqueles de pequeno ou médio patrimônio, microempresas, empresas de pequeno porte ou medianas.

2. ASPECTOS GERAIS SOBRE AS MEDIDAS CAUTELARES

Em geral, os estudiosos do processo civil classificam as ações em: a) processo de conhecimento – qual se procura somente a declaração ou determinação do direito; b)

102 ARGENTINA, República Federativa da, CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION.

103 BORETTO, La empresa familiar en el derecho argentino a la luz del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

104 MAMEDE, Gladson; MAMEDE, Eduarda Cotta, **Planejamento sucessório: introdução à arquitetura estratégica patrimonial e empresarial com vistas à sucessão causa mortis**, São Paulo: Atlas, 2015.

processo de execução – pelo qual se busca a efetividade de um direito já reconhecido em uma sentença ou em um título executivo, com as medidas de coação adequadas; e c) processos cautelares – em que se procura, preventivamente e mediante conhecimento preliminar, a segurança de bens ou de situações que serão discutidas posteriormente 105.

O objetivo da presente seção é aprofundar o estudo sobre a medida cautelar, que, conforme será demonstrado, foi pulverizado no direito processual moderno em diversas outras medidas processuais.

Todo procedimento judicial, por certo, pressupõe a existência de uma causa de pedir, ou seja, uma tutela específica que busca a satisfação efetiva de um direito, e portanto, a realização da paz social mediante a vigência da norma jurídica 106.

Como lembra Fredie Didier, essa tutela pode ser definitiva ou provisória. A tutela definitiva seria aquela obtida com profundo debate acerca do objeto da decisão, garantindo-se o devido processo legal, contraditório e ampla defesa, e pode ser satisfativa ou cautelar. Assim, uma tutela definitiva satisfativa seria a tutela padrão, aquela que visa certificar ou efetivar o direito material 107.

A tutela definitiva cautelar, portanto, teria cunho assecuratório, “para conservar o direito afirmado e, com isso, neutralizar os efeitos maléficos do tempo. [...] A tutela cautelar não visa à satisfação de um direito, mas sim, assegurar a sua futura satisfação” 108. O procedimento cautelar atua exatamente nesse sentido. Conforme Luiz Rodrigues Wambier:

O processo cautelar [...] é aquele por meio do qual se obtém meios de garantir a eficácia pela – tomada esta expressão no sentido de produção efetiva de efeitos no mundo empírico – do provimento jurisdicional, a ser obtido por meio de futuro (ou concomitante)

105 COUTURE, Eduardo J., **Fundamentos del derecho procesal civil**, 3. ed. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1958, p. 81–82; GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios, **Novo curso de direito processual civil: execução e processo cautelar**, 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 287; WAMBIER, Luiz Rodrigues, **Curso avançado de processo civil: processo cautelar e procedimentos especiais**, 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 54.

106 COUTURE, **Fundamentos del derecho procesal civil**, p. 479.

107 DIDIER, Fredie, **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**, 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 562.

108 *Ibid.*

*processo de conhecimento, ou da própria execução (seja esta desenvolvida em processo autônomo ou não)*¹⁰⁹.

O Código de Processo Civil Brasileiro de 1973 trazia em seu texto diversos tipos de processos cautelares específicos: arresto (art. 813), sequestro (art. 822), caução (art. 826), busca e apreensão (art. 839), exibição (art. 844), produção antecipada de provas (art. 846), alimentos provisionais (art. 852), arrolamento de bens (art. 855), justificação (art. 861), protestos, notificações e interpelações (art. 867), homologação do penhor legal (art. 874), posse em nome do nascituro (art. 877), atentado (art. 879), protesto e da apreensão de títulos (art. 879), outras medidas provisionais (art. 888).

Ocorre, mesmo em procedimentos cautelares que visam garantir a satisfação futura da tutela, por envolverem a concatenação de atos que levam tempo, acabam por carecer de mecanismos que garantam o não perecimento da tutela. Afinal, o decurso temporal traz diversas formas de risco¹¹⁰.

Com a finalidade de diminuir os efeitos prejudiciais do tempo é que foi implementada a técnica processual da antecipação provisória dos efeitos finais da tutela definitiva, “quer permite o gozo antecipado e imediato dos efeitos próprios da tutela definitiva pretendida (seja satisfativa, seja cautelar)¹¹¹. Esta é a chamada “tutela antecipada”, implementada nas cautelares, e que permitia uma decisão precária em sede de cognição sumária.

Embora o direito processual civil brasileiro previsse procedimentos específicos para resguardar determinados tipos de objetos, ainda possuía o procedimento genérico do artigo 888, e a possibilidade de determinação, pelo magistrado, de outras medidas provisórias específicas (art. 798). Ademais, a lei 8.952, de 1994, alterou o Código de Processo Civil, incluindo a possibilidade da concessão da “antecipação de tutela” em qualquer procedimento. A referida alteração alargou ainda mais as possibilidades de obtenção de medidas para satisfação de determinado direito postulado antes do fim do processo¹¹².

O novo Código de Processo civil de 2015 passou a prever as medidas cautelares de maneira diversa de seu antecessor, aprofundando os termos. A começar pelo termo

¹⁰⁹ WAMBIER, **Curso avançado de processo civil: processo cautelar e procedimentos especiais**, p. 56.

¹¹⁰ GONÇALVES, **Novo curso de direito processual civil: execução e processo cautelar**, p. 288–289.

¹¹¹ DIDIER, **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**, p. 567.

¹¹² TESSER, André Luiz Bauml, *As diferenças entre a Tutela Cautelar e a Antecipação de tutela no CPC/2015*, *in*: **Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório**, 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 29–50.

“tutela provisória”, que passou a substituir o antigo termo “antecipação de tutela” 113. Seus requisitos e formas serão descritos a seguir.

2.1 Novo Código de Processo Civil Brasileiro e as tutelas provisórias

Tradicionalmente o processo cautelar possui dois pressupostos, designados pelas expressões latinas “*fumus bonis iuris*” e “*periculum in mora*”. A primeira significa a aparência do direito, e é correlata à expressão “cognição sumária”. “Quem decide com base em *fumus* não tem conhecimento pleno e total dos fatos e, portanto, ainda não tem certeza quanto a qual seja o direito aplicável” 114. Já o “*periculum in mora*” é a urgência da situação, o risco de, não sendo concedida, o processo principal não ser eficaz.

A partir do novo Código de Processo Civil, a tutela provisória passou a ser dividida em dois grandes grupos: a tutela de urgência, e a de evidência. A tutela de urgência (satisfativa ou cautelar), pressupõe a demonstração da probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado do processo¹¹⁵. A tutela de evidência (satisfativa/antecipada) pressupõe a demonstração de que as afirmações de fato estejam comprovadas, tornando o direito evidente. Assim, para a obtenção de uma tutela provisória satisfativa, é preciso “alegar e demonstrar urgência ou evidência – ou ambas, obviamente; mas a tutela provisória cautelar somente pode ser pleiteada em situações de urgência” 116.

De forma um pouco mais direta: “o novo Código de Processo Civil utiliza a premissa de que a tutela cautelar e a antecipação de tutela são espécies do gênero tutela provisória de urgência” 117.

O processo civil brasileiro estabelece ainda que a tutela provisória de urgência – aquela requerida para obtenção de medida satisfativa ou cautelar – pode ser requerida em caráter antecedente ou incidental. A tutela incidental é aquela requerida no processo em que se pede a tutela definitiva; e a tutela de urgência antecedente é aquela requerida antes

113 DIDIER, **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**, p. 568.

114 WAMBIER, **Curso avançado de processo civil: processo cautelar e procedimentos especiais**, p. 57.

115 Conforme artigo 300 do Código de Processo Civil brasileiro: “A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.”

116 DIDIER, **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**, p. 570.

117 TESSER, As diferenças entre a Tutela Cautelar e a Antecipação de tutela no CPC/2015.

da formulação do pedido principal, de forma parecida às antigas medidas cautelares do Código de 1973.

Levando em consideração que o objetivo do presente estudo é a obtenção e características gerais das medidas cautelares para a finalidade de aplicação para a proteção do acervo hereditário, é interessante fazer a comparação com outro sistema processual civil.

2.2 Medidas cautelares no ordenamento jurídico Argentino

Conforme será explanado no final desta seção, as medidas cautelares pouco se diferenciam de um sistema jurídico para outro. Todavia, comparar tais sistemas permite uma visão geral do instituto. Para tal, optou-se por estudar, ainda que superficialmente, o ordenamento jurídico Argentino, que se diferencia bem pouco do sistema brasileiro de 1973. Inicia-se com o conceito:

Se denominam cautelares o precautorias a las medidas adoptadas em el curso e um processo o antes de su iniciación, para resguardar bienes o pruebas, o para mantener o modificar la situación de hecho o derecho existente en la oportunidad em que son decretadas, o para amparar la integridade de personas, o proveer a la satisfacción de algunas de sus necesidades urgentes, com la finalidad de garantizar el cumplimiento de una sentencia potencialmente favorable a los beneficiários de las mismas 118.

Gladis Estigarribia de Midón elenca ainda como características das medidas cautelares no direito argentino: a) são decretadas sem a oitiva da parte contrária; b) são provisórias; c) são acessórias ou instrumentais; d) são mutáveis; e) são decididas em juízo de aparência, ou seja, cognição sumária; f) não produzem os efeitos da coisa julgada material; g) não constitui um ato de impulso processual; h) são executáveis imediatamente 119.

Assim como ocorria com o Código de Processo Civil Brasileiro de 1973, a Medida Cautelar no Direito Argentino é medida acessória, ou seja, trata-se de um procedimento autônomo que se liga à um principal, e depende da existência deste. Por tal motivo, o juízo competente é o mesmo que julgará o pedido principal 120.

118 MIDÓN, Gladis E. de; MIDÓN, Marcelo Sebastián, **Manual de derecho procesal civil**, 2. ed. Buenos Aires: La Ley, 2014, p. 641.

119 *Ibid.*, p. 642–644.

120 6) En las acciones sobre rendición de cuentas, el del lugar donde éstas deban presentarse, y no estando determinado, a elección del actor, el del domicilio de la administración o el del lugar en que se hubiere

Igualmente ao direito brasileiro, é requisito para procedência também a verossimilhança das alegações (verosimilitud en el derecho) e o perigo na demora (el peligro en la demora), já explicados anteriormente. Exige-se também uma contracautela para efetivação das medidas cautelares, nos termos dos artigos 199 e 200.

Jorge Alberto Germano relembra ainda que, na prática argentina, são utilizados diversos mecanismos com efeitos cautelares, incluindo as medias precautelares, medidas autosatisfativas, medidas cautelares, medidas urgentes e as medidas protetoras 121.

Assim, seja no enxuto sistema processual Argentino, ou no confuso sistema brasileiro, as medidas cautelares parecem possuir pontos em comum. De maneira a resumir, cita-se a seguinte passagem de Luiz Rodrigues Wambier:

Medida cautelar é termo genérico e abrange todo e qualquer meio de proteção à eficácia de provimento jurisdicional posterior ou de execução. Abrange, portanto, as ações cautelares. Açambarca, também, as medidas liminares proferidas em ação cautelar. E mais: diz respeito também a tantas quantas liminares houver, em outros procedimentos, fora do Código de Processo Civil ou mesmo dentro dele, que tenham como pressuposto o periculum e, correlatamente, como finalidade, a de evitar a ineficácia do processo principal 122.

Feitas tais considerações, é possível passar então para a verificação de como as medidas cautelares – aí entendidas as ações cautelares, medidas liminares, entre outros procedimentos – podem servir à proteção do acervo hereditário no âmbito de uma sucessão em empresa familiar.

3. O USO DAS MEDIDAS CAUTELARES PARA PROTEÇÃO DO ACERVO HEREDITÁRIO

Na primeira parte do presente estudo, apresentou-se o conceito e peculiaridades de uma empresa familiar. Como visto, tal modalidade de negócio é a intersecção de família

administrado el principal de los bienes. En la demanda por aprobación de cuentas regirá la misma regla, pero si no estuviere especificado el lugar donde éstas deban presentarse, podrá serlo también el del domicilio del acreedor de las cuentas, a elección del actor (Codigo Procesal Civil Y Comercial de La Nacion, 1981).

121 GERMANO, Jorge Alberto, **Medidas cautelares en procesos sucesorios**, Buenos Aires: García Alonso, 2019, p. 53.

122 WAMBIER, **Curso avançado de processo civil: processo cautelar e procedimentos especiais**, p. 58–59.

com ambiente corporativo. Exatamente por este motivo, a abertura de uma sucessão nesse âmbito pode significar a linha divisória entre o sucesso e o fracasso do empreendimento.

Na segunda parte, discorreu-se brevemente sobre os fundamentos e mecanismos das medidas cautelares. Em síntese, e de uma forma genérica, verificou-se que as medidas cautelares são mecanismos processuais acessórios utilizados para garantir a manutenção do objeto processual principal.

O objetivo da presente seção é apontar de que maneira as medidas cautelares podem ser utilizadas no âmbito das empresas familiares para proteção e manutenção do acervo hereditário, a fim de manter o estado do negócio.

3.1 Sucessão e as medidas cautelares

Inicialmente, cumpre esclarecer como as medidas cautelares são utilizadas no âmbito do direito sucessório. A sucessão, conforme mencionado, é uma forma de transmissão de propriedade que ocorre no momento do falecimento de uma pessoa (princípio da saisine).

A regularização dessa transmissão se dá por meio de um processo judicial ou extrajudicial denominado "inventário". Como informa Rodrigo da Cunha Pereira, o "processo de inventário é também um importante ritual de passagem, que além de resolver questões práticas ajuda na elaboração do luto" 123.

No direito brasileiro, o inventário está regulamentado tanto no Código de Processo Civil (artigos 610 a 692), quanto no Código Civil (artigos 1991 a 2027). No direito da vizinha Argentina, o "processo sucesorio" encontra previsão nos artigos 2335 a 2362 do Código Civil e Comercial, e nos artigos 689 a 735 do Código de Processo Civil e Comercial. Também existem diversas previsões, no âmbito da Legislação Comercial de Sociedades.

Como visto, o direito processual civil brasileiro trata o procedimento cautelar de uma forma genérica, admitindo seu processamento em qualquer ação, inclusive no inventário. Todavia, é interessante destacar que o Código de Processo Civil e Comercial argentino prevê que o magistrado poderá, a pedido da parte interessada ou mesmo de ofício, aplicar as medidas que considere convenientes para a segurança dos bens e da documentação do falecido 124.

123 PEREIRA, **Dicionário de direito de família e sucessões**, p. 626.

124 Art. 690. - El juez hará lugar o denegará la apertura del proceso, previo examen de su competencia y recepción de la prueba que resultare necesaria.

[...]

Em que pese as diferenças de ordenamento, como lembra Jorge Alberto Germano, “en matéria sucesoria, es admisible la petición de medidas cautelares al igual que em cualquier outro processo judicial” 125. A previsão do artigo 690 do CPC argentino é uma peculiaridade específica que torna possível a classificação da utilização das medidas cautelares.

Cabe señalar que existen tres formas claramente definidas de aplicación del instituto de la medida cautelar em materia sucesoria: a) aquellas que tienden a proteger un derecho de la comunidad indivisa que existe fuera de la misma pero fue originada por reclamos de la comunidad indivisa o del causante contra otro sujeto; b) aquellas que tienden a proteger derechos particulares dentro de la misma comunidad indivisa por reclamos efectuados contra ella o el causante por parte de otro sujeto o comunidad indivisa; y c) aquellas que tienden a proteger derechos de particulares ante reclamos efectuados por estos contra los herederos a título personal y no como herederos (se aplica sobre la proporción indivisa del sujeto demandado dentro de la comunidad indivisa) 126.

Os usos de medidas cautelares no âmbito da sucessão empresarial-familiar são tão numerosos quantos os problemas que possivelmente podem surgir nesse meio, sendo essa classificação uma forma de delimitar melhor o espaço de cada um desses usos para fins didáticos. A seguir, expõe-se alguns desses possíveis problemas.

3.2 Falhas na sucessão familiar

Conforme mencionado anteriormente, as empresas familiares que possuem um planejamento sucessório são minorias. Diante desta realidade, é comum que, aberta a sucessão de um dos sócios (principalmente do administrador), problemas graves ocorram. Renato Bernhoeft elenca algumas causas recorrentes:

A petición de parte interesada, o de oficio, en su caso, el juez dispondrá las medidas que considere convenientes para la seguridad de los bienes y documentación del causante.

El dinero, los títulos, acciones y alhajas se depositarán en el banco de depósitos judiciales. Respecto de las alhajas se adoptará la misma medida, salvo que los herederos decidieren que quedaren bajo su custodia (Codigo Procesal Civil Y Comercial de La Nacion, 1981).

125 GERMANO, **Medidas cautelares en procesos sucesorios**, p. 41.

126 *Ibid.*, p. 42.

- *Divergência entre sócios;*
- *Número excessivo de sucessores (filhos, genros, noras, etc.);*
- *Falta de uma liderança natural ou bem aceita entre os possíveis sucessores;*
- *Desinteresse dos sucessores pelo negócio;*
- *Diferenças muito marcantes na participação acionária entre os sócios e, portanto, os sucessores;*
- *O fundador encarar a empresa apenas como uma forma de gerar segurança para os filhos;*
- *Divergências familiares muito marcantes;*
- *Insegurança dos funcionários da empresa quanto ao seu futuro, por falta de uma orientação estratégica e operacional;*
- *Insatisfação ou desinteresse pessoal do fundador com relação ao seu futuro, da empresa e dos familiares* 127.

O autor, levando em consideração a falta de uma solução na estrutura familiar, aponta algumas alternativas de solução. Entre elas: a) a venda do controle da empresa para terceiros pode ser considerada, quando o nível de divergência ainda é tolerável. b) divisão entre as famílias ou sucessores, caso seja possível, entregando a cada parte uma fração para ser administrada de forma autônoma. c) quando a divergência surge da dificuldade de encontrar um gestor dentro da própria família, é uma solução a indicação de um executivo da própria empresa. d) caso tal indicação não seja possível, pode-se contratar um executivo externo; e) e aquisição de controle por uma das partes.

Note-se que as soluções apontadas não levam em consideração um grau de desacordo capaz de causar a judicialização das questões. Todavia, cada um dos problemas apontados é capaz, por si só, de provocar uma ruptura cuja solução envolverá a provocação do poder judiciário.

E é exatamente nesse ponto – de ruptura – que todo acerto hereditário empresarial se encontra vulnerável. O desacordo em relação à administração, por exemplo, pode levar

127 BERNHOEFT, **Empresa familiar: sucessão profissionalizada ou sobrevivência comprometida**, p. 159–160.

o negócio ao abandono. Diante de tal cenário, as medidas cautelares podem prevenir situações catastróficas.

3.3 Medidas cautelares e proteção do acervo hereditário empresarial-familiar

Como visto, a judicialização de questões sucessórias no âmbito das empresas familiares é situação extrema, que pode ser remediada de inúmeras maneiras, inclusive com a adoção de cláusulas de mediação e arbitragem. Todavia, em dadas situações, mormente quando o conflito já se tornou inevitável e o acervo hereditário se encontra em risco, a judicialização não só é bem-vinda como recomendável.

No direito brasileiro, as medidas cautelares nominadas foram substituídas pelos mecanismos genéricos de tutelas provisórias, não havendo qualquer especificidade. Por este motivo, é interessante olhar para o ordenamento jurídico Argentino, a fim de se identificar em que hipóteses, dentro de um processo sucessórios as medidas cautelares podem ser utilizadas.

Germano¹²⁸, ao discorrer especificamente sobre tais medidas utilizadas no âmbito da sucessão, começa separando-as de outros procedimentos preliminares que também possuem a mesma finalidade ¹²⁹. Dentre as medidas cautelares que são tipicamente utilizadas para proteção do patrimônio sucessório, o autor elenca as seguintes: o sequestro de bens móveis registrados ou não ¹³⁰; intervenção, administração e fiscalização judicial; inibição de bens¹³¹ e anotação de litígio; proibição de inovar e proibição e contratar; medidas cautelares genéricas e de proteção das pessoas. Tais designações podem não

128 GERMANO, **Medidas cautelares en procesos sucesorios**.

129 O autor classifica tais medidas como "anticipos jurisdiccionales", e informa que, embora pareçam, não são medidas cautelares. São elas: as medidas autosatisfativas, as medidas protetoras, medidas urgentes e medidas preventivas.

130 Civil y comercial. Se decreta el sequestro de bienes muebles como medida cautelar, ante el peligro de que los mismos sean vendidos y la insuficiencia de las medidas de seguridad que los recaudos ofrecen. Se aclara que el hecho de que la medida importe el cese de la actividad económica no es, en principio, decisivo para denegarla, siempre que se asegure el derecho del actor y no se vulneren otros principios jurídicos (Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2006). Barreiro, Guillermo Antonio y Otros c/ Fernández, Graciela y Otros s/ Usucapión. Expediente N° 116. XXXVIII. Recuperado de <https://www.cij.gov.ar/SCBA001004.xhtml>).

131 "La medida cautelar de inhibición general de bienes procede cuando existen indicios suficientes para pensar que el deudor, frente a la obligación que se discute en el proceso, puede intentar frustrar el resultado del mismo". (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala C, 19/06/2007, "Valcrosa Guillermo contra Ríos Luis y otro s/ordinario").

coincidir com os modelos tradicionalmente utilizados no Brasil, mas ainda assim, guardam certas semelhanças.

O arresto, por exemplo, é medida cautelar baseada em um crédito, e está sempre associado à uma execução. A medida seria o equivalente ao embargo preventivo do direito argentino. Assim, serve ao propósito de garantir que, no futuro, a execução estará garantida por bens do devedor. Dentro de um contexto empresarial familiar, a medida serve principalmente ao propósito de proteger os créditos da empresa, diante da incerteza dos devedores em relação ao falecimento do administrador.

Entre outras medidas utilizadas no Brasil, está o sequestro. Este tem a finalidade de preservar bens determinados e específicos, sobre os quais recairão o litígio. Ao contrário do arresto, que se presta à garantia de uma futura execução de dinheiro (ou bens fungíveis), o sequestro seve ao propósito de se garantir execução para entrega de coisa certa. Todavia, na hipótese de abertura de sucessão em empresa familiar, inúmeras são as hipóteses de utilização do sequestro para proteção do acervo hereditário.

No direito brasileiro não possui previsão legal expressa de "Intervención, administración y veedor judicial", muito menos uma ferramenta específica para tanto, como um processo específico ou medida cautelar.

Todavia, alguns dispositivos ligados ao direito empresarial, e ao direito sucessório, trazem previsões que podem embasar um pedido de tutela provisória específica para tanto. As leis 11.101/2005 (Lei de falências e recuperação de empresas), lei 6.024/74 (lei de intervenção e liquidação extrajudicial de instituições financeiras), entre outras, preveem a nomeação de administrador judicial em casos específicos. O artigo 617 do Código de Processo Civil brasileiro prevê a possibilidade de nomeação de inventariante judicial, que possui, entre outras competências, o de administrar o espólio.

Em todo caso, é juridicamente possível a utilização da tutela provisória com a finalidade de intervir na administração de empresa, sobretudo no caso de a mesma estar em fase de transição por conta de uma sucessão 132.

132 Cita-se como precedente jurisprudencial brasileiro o seguinte caso: "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEDIDA CAUTELAR DE BUSCA E APREENSÃO. NOMEAÇÃO DE ADMINISTRADOR PROVISÓRIO PARA EMPRESA. POSSIBILIDADE. RISCO DE PREJUÍZOS À EMPRESA E SEUS FUNCIONÁRIOS. 1. Em se tratando de medida cautelar, é suficiente a presença de indícios de verossimilhança das alegações do requerente e do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação para a concessão da liminar. 2. O fato de a empresa estar sem sócio-administrador e a possibilidade de prejuízos aos seus interesses, como a suspensão de suas atividades e o desemprego de seus funcionários, justificam a nomeação de administrador provisório, com poderes para gerir e administrar a empresa no período de vigência da liminar. 3. Agravo de instrumento desprovido." (Tribunal Regional Federal da 3ª Região - TRF3. Processo: 0001882-28.2012.4.03.6130

O que se percebe, de todo o exposto, é que as medidas cautelares para proteção do acervo hereditário são tantas quanto são os problemas possíveis de ocorrerem no âmbito de uma empresa familiar. Porém, de uma forma concisa, é interessante a exemplificação dada por Germano. O autor elenca algumas situações em que medidas antecipatórias são bem-vindas:

- a) *Medidas de conservación de bien hereditário;*
- b) *Autorización de ventas sobre bienes preceaderos o de gran costo para la massa indivisa;*
- c) *Autorización para hacer uso de fondos indivisos existentes;*
- d) *Adjudicación para uso y goce de um determinado bien a um copartícipe por razones de urgência debidamente acreditadas;*
- e) *Designación de um copartícipe como administrador;*
- f) *Designación de administrador judicial;*
- g) *Realización de inventario judicial;*
- h) *Autorización para actos que requieran consentimiento de los demás copartícipes;*
- i) *Medidas preliminares para entablar demandas posteriores o determinar derechos de la masa indivisa;*
- j) *Prohibición de realizar ciertos actos sobre la masa indivisa;*
- k) *Prohibición de desplazar bienes integrantes de la masa indivisa* 133.

No direito brasileiro, várias são as situações que chegaram aos tribunais superiores no sentido de utilização das medidas cautelares no âmbito sucessório. No julgamento do Agravo no Recurso Especial n. 1.921.746-DF, o Superior Tribunal de Justiça avaliou justamente a utilização de medida cautelar no Processo de Inventário. Em primeira instância, as partes requereram cautelar de bloqueio de bens de uma determinada empresa cujo autor da herança era sócio, a fim de garantir a liquidação das quotas e posterior

Data do julgamento: 21/02/2013. Órgão julgador: Quinta Turma). Ressalta-se que o mesmo foi julgado na vigência do Código de Processo Civil de 1973, que possuía medidas cautelares nominadas.

133 GERMANO, **Medidas cautelares en procesos sucesorios**, p. 75–76.

partilha entre os herdeiros. O STJ acabou por confirmar a decisão de piso, inclusive em relação à remoção da inventariante, por excesso de litígio (*AgInt no Recurso Especial 1.921.746/DF, 2022*).

No direito argentino, apenas a título de exemplo do uso da medida cautelar no processo de inventário, citamos o Expediente nro. 38798/2015/CA1, julgado pela Câmara Nacional de Apelações Cíveis da Capital Federal em 15 de fevereiro de 2018 (*Expediente nro. 38798/2015/CA1, 2018*).

Nesse processo, um dos herdeiros ingressou com uma ação judicial de inventário e requereu a nomeação de um administrador para gerir os bens deixados pelo falecido, bem como a proibição da venda de um imóvel até que o processo de inventário fosse concluído. O requerente alegou que os outros herdeiros estavam agindo de forma irregular e que havia o risco iminente de perda ou degradação dos bens.

O juiz de primeira instância indeferiu o pedido de nomeação de administrador, mas deferiu a proibição da venda do imóvel. Os demais herdeiros recorreram da decisão, argumentando que não havia perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, uma vez que o imóvel estava desocupado e não havia indícios de que seria vendido a curto prazo.

A Câmara Nacional de Apelações, porém, entendeu que a proibição da venda do imóvel era medida cautelar adequada para garantir a segurança e a integridade dos bens envolvidos. De acordo com o relator do caso, a medida cautelar tinha como objetivo assegurar que os demais herdeiros não alienassem o imóvel de forma irregular ou sem a devida autorização judicial.

Além disso, a Corte entendeu que a medida cautelar não causaria prejuízo aos demais herdeiros, uma vez que a proibição da venda do imóvel não impedia o uso do bem ou a realização de reformas ou melhorias. A medida cautelar tinha como único objetivo impedir a venda ou a transferência do imóvel até que o processo de inventário fosse concluído e os bens fossem distribuídos entre os herdeiros.

Assim, a Câmara Nacional de Apelações cíveis da capital federal confirmou a decisão de primeira instância e deferiu a medida cautelar de proibição da venda do imóvel até o fim do processo de inventário.

Assim, elencar as medidas cautelares – que são quase infinitas no direito brasileiro – é algo impossível. Porém, o objetivo do presente trabalho não foi exaurir as possibilidades, mas sim apresentá-las como um rol aberto, que podem e devem ser utilizadas.

CONCLUSÃO

O objetivo do presente estudo foi analisar o uso das medidas cautelares no âmbito das sucessões em empresas familiares. Tal modelo de empresa representa uma importante parcela da geração de Riquezas no mundo, e por vezes tem como principal dificuldade a ausência de um planejamento sucessório e a consequente morte de seu administrador.

Para tanto, na primeira seção apresentou-se aspectos gerais sobre as sucessões, para então aprofundar tal instituto no âmbito empresarial. Como mencionado, a sucessão é um dos principais gargalos de extinção das empresas familiares, sobretudo pela prática ainda rara de execução de um planejamento.

Na segunda seção, nos aprofundamos nas medidas cautelares. Para tanto, foi estudado o sistema de medidas cautelares do Código de Processo Civil de 1973, do Código de Processo Civil de 2015, e do Código de Processo Civil e Comercial da Argentina. Como visto, em que pese cada um desses códigos possua normativas próprias, as medidas cautelares podem ser entendidas como medidas preliminares para proteção de determinado bem ou direito a fim de garantir a satisfação de uma medida futura.

Por fim, enfrentou-se o problema do presente estudo: o uso das medidas cautelares para proteção do acervo hereditário. Os problemas enfrentados pelas empresas familiares, por envolverem também sentimentos e relações de parentesco, podem se agravar, e eventualmente podem ser judicializados. Para tais ocasiões, é de suma importância o oferecimento de uma especial proteção ao acervo hereditário. A uma porque o andamento não pode parar, demandando atitudes urgentes que não podem aguardar a formulação de um acordo entre os herdeiros. A duas, porque uma demora na movimentação do acervo hereditário pode ocasionar a perda de créditos e bens perecíveis.

Para tanto, é de máxima conveniência a utilização das medidas cautelares, a fim de proporcionar o resguardo do acervo patrimonial empresarial (em seu poder, ou em poder de terceiros), até uma decisão definitiva.

REFERÊNCIAS

ARGENTINA, República Federativa da. CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION.

ARGENTINA, República Federativa da. Ley general de sociedades.

BERNHOEFT, Renato. **Empresa familiar: sucessão profissionalizada ou sobrevivência comprometida**. 2. ed. São Paulo: Nobel, 1989.

BORETTO, Mauricio. La empresa familiar en el derecho argentino a la luz del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. **Civilistica.com**, v. 3, n. 8, 2019. Disponível em: <<http://civilistica.com/la-empresa-familiar/>>.

CANÇADO, Vera L.; LIMA, Juvêncio Braga de; MUYLDER, Cristiana Fernandes de; *et al.* Ciclo de vida, sucessão e processo de governança em uma empresa familiar: um estudo de caso no Grupo Seculus. **REAd. Revista Eletrônica de Administração (Porto Alegre)**, v. 19, n. 2, p. 485–516, 2013.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 3. ed. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1958.

DAVIS, Peter S.; HARVESTON, Paula D. The Influence of Family on the Family Business Succession Process: a Multi-Generational Perspective. **Entrepreneurship Theory and Practice**, v. 22, n. 3, p. 31–53, 1998.

DIDIER, Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

FLORIANI, Oldoni Pedro; RODRIGUES, Leonel Cezar. Sucessão empresarial: processo sucessório em empresas familiares. *In: Anais do I EGEPE*. Blumenau: Universidade Regional de Blumenau, 2000, p. 299–312.

GERMANO, Jorge Alberto. **Medidas cautelares en procesos sucesorios**. Buenos Aires: García Alonso, 2019.

GERSICK, Kelin E. **Generation to Generation: Life Cycles of the Family Business'**. [s.l.]: Harvard Business School Press, 1997.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil: execução e processo cautelar**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LAURETTI, Lélío. Ética e códigos de conduta nas empresas familiares. *In: Acontece nas melhores famílias: repensando a empresa familiar*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAMEDE, Gladson. **Direito Societário: sociedades simples e empresárias**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MAMEDE, Gladson; MAMEDE, Eduarda Cotta. **Holding familiar e suas vantagens: planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MAMEDE, Gladson; MAMEDE, Eduarda Cotta. **Planejamento sucessório: introdução à arquitetura estratégica patrimonial e empresarial com vistas à sucessão causa mortis**. São Paulo: Atlas, 2015.

MIDÓN, Gladis E. de; MIDÓN, Marcelo Sebastián. **Manual de derecho procesal civil**. 2. ed. Buenos Aires: La Ley, 2014.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de direito de família e sucessões**. 2. ed. São Paulo: Trevisan, 2017.

ROSA, Daniele Aparecida; CARDOSO, Rafael Vinicius; MAZON, Valentina Elizabeth Rossini. **Gestão de empresas familiares: Uma Revisão de Literatura**. p. 14, 2017.

TESSER, André Luiz Bauml. As diferenças entre a Tutela Cautelar e a Antecipação de tutela no CPC/2015. *In*: **Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 29–50.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil: processo cautelar e procedimentos especiais**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

A INFLUÊNCIA DA DEONTOLOGIA E DA DICEOLOGIA NO ÂMBITO DA MEDICINA LEGAL E DO PODER JUDICIÁRIO

LORENA SILVA PEREIRA: Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso. Pós-Graduada em Direito Processual Penal pelo Instituto Luiz Flávio Gomes. 134

RESUMO: O presente artigo se propõe a abordar a influência da deontologia e da diceologia na Medicina Legal, bem como a demonstrar sua correlação ao Poder Judiciário.

PALAVRAS-CHAVE: Medicina Legal. Deontologia. Diceologia. Direito.

ABSTRACT: This article proposes to address the influence of deontology and diceology in the legal Medicine, as well as demonstrate its correlation to judicial power.

KEYWORDS: Legal Medicine. Deontology. Diceology. Law.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A medicina legal e sua relação com a deontologia e a diceologia. 3. O ato pericial. 4. O médico perito e os princípios éticos da medicina. 5. O médico perito e os princípios legais. 5.1. Princípio da Veracidade. 5.2. Princípio da Fidelidade Profissional. 5.3. Princípio da Imparcialidade e da Justiça. 6. Direitos e deveres do médico legista. 6.1. Quanto ao Dever de Prestar Esclarecimentos. 6.2. Quanto ao Sigilo. 6.2.1. Sigilo na atividade processual. 6.2.2. Falso Testemunho ou Falsa Perícia. 7. O juiz e o laudo médico-pericial. 8. Conclusão. 9. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A deontologia e a diceologia podem ser conceituados nos deveres e direitos do profissional, isto é, no comportamento ético dele esperado.

A etimologia da palavra ética nos remete a *ethos*, termo grego que significa "modo de ser" ou "caráter". Assim, tanto para o exercício da medicina quanto do direito e sobretudo da medicina legal, exige-se do profissional um comportamento baseado em padrões de retidão e diligência, os quais estão intimamente ligados à habilitação legal e à habilitação técnico-científica.

134 Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso. Pós-Graduada em Direito Processual Penal pelo Instituto Luiz Flávio Gomes.

A fim de situar a medicina legal no contexto das regras éticas a serem seguidas pelos atuantes na área, inicia-se o presente artigo com uma visão geral da temática.

2. A MEDICINA LEGAL E SUA RELAÇÃO COM A DEONTOLOGIA E A DICEOLOGIA

A medicina legal pode ser conceituada como a ciência que estuda e aplica os conhecimentos científicos da área médica ao esclarecimento de fatos diversos que apresentem interesse jurídico. Aplica-se aos interesses do direito constituído, perfazendo e também fiscalizando o exercício médico-profissional.

Nesse contexto, cumpre ressaltar que a medicina legal possui, basicamente, três grandes áreas de abrangência: a medicina legal judiciária, profissional e social.

A Medicina Legal Judiciária trata dos assuntos gerais relacionados ao Direito Penal, Direito Civil, Direito Processual; inclui vários assuntos, dentre os quais: Criminalística Médico-Legal, Medicina Legal Sexológica, Medicina Legal Traumatológica e Tanatológica, Medicina Legal Psiquiátrica, dentre outros.

A Medicina Legal Profissional, por sua vez, consiste nos direitos e deveres dos médicos, ou seja, da deontologia e diceologia na medicina legal.

Por seu turno, a Medicina Legal Social abarca a medicina legal trabalhista, a securitária e a medicina legal preventiva.

Há, ainda, uma classificação mais simplificada se restringe a Medicina Geral e a Especial. A primeira possui com foco a deontologia e diceologia, que são fundamentalmente os parâmetros de atuação profissional do médico. Sendo que deontologia define todos os parâmetros dos deveres profissional e diceologia define os direitos profissionais. A Medicina Especial equivale à medicina Legal Judiciária.

A fim de analisar os direitos e deveres dos médicos legista, imprescindível destacar que o Conselho Federal de Medicina consagrou a equivalência entre o ato pericial e o ato médico, ensejando à conclusão de que o profissional da área está sujeito de forma direta aos princípios que regem o exercício da medicina.

Já no que toca à regulação do tema pela área jurídica, cabe enunciar o teor do artigo 157 do Código de Processo Civil, que preceitua que "o perito tem o dever de cumprir o ofício no prazo que lhe designar o juiz, empregando toda sua diligência, podendo escusar-se do encargo alegando motivo legítimo".

Posto isto, vê-se que, além dos conhecimentos específicos do profissional, atinente ao domínio técnico e noções da legislação pertinente à matéria examinada, salutar que o profissional aja com probidade e diligência em seu labor.

3. O ATO PERICIAL

O ato do perito-médico-legista é um procedimento médico, que objetiva esclarecer os fatos duvidosos ou controvertidos em juízo. Para tanto, o perito utiliza-se de seu vasto conhecimento científico e sua capacidade técnica, respeitando, contudo, a disciplina legal e administrativa.

Diante da insuficiência técnica dos juristas em geral para a elaboração de pareceres ligados à medicina, os legistas, com respaldo em seus conhecimentos técnicos específicos, avaliam e emitem conclusões sobre o que examinam, culminando na perícia.

A perícia é composta de duas partes: uma elucidativa/descritiva e outra conclusiva. Ela não se atém apenas à descrição da inspeção técnica, consiste num raciocínio do perito em função daquilo que está em análise, quando emitirá um verdadeiro juízo do fato - a conclusão, agindo quase que nas vestes do Pretor, pois, é o mesmo, compromissado no juízo da causa que atua, para esclarecer a verdade.

Dentre os principais deveres do perito estão os de primar pela melhor técnica e respeitar a disciplina legal e administrativa, bem como ser justo para não negar o que é legítimo. Nesse sentido, deve rejeitar qualquer tentativa de interferência, tais como pressões de qualquer natureza ou origem.

Respeitadas a lei e a técnica, o médico-perito deve responder conforme a sua consciência, mantendo-se independente para evitar ingerências que possam ocasionar ou induzir ao erro.

Outrossim, já que o perito-médico-legista é primordialmente um médico, deverá, em princípio, atentar para as disposições do Código de Ética Médica, às Resoluções dos Conselhos Federal e Regional, bem como para a lei que regula o exercício da medicina, consubstanciando-se, aqui, a natureza médica do ato pericial.

Tal afirmação se corrobora pela necessidade do registro do profissional junto ao Conselho Regional de Medicina. Assim, resulta incontestemente a subordinação deste profissional à corporação competente para fiscalizar o exercício da profissão médica. Portanto, quando o perito-médico-legista pratica um ato pericial, está praticando um ato médico.

4. O MÉDICO PERITO E OS PRINCÍPIOS ÉTICOS DA MEDICINA

Evidenciado o enquadramento do ato pericial como ato médico, notório é que o perito-médico-legista está sujeito ao poder disciplinar dos Conselhos de Medicina.

Logo, quando se tem notícia da ocorrência de suposto delito administrativo, será obrigatória a apuração deste e a consequente responsabilização do agente, aplicando-se as penalidades cabíveis. Devem ser observados, em tal apuração, todos os aspectos formais do procedimento, principalmente no que tange ao exercício dos direitos constitucionais ao contraditório e à ampla defesa.

Nessa seara, compete aos Conselhos de Medicina a fiscalização do exercício profissional dos médicos, conforme preceitua a Lei 3.268/57, em seu artigo 2º:

“O Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina são órgãos supervisores da ética profissional em toda a República e, ao mesmo tempo, julgadores e disciplinadores da classe médica, cabendo-lhes zelar e trabalhar por todos os meios ao seu alcance, pelo perfeito desempenho ético da medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exerçam legalmente”.

Incumbe aos Conselhos de Medicina promover a sindicância para que sejam averiguados os fatos que levaram o profissional a se abster de cumprir aquilo que lhe foi designado como dever.

5. O MÉDICO PERITO E OS PRINCÍPIOS LEGAIS

Conforme supracitado, o médico deve se submeter aos princípios éticos da medicina e à lei que regulariza a profissão, mas também estará subordinado aos dispositivos legais de que tratam a assunto a ser examinado, bem como à lei processual.

Assim, verifica-se a sujeição do perito-médico-legista aos princípios, direitos e deveres da medicina em geral.

Ainda, salutar uma análise mais particularizada da atividade médico-pericial, admitindo-se que não há como dissociar-se dos princípios, direitos e deveres da medicina em geral.

Existem princípios que regem o plano ético da competência de todas as profissões, tais como o da especificidade funcional e da capacidade técnica em permanente atualização, do altruísmo pessoal, do sigilo profissional, da retidão, da integridade e da boa-fé.

Uma vez que o trabalho médico-pericial se sujeita à disciplina judiciária, o perito tem os seguintes deveres: de cidadania; de cumprir escrupulosamente o encargo que lhe foi cometido, independentemente de termo de compromisso, com prazos a cumprir; de apresentação em audiências em horários determinados para relatar verbalmente suas razões, expondo-se publicamente aos argumentos da parte contrária e não muito raramente sofrendo ameaças de agressão ou de morte.

São preceitos da desejável atuação do perito médico o intercâmbio com especialistas, a disciplina operacional, exemplificado pelo cumprimento de prazos e formalidades, a urbanidade, a discrição, o senso de justiça e o entendimento do controverso.

Levando-se em consideração que o laudo pericial se revela uma prova científica, fundamental na elucidação de conflitos e, não raramente, o único meio probatório ou elemento de convicção, caso este contenha a verdade real, poderá condenar um inocente ou favorecer a absolvição do culpado. Portanto, uma atuação profissional pautada em preceitos éticos é condição *sine qua non* para um resultado mais justo ou menos injusto. Eis, por outro lado, o grau de responsabilidade ao qual o médico-legista está submetido.

Os conselheiros do Conselho Federal de Medicina, Dardeg de Souza Aleixo e Luiz Salvador de Miranda Sá Junior, lecionam de forma precisa sobre os princípios éticos que norteiam a prática médico-pericial:

5.1. PRINCÍPIO DA VERACIDADE

Tanto quanto os demais médicos, os peritos têm irrefutável compromisso com a verdade, mesmo quando atuam como assistentes de uma das partes. Entretanto, tal compromisso não está dirigido para o cliente, como na clínica, mas para quem o incumbiu da perícia.

5.2. PRINCÍPIO DA FIDELIDADE PROFISSIONAL

Diversamente da clínica, em que a fidelidade ou lealdade prioritária se dirige ao paciente, na perícia, o dever de lealdade profissional dirige-se para o interesse da sociedade.

5.3. PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE E DA JUSTIÇA

Vê-se que a atitude imparcial associada à preocupação com a Justiça é um dos elementos mais significativos da estrutura ética da formação profissional, especialmente dos médicos, podendo a imparcialidade ser conceituada como a atitude afetiva e cognitiva de não tomar partido em um litígio, que se conserva equidistante dos que conflitam em uma causa qualquer.

Assim aduz do art. 98 do Código de Ética Médica, sendo vedado ao médico:

“Art. 98. Deixar de atuar com absoluta isenção quando designado para servir como perito ou como auditor, bem como ultrapassar os limites de suas atribuições e de sua competência.”

O perito deve estar certo de que não tem qualquer interesse no resultado de sua perícia. Nem parecer que tem. Quanto ao médico, notadamente quando exerce função pericial, não deve julgar moralmente seu paciente ou castigá-lo por qualquer meio, por pior que julgue sua conduta. Pontua-se que, ainda que deva ter comportamento afável, humano e tolerante, deve recusar intimidades diferentes das estritamente convencionais, bem como tomar cuidado redobrado ao lidar com pacientes e periciandos com os quais não tenha segurança da independência de seu espírito e julgamento. Nesse sentido é o art. 93, *in verbis*:

“Art. 93. Ser perito ou auditor do próprio paciente, de pessoa de sua família ou de qualquer outra com a qual tenha relações capazes de influir em seu trabalho ou de empresa em que atue ou tenha atuado.”

Fator que, no âmbito da psicologia médica se denomina envolvimento afetivo, não é experimentar emoções ou sentimentos frente ao enfermo ou examinado, mas perder sua objetividade e imparcialidade.

6. DIREITOS E DEVERES DO MÉDICO-LEGISTA

Com base na ética, constata-se que o relacionamento profissional do Médico Perito deve encontrar esteio no respeito ao ser humano, sem, todavia, deixar de honrar o compromisso com a verdade, com vistas a fazer, ou subsidiar julgamentos morais, indispensáveis à aplicação do preceito ético de justiça.

6.1. QUANTO AO DEVER DE PRESTAR ESCLARECIMENTOS

O perito médico possui a incumbência de cumprir o ofício de prestar esclarecimentos no processo, no prazo que lhe assinala a lei, empregando toda a sua diligência. Entretanto, como já esboçado, o profissional pode se escusar do encargo alegando motivo legítimo ou ser recusado por impedimento ou suspeição.

6.2. QUANTO AO SIGILO

O profissional médico deve guardar sigilo quanto às informações a que tiver acesso em decorrência do exercício profissional, pois a quebra desse sigilo poderá resultar em um

processo ético no Conselho Regional de Medicina, a uma representação criminal ou mesmo a uma ação indenizatória por eventuais danos materiais e morais.

O sigilo profissional é um dos pilares da ética médica voltado a coibir qualquer publicidade sobre o conhecimento adquirido durante o exercício da profissão. Dispõe o artigo 207 do Código Processual Penal que: "São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho".

Visando a preservação da intimidade do paciente, o médico está subordinado aos ditames do Código Penal, que capitula o crime de violação do sigilo profissional, em seu artigo 154, punindo a revelação, sem justa causa, de "segredo que tenha ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão e cuja revelação possa produzir dano a outrem" com pena de detenção de 03 meses a 1 ano.

Apenas o próprio paciente, que expôs ao profissional parte da sua intimidade e a quem vai dirigido a proteção legal, é quem pode, dentro dos limites fixados, autorizar o médico a quebrar o voto de silêncio. O segredo como expressão do respeito à privacidade e à intimidade é patrimônio do paciente.

Ademais, o médico está sujeito à sanção disciplinadora do Código de Ética Médica, que contempla tal questão em seus artigos 11 e 102 a 109, além do milenar juramento de Hipócrates (460-370 AC): "O que, no exercício e no comércio da vida, eu vir e ouvir, que não seja necessário revelar, conservarei como segredo".

A propósito, o artigo 11 do Código de Ética Médica dispõe que "o médico deve manter sigilo quanto às informações confidenciais de que tiver conhecimento no desempenho de suas funções. O mesmo se aplica ao trabalho em empresas, exceto nos casos em que seu silêncio prejudique ou ponha em risco a saúde do trabalhador ou da comunidade".

Nessa senda, em seu artigo 102 estabelece ser vedado ao médico "Revelar fato de que tenha conhecimento, em virtude do exercício de sua profissão, salvo por justa causa, dever legal ou autorização expressa do paciente". No entanto, entendem muitos que o juiz pode ouvir o médico em segredo de justiça ou desobrigá-lo ao sigilo profissional, fundamentando-se no relevante valor social e moral da justa causa.

Tais argumentos se embasam no fato que o médico atua como fiel depositário de informações de seus pacientes, as quais só poderão ser reveladas nas hipóteses legais de justa causa, de legítima defesa, de estrito cumprimento de dever ou estado de necessidade.

Frise-se que existem situações em que o médico está desobrigado da guarda desse sigilo: consentimento do paciente ou de seus responsáveis legais, por justa causa e por dever legal. Não havendo autorização expressa do paciente, a autoridade competente deverá nomear perito médico que, realizará nos documentos do paciente (prontuário, ficha médica etc), a perícia restrita aos fatos em questionamento.

Impende consignar que o sigilo profissional a que está sujeito o médico só pode ser dispensado para fornecimento de informações ou elementos para a instrução de processos criminais que visem à apuração de infrações criminais relacionadas com a prestação de socorro médico ou moléstia de notificação compulsória. Tratando-se de investigação de crime, sua revelação deve ser feita em termos, ressaltando-se os interesses do cliente, pois o médico não pode ser transformado em delator de seu paciente.

6.2.1 SIGILO NA ATIVIDADE PERICIAL

Verifica-se que o artigo 1º da Resolução nº 1605/2000 do Conselho Federal de Medicina elenca que "o médico não pode, sem o consentimento do paciente, revelar o conteúdo do prontuário ou da ficha médica". Contudo, há de se considerar a que ou a quem se destinam as informações. Ao se tratar de solicitação de médico investido em função pericial, as informações médicas devem ser fornecidas, mesmo porque este se encontra na obrigação de manter o sigilo profissional.

Não recai a punição exarada a quebra do sigilo for motivada por dever legal. Nessa senda, a lei penal tipifica como crime de omissão de notificação de doença, a conduta do médico que deixa de denunciar à autoridade pública moléstia cuja notificação é compulsória. Da mesma forma, o artigo 16 da Lei nº 9263/96 que trata do planejamento familiar, estabelece sanções para o médico que deixar de notificar à autoridade sanitária as esterilizações cirúrgicas que realizar.

No exercício da função pericial, o médico não está sujeito à regra do segredo em relação ao examinando, devendo prestar à justiça todos os esclarecimentos necessários.

6.2.2. FALSO TESTEMUNHO OU FALSA PERÍCIA

Conceitua-se a falsa perícia como aquela em que o perito, por evidente ou comprovada má fé (dolo), deturpa no laudo correspondente, mesmo que em parte, a realidade dos fatos constatados, seja para beneficiar o réu ou indiciado, seja para agravar sua culpabilidade.

O delito de falso testemunho ou falsa perícia está tipificado na legislação penal vigente, entre os crimes que acarretam lesões à normalidade funcional, proibidade,

prestígio, decoro e incolumidade da Administração da Justiça; sendo relevante a compreensão dessa infração penal, pois, os médicos são cada vez mais solicitados a prestar depoimentos nos tribunais ou emitir laudos escritos nas mais diversas áreas do Direito.

O tipo descrito no artigo 342 do Código Penal elenca que:

“Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

§1º As penas aumentam-se de um sexto a um terço, se o crime é praticado mediante suborno ou se cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal, ou em processo civil em que for parte entidade da administração pública direta ou indireta.

§2º O fato deixa de ser punível se, antes da sentença no processo em que ocorreu o ilícito, o agente se retrata ou declara a verdade.”

7. O JUIZ E O LAUDO MÉDICO-PERICIAL

Inviável que os laudos periciais encontrem esteio, tão somente, na opinião do perito. Ao revés, deve o Magistrado exigir que a opinião emanara esteja fundada em literatura científica pertinente.

Tal fundamentação se embasa no fato de que o perito está sujeito a todos os efeitos e consequências da precariedade dos conhecimentos humanos, das deficiências e imperfeições da ciência. Entretanto, importante evidenciar que os peritos, dada a falibilidade humana, estão sujeitos a erros e o CPP dispõe no seu artigo 182 que "o juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte".

É cediço que o laudo pericial não obriga o juiz, que o tem como peça técnica de caráter informativo, mas que não se apresenta cogente. Entretanto, não se pode olvidar que a manifestação contida no laudo do perito judicial médico, órgão técnico e auxiliar do juízo, assume importância singular para que o magistrado possa proferir um julgamento justo.

8. CONCLUSÃO

O presente artigo visa explicar a importância da atuação profissional do perito na prática de seus atos médico-periciais em auxílio à justiça, bem como a sujeição direta destes atos a princípios éticos que regem o exercício da medicina.

A despeito do juiz não esteja adstrito ao laudo técnico-pericial para o julgamento do *meritum causae*, enfatiza-se o papel crucial de auxílio à justiça prestado pelo perito-médico-legista que, revestido de princípios ético-legais, além de todo o vasto conhecimento científico, contribui ao Poder Judiciário.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

SICOLI, Luiz Fernando. "**Perícia Médica: A convergência entre a Medicina e o Direito**" Portal Administradores, 21 jan 2012. Disponível em: <<http://www.administradores.com.br/artigos/administracao-e-negocios/pericia-medica-a-convergencia-entre-a-medicina-e-o-direito/61096/>> Acesso em: 30 mar 2023.

CARVALHO. **Carvalho Perícia Médica**, s.d. Disponível em: <http://www.carvalhopericiamedica.com.br/Pericia_Medica.asp> Acesso em: 30 mar 2023.

CONSELHO Federal De Medicina. **Resolução CFM nº 1.488/1998**. Portal Médico, s.d. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1998/1488_1998.htm> Acesso em: 29 mar 2023

FRANÇOSO FILHO, Renato. **Aspectos éticos da perícia médica**. Disponível em: <<http://www.cremesp.org.br/pps/eventos/Aspectos%20eticos%20da%20pericia%20medica.ppt>> Acesso em: 28 mar 2023.

CONSELHO Regional de Medicina do Estado de Santa Catarina. **Manual De Orientação Ética E Disciplinar**. vol 1. 2ª. ed. rev. e atual. Florianópolis, mar 2000. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/Regional/crmesc/manual/parte1c.htm>> Acesso em: 30 mar 2023.

RACISMO AMBIENTAL: ASPECTOS GERAIS E CONTRIBUIÇÃO JURÍDICA

FELIPE AUGUSTO DA CRUZ:

especialista em direitos difusos e coletivos/ Servidor público federal.

RESUMO: O presente trabalho apresenta o conceito de racismo ambiental, demonstrando exemplos de como e onde ele está inserido em diversos contextos sociais brasileiros e, utilizando-se da legislação pátria, especialmente a Constituição Federal de 1988, traz à reflexão a responsabilidade civil que o Estado teria em não fiscalizar ou ser omissivo em relação a condutas de terceiros que geram danos às minorias atingidas pelas injustiças ambientais.

INTRODUÇÃO

O termo racismo ambiental é recente, ainda que sempre presente em vários segmentos populacionais no Brasil e no mundo, de modo que ainda é tema pouco abrangido por projetos de pesquisa e órgãos oficiais, tanto é verdade que, em rápida busca na ferramenta Google, o que se encontra são sites mantidos por representantes das próprias minorias e por pesquisadores.

O racismo ambiental pode tanto ser enxergado em outras regiões do Brasil quanto no âmbito estadual e local, por exemplo, na região da Grande Dourados, Mato Grosso do Sul, com a questão indígena, cuja retomada do *tekoha*¹³⁵ é notícia recorrente na mídia, em contraste com o aumento da agricultura na região.

Em um primeiro momento, são trazidos conceitos gerais que englobam o tema, como legislação e princípios norteadores do meio ambiente digno a todos. Mais adiante, é apresentado o conceito de racismo ambiental, suas várias vertentes e, então, relacionados alguns casos ocorridos (e ainda ocorrentes) no País. Por fim, fala-se em responsabilidade civil do Estado na compensação dos danos às minorias que sofrem diretamente com essas injustiças.

1 Aspectos gerais e legislação ambiental

Antes de adentrar no tema propriamente dito, cabe trazer à baila o conceito de meio ambiente. Sobre o assunto inicialmente tratado, Milaré (2013, p. 133) aduz que “a

¹³⁵ Conforme o site Povos Indígenas do Brasil, “o tekoha é, assim, o lugar físico – terra, mato, campo, águas, animais, plantas, remédios etc. – onde se realiza o teko, o “modo de ser”, o estado de vida guarani. Engloba a efetivação de relações sociais de grupos macro familiares que vivem e se relacionam em um espaço físico determinado”. Disponível em: <https://pib.socioambiental.org/pt/povo/guarani-kaiowa/552>. Acesso em 8 de fevereiro de 2017.

expressão 'meio ambiente' (milieu ambant) foi, ao que parece, utilizada pela primeira vez pelo naturalista francês Geoffroy de Saint-Hilaire na obra *Études progressives d'un naturaliste*, de 1835". Ainda sobre essa linha de abordagem, o Dicionário Larousse (Milaré, p. 134) frisa que o meio ambiente "é o conjunto de elementos naturais ou artificiais que condicionam a vida do homem".

Soa repetitivo, porém importante mencionar o conceito de meio ambiente na legislação. A respeito do objeto abordado, Machado (2014, p. 59) proclama o seguinte:

Note-se a ausência de definição legal e/ ou regular de meio ambiente até o advento da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente. Conceituou-se meio ambiente como "o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas" (art. 3º, I)

Destarte, o meio ambiente é considerado como "um patrimônio" público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo" (art. 2º, I).

Feitas estas ponderações, urge salientar que o conceito de meio ambiente, apesar de unitário, permite identificar várias espécies, quais sejam: meio ambiente natural ou físico, meio ambiente cultural, meio ambiente cultural ou humano e meio ambiente do trabalho. Dentre estes, merecem destaque o primeiro e o terceiro, respectivamente.

A respeito do meio ambiente natural, a lei 6.938/81, em seu artigo 3º, I, já supramencionado, descreve com exatidão a sua abrangência. Nesse diapasão, entende-se como meio ambiente físico o solo, água, o ar atmosférico, flora, fauna e tudo aqui que está vinculado a estes meios.

Outrossim, o meio ambiente urbano é tratado por Lenza (2010, p. 936) como: espaço urbano construído, destacando-se as edificações (*espaço urbano fechado*) e também os equipamentos públicos, como as ruas, espaços livres, parques, áreas verdes, praças, etc.

A partir de então cabe destacar que, independentemente de qual espécie de meio ambiente se trata, é fundamental a manutenção do equilíbrio ecológico. O desenvolvimento não significa apenas crescer industrialmente e financeiramente. A expansão da economia deve ser atrelada a uma manutenção equilibrado do meio ambiente, fator determinante para o bem social.

Além disso, o acesso ao meio ambiente equilibrado é um direito difuso, ou seja, está vinculado a um conjunto de pessoas as quais não se determinam, inclusive àquelas que ainda nem nasceram, sendo, portanto, de extrema importância a preservação do ecossistema.

Todavia, ao longo dos anos, o que se vê é uma série de catástrofes ambientais, interferência humana em habitats que deveriam ser preservados, bem como o avanço das cidades sem um projeto sustentável. Mas isso será exposto mais adiante, quando for abordado o assunto principal deste artigo.

Ingo Sarlet (2013, p. 32) associa de forma muito sábia a preservação do meio ambiente ao desfrute dos demais direitos fundamentais, vejamos:

A abordagem ecológica do Direito Constitucional, conforme já sinalizado em passagem anterior, justifica-se em razão da importância que a qualidade, o equilíbrio e a segurança ambiental têm para o desfrute, a tutela e a promoção dos direitos fundamentais (liberais, sociais e ecológicos) – como, por exemplo, vida, integridade física, propriedade, saúde, educação, moradia, alimentação, saneamento básico –, o que situa a proteção do ambiente – por si só – como um dos valores edificantes do nosso Estado de Direito constituído através da Lei Fundamental de 1988 (art. 225). Assim, cumpre arrolar algumas das “pegadas humanas”, como sinônimo de degradação perpetrada pela ação humana no meio natural, dado que os efeitos negativos de tais práticas resultam, na grande maioria das vezes, em violação direta ou mesmo indireta aos direitos fundamentais do indivíduo, dos grupos sociais e da coletividade como um todo.

Nesse sentido, corroborando com o entendimento de Sarlet, a Constituição Federal de 1988 aduz que é direito da população ter acesso a um meio ambiente preservado. Além disso, traz uma série de obrigações ao Poder Público, a fim de manter o equilíbrio ecológico. Fixada essa diretriz, imprescindível observar o texto do artigo 225 da Carta Magna:

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

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

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

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

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

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

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

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

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. (Regulamento)

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

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

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

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

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

Convém salientar que do artigo supramencionado surge o princípio do acesso equitativo aos recursos naturais. Como bem estabelece Machado (2014, p. 86-87), não basta explorar os recursos naturais de maneira desproporcionais, mesmo que não escassos. Deve-se avaliar a real necessidade da utilização do meio ambiente e, mesmo após toda a apreciação, é importante tornar o acesso às riquezas da natureza equilibrada.

Destarte, aqueles recursos naturais já citados acima, como, por exemplo, o ar, a água e a terra, devem atender a toda a coletividade de forma razoável. Nesse ritmo argumentativo, há de se ressaltar que “o Direito Ambiental tem a tarefa de estabelecer normas que indiquem como verificar as necessidades de uso dos recursos ambientais” (Machado, 2014, p. 87).

De se acrescentar, portanto, que a disponibilidade a um meio ambiente preservado é um direito que deveria abranger toda a coletividade, sem exceções. Todavia, frisa-se que o acesso a um ecossistema condizente com o que proclama a Constituição Federal de 1988 está estritamente ligado às condições financeiras do conglomerado social.

Em outras palavras, as regiões onde se situam as pessoas com maiores condições econômicas, em regra, possuem um equilíbrio natural muito superior a aquelas localidades em que os integrantes do cerco social são menos favorecidos financeiramente, como exemplo, as favelas. É nesse aspecto que o princípio do acesso equitativo aos recursos naturais busca fazer justiça.

Cabe salientar que, além disso, o homem coloca o desenvolvimento da economia em primeiro plano. Infelizmente, a ideia de preservação do meio ambiente não advém de um raciocínio lógico, espontâneo e humano, pelo contrário, surge da intenção de recuperar uma parte do habitat, para acabar com a outra. As linhas que seguem reforçarão esse raciocínio:

Segundo Guido Fernando Silva Soares, a consciência da necessidade de proteção do meio ambiente decorre:

- Dos problemas advindos com o crescimento caótico das atividades industriais;
- Do consumismo desenfreado em âmbito local e mundial;
- De uma filosofia imediatista pelo desenvolvimento a qualquer preço;
- Da inexistência de uma preocupação inicial com as repercussões causadas ao meio ambiente pela atividade econômica;
- Da assunção de que os recursos naturais seriam infinitos, inesgotáveis e recicláveis por mecanismos automáticos incorporados à natureza (meados do século XIX) – Revolução Industrial; (Lenza, 2010, p. 937).

Entretanto, esse entendimento acaba por violar o artigo 170, *caput*, VI, da Carta Magna. O citado tipo constitucional proclama que o desenvolvimento econômico deve, dentre outros vários princípios, observar a defesa do meio ambiente. “Inclusive mediante tratamento diferenciado de acordo com o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e interpretação”. (Lenza, 2010, pág. 938)

E mais, a fim de complementar o argumento a cima, cita-se o inciso I, do artigo 4º, da Lei 6938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente: “à compatibilidade do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico”;

Observa-se que ao longo dos anos diversos acontecimentos têm atingido o meio ambiente de modo geral. Não só isso: é notório que a maioria das consequências negativas das catástrofes ambientais atinge uma parcela específica da sociedade. A isso se dá um nome: racismo ambiental.

Nesse contexto apresentado inicialmente, cabe apenas trazer as explicações de Sarlet (2013, p. 62-63):

No caso do Brasil, que registra um dos maiores índices de concentração de renda do mundo, de modo a produzir um quadro de profunda desigualdade e miséria social, o fato de algumas pessoas disporem de alto padrão de consumo – e, portanto, serem grandes

poluidoras –, ao passo que outras tantas muito pouco ou nada consomem, também devem ser considerado para aferir sobre quem deve recair o ônus social e ambiental dos danos ocasionados pela mudanças climáticas e pela degradação ambiental em geral. A sujeição de tais indivíduos e grupos sociais aos efeitos negativos da degradação ambiental rá agravar ainda mais a vulnerabilidade das suas condições existenciais, submetendo-as a um quadro de ainda maior indignidade, inclusive de modo a enquadrá-las na situação jurídica de *necessidade ambientais* ou mesmo *refugiados ambientais*. As pessoas mais vulneráveis aos efeitos negativos da degradação ambiental são aquelas mais pobres, as quais possuem uma condição de vida precária em termos de bem-estar, desprovidas do acesso aos seus direitos sociais básicos (moradia adequada e segura, saúde básica, saneamento básico e água potável, educação, alimentação adequada etc.).

Convém notar que, geralmente esses grupos mais pobres, com precariedade em direitos básicos, são encontrados nas favelas, regiões que habitam os ribeiros, índios, bem como aquelas pessoas que foram deslocadas de seu local de origem para dar lugar ao agronegócio.

2 Racismo ambiental propriamente dito

O racismo ambiental tem sua origem com movimentos em prol de justiça ambiental nos Estados Unidos nos anos de 1980, promovidos especialmente por comunidades negras e pobres, nas quais imperava a poluição e o lançamento de dejetos pelas indústrias, em maior escala que em outros locais nas cidades.

Ao tempo em que surgiam esses movimentos de justiça ambiental, dentre os quais os relacionados ao *Love Canal*, em 1978, e *Warren County*, em 1982, foram realizados estudos pela U.S. General Accounting Office (1983), Comissão for Racial Justice (1987), Greenpeace (1991), que demonstraram o que essas pessoas supramencionadas traziam em seus protestos: predominava na raça (negros) o maior destino das injustiças sociais cometidas.

Pormenorizando, no *Love Canal*, localizado nas Cataratas do Niágara, o que seria um canal entre a parte alta e baixa do rio transformou-se num depósito de lixo, onde mais tarde seriam construídas residências e escolas e várias pessoas acometidas por problemas, o que resultou numa realocação desses moradores após confirmado o problema e criado um grupo denominado “Movimento pela Justiça Ambiental”; em *Warren County*, localizada em Carolina do Norte, o governo resolveu criar um depósito de policlorobifenilos, compostos que, por exemplo, podem ser utilizados como fluidos dielétricos em

transformadores e condensadores, tintas e lubrificantes hidráulicos (HERCULANO, 2008, p. 3 *apud* ALMEIDA; PIRES; TOTTI, 2015, p. 6-7).

A *United States Environmental Protection Justice* apresenta o seguinte conceito para justiça ambiental:

Tratamento justo e envolvimento significativo de todas as pessoas independentemente de raça, cor, nacionalidade ou classe econômica, no que diz respeito ao desenvolvimento, implementação e execução das leis ambientais, regulações e políticas. Por tratamento justo se tem que nenhum grupo de pessoas, inclusive grupos raciais, étnicos ou socioeconômicos, devem suportar uma parcela desproporcional de consequências ambientais negativas provenientes de operações industriais, municipais ou comerciais, ou da execução de programas e políticas federais, estaduais, locais e tribais (BULLARD, 2002, p. 4 *apud* Almeida e Totti, p. 7).

No Brasil, de acordo com a professora Lara Moutinho-da-Costa, em 2001 nasceu em um seminário a Rede Brasileira de Justiça Ambiental (RBJA)¹³⁶, que chama de injustiça ambiental

o mecanismo pelo qual sociedades desiguais, do ponto de vista econômico e social, destinam a maior carga dos danos ambientais do desenvolvimento às populações de baixa renda, aos grupos raciais discriminados, aos povos étnicos tradicionais, aos bairros operários, às populações marginalizadas e vulneráveis [...] Uma lógica que faz com que todos os efeitos nocivos do desenvolvimento recaiam sempre sobre as populações mais vulneráveis (RBJA *apud* Costa, 2012, p. 108).

Como já dito, a preocupação com justiça ambiental também veio no texto constitucional de 1988, que afirma o direito de todos a um meio ambiente equilibrado, inclusive para as futuras gerações. A realidade que se encontra, no entanto, ainda está longe de ser esta.

Remontando à história do País, a exemplo dos EUA, a raça negra sempre foi vista com inferioridade, mão de obra escrava dos grandes latifúndios e, em que pese a realidade

¹³⁶ Vide: <https://redejusticaambiental.wordpress.com/>

vir se modificando desde a abolição da escravatura, datada de 1888, o fato é que ainda hoje as políticas públicas direcionadas a essas minorias não são completamente efetivas.

Contudo, não só os negros são atingidos pelas injustiças sociais e ambientais. Salta aos olhos a poluição, falta de saneamento básico, falta de políticas públicas, dentre outros problemas, que acometem comunidades quilombolas, indígenas, ribeirinhos, moradores das favelas e outros tantos que vivem marginalizados.

Sobre o tema, na lição de Costa (2012, p. 103),

Foi com a descoberta da América que nasceu, ao mesmo tempo, o racismo e o capitalismo mundial, na medida em que, ideologicamente, os colonizadores europeus usaram artifícios filosóficos, religiosos e legais para justificarem a exploração do trabalho não pago de índios e negros e assim acumularem capital. Nesse contexto, a instituição do racismo, em suas diversas modalidades de expressão, foi fundamental para a consagração do que Quijano (2005) chama de "Colonialidade do Poder", que para o autor é racista, capitalista e eurocentrada em sua base e continua atuando pelo mundo de maneira globalizada.

Para a autora, existirá o racismo enquanto perdurar a denominada colonialidade do poder, que se faz presente através da opressão, dominação, sistema de privilégios e que tenta justificar a desigualdade e discriminação das minorias (COSTA, 2012, p. 105).

Nesse sentido surge a importância da existência e efetividade da justiça ambiental, visto que na sociedade atual, cada vez mais tem ficado evidente outra forma de discriminação, a que diz respeito às questões territoriais. Muitas vezes, as catástrofes ambientais e os impactos advindos delas afetam diretamente a população mais vulnerável da sociedade, isto é, índios, ribeirinhos, negros, etc.

Grosso modo, um problema ambiental só vira assunto de interesse geral quando afeta uma classe mais favorecida financeiramente ou socialmente. Ou seja, enquanto a questão atingir apenas a comunidade mais carente ou de menor influência, o tema é ignorado. Por isso, necessária a justiça ambiental não só em âmbito científico, mas social, pois o espaço privado sobre o público acarreta dificuldades, invisibilidade para quem vive essa realidade, convive nos arredores de grandes empreendimentos.

Pertinente a lição de Herculano (2008, p. 2 *apud* ALMEIDA; PIRES; TOTTI, 2015, p. 4) de que a injustiça ambiental é "o mecanismo pelo qual sociedades desiguais destinam a maior carga dos danos ambientais do desenvolvimento a grupos sociais de trabalhadores, populações de baixa renda, grupos raciais discriminados, populações marginalizadas e

mais vulneráveis". Para BULLARD (apud ALMEIDA; PIRES; TOTTI, 2015, p. 6), no Brasil há uma forma institucionalizada de discriminação.

O professor Henri Acelrad (2010, p. 113 apud ALMEIDA; PIRES; TOTTI, 2015, p. 9) ressalta a existência de uma troca de vantagens para que as empresas permaneçam nos locais, forneçam vagas de emprego e muitas vezes levem infraestrutura para aquela região onde estão instaladas, como escolas, postos de saúde, cursos de qualificação, etc.

Como o Estado não consegue chegar a todos os locais e, muitas vezes, investir verbas públicas nesses lugares não é interessante do ponto de vista político, as empresas que se instalam viabilizam oportunidades para uma dada comunidade, mas em troca, "chantageiam" o Estado por incentivos e, desta forma, são capazes de "internalizar a capacidade de desorganizar a sociedade, punindo com a falta de investimentos os espaços mais organizados, e premiando, em contrapartida, com seus recursos, os espaços menos organizados" (ACSELRAD, 2010, p. 113 apud ALMEIDA; PIRES; TOTTI, 2015, p.9).

Nesse sentido, pode-se dizer que o racismo ambiental se origina na tomada de decisões e na prática de atividades que beneficiam grupos e setores de camadas mais altas na sociedade, enquanto os grupos mais vulneráveis são prejudicados pelas consequências dessas ações, sem ao menos terem participado das deliberações. Cabe trazer à baila as palavras de Herculano¹³⁷, quanto à origem e conceito do termo racismo ambiental:

Racismo ambiental é um tema que surgiu no campo de debates e de estudos sobre justiça ambiental, um clamor inicial do movimento negro estadunidense e que se tornou um programa de ação do governo federal dos Estados Unidos, por meio da EPA Environmental Protection Agency, sua agência federal de proteção ambiental. O conceito diz respeito às injustiças sociais e ambientais que recaem de forma desproporcional sobre etnias vulnerabilizadas.

Pode-se extrair do texto de Herculano, portanto, que justiça ambiental significa que as consequências ambientais negativas devem ser distribuídas proporcionalmente a toda coletividade, e não à apenas aos grupos marginalizados da sociedade.

Como escreveu Tania Pacheco em blog sobre o tema em questão, ele não se configura apenas por meio de ações que tenham uma intenção racista, mas igualmente por meio de ações que tenham impacto racial, não obstante a intenção que lhes tenha

¹³⁷ RACISMO AMBIENTAL, O QUE É ISSO? Disponível em:
http://www.professores.uff.br/seleneherculano/images/Racismo_3_ambiental.pdf. Acesso em 5 de dezembro de 2016.

dados origem. "Injustiça ambiental" é definida, complementarmente, como "o mecanismo pelo qual sociedades desiguais, do ponto de vista econômico e social, destinam a maior carga dos danos ambientais do desenvolvimento às populações de baixa renda, aos grupos sociais discriminados, aos povos étnicos tradicionais, aos bairros operários, às populações marginalizadas e vulneráveis." (Declaração da Rede Brasileira de Justiça Ambiental).

Em outra oportunidade, Pacheco completa o raciocínio da seguinte forma:

Chamamos de Racismo Ambiental as injustiças sociais e ambientais que recaem de forma implacável sobre etnias e populações mais vulneráveis. O Racismo Ambiental não se configura apenas através de ações que tenham uma intenção racista, mas, igualmente, através de ações que tenham impacto "racial", não obstante a intenção que lhes tenha dado origem¹³⁸.

Levando em consideração o pensamento exposto acima, surge a problemática: o acesso ao meio ambiente saudável e equilibrado ocorre de forma igualitária entre os membros da sociedade?

2.1 Racismo ambiental nos diversos contextos sociais

Como assinala Costa (2012, p. 113), no Brasil não há que se falar apenas em racismo ambiental envolvendo negros e índios, mas também "pescadores, caiçaras, caipiras, jangadeiros, populações ribeirinhas, marisqueiros, catadores de coco de babaçu, camponeses, catadores de sementes, extrativistas, entre outras". Falaremos de alguns casos a título de exemplo.

Hoje o desequilíbrio no parcelamento para suportar as consequências ambientais negativas existe tanto no meio urbano, quanto nas áreas rurais, principalmente nestas. Esse é o entendimento de Pacheco¹³⁹, que salienta que "para os quase 32 milhões que permanecem no campo, entretanto, a luta é muito mais difícil. Na grande disputa pela posse e exploração território, são eles as maiores vítimas do que chamamos de Racismo Ambiental".

Podemos citar entre outros, os casos de superposição entre Terras Indígenas e os Parques Nacionais do Araguaia, no Tocantins, Monte Pascoal, na Bahia, Superagui, no

¹³⁸ Referência no mesmo artigo citado anteriormente.

¹³⁹ Racismo Ambiental: expropriação do território e negação da cidadania. Disponível em <http://racismoambiental.net.br/textos-e-artigos/racismo-ambiental-expropriacao-do-territorio-e-negacao-da-cidadania-2/>. Acesso em 5 de dezembro de 2016.

Paraná, Pico da Neblina, no Amazonas, bem como, à nossa volta, os Guarani-Kaiowá, em Mato Grosso do Sul.

De acordo com artigo publicado no Anuário Justiça e Direitos Humanos de 2015 (2016, p. 73-74), apesar de os indígenas terem seus direitos iguais aos demais brasileiros após o advento da CF/88, muitas vezes o Judiciário ainda os vê e os trata como sendo civilmente incapazes.

Diante disso, muitas vezes são relegados a segundo plano, sendo a FUNAI o órgão chamado a responder por eles diante de processos, o que aconteceu com os guarani-kaiowá de Mato Grosso do Sul no Recurso Ordinário em Mandados de Segurança nº 29542 e nº 29087 e com o povo terena do mesmo Estado, quanto ao registro em cartório da aldeia indígena Limão Verde, cujo decreto presidencial que o autorizou foi anulado pelo STF. Adelar Cupsinski, Alessandra Faria, Rafael Modesto dos Santos¹⁴⁰ ressaltam:

O que chama a atenção, nos casos, é o fato de que as comunidades indígenas não foram citadas pelos autores das ações ou de ofício pelo Poder Judiciário para compor as lides, e nem consultadas, nos termos da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), norma internalizada pelo Brasil. Para o Judiciário, a Funai é quem representa os indígenas em juízo.

Nesse sentido a lição de Rosane Lacerda (2008), citada no mesmo artigo:

Essa visão dos índios como portadores de uma incapacidade natural, levou a que fossem vistos também como naturalmente sem voz e inativos, sempre necessitando serem representados em seus diversos interesses. Levou a ideia de serem totalmente incapazes de sobreviver frente à suposta superioridade do aparelho “civilizador” não indígena (Lacerda, 2008).

Outro exemplo de injustiça é o dos quilombolas do Rio Trombetas, no norte do Pará. Reportagem feita pelo jornal El País em 2014 descreveu a falta de acesso por terra, de rede de esgoto e de energia elétrica, dentre outros. Contudo, a falta de tais comodidades não é a preocupação dessas pessoas: “A vida simples do quilombola, na qual as crianças e bichos correm livres, não ressenete da falta de facilidades como energia elétrica, água encanada ou banheiro. A convivência com essas “dificuldades”, do ponto de

¹⁴⁰ São autores do referido artigo e assessores jurídicos do CIMI (Conselho Indigenista Missionário). Vide referências.

vista de quem mora na cidade, é natural para eles”¹⁴¹. O que os incomoda é a instalação de uma mineradora no local, para exploração de bauxita. Um dos maiores platôs de exploração do minério será o de Cruz Alta e, segundo a reportagem, previsto para iniciar as operações em 2022, o qual se localiza na área quilombola.

Em seu site oficial, a MRN (Mineração Rio do Norte), que atua na região explorando minérios, cita um programa criado em 2015 de “apoio ao desenvolvimento e melhoria da economia por meio das cadeias produtivas potenciais e desenvolvidas [...], considerando a conservação de áreas protegidas e a preservação de culturas tradicionais”, formada pela população urbana, agricultores, comunidades ribeirinhas, indígenas e quilombolas¹⁴².

Já os ribeirinhos, que têm suas moradias à beira dos rios e fazem da pesca seu modo de subsistência, sofrem o racismo ambiental com a construção de hidrelétricas. Dentre eles, os ribeirinhos de Sento Sé, no estado da Bahia, cujas casas deram lugar à represa de Sobradinho, empreendimento da Companhia Hidrelétrica do São Francisco (Chesf).

De acordo com reportagem veiculada no site Envolverde¹⁴³ em janeiro de 2017, a hidrelétrica de Sobradinho foi construída nos anos 1970 e tem capacidade “para gerar 1.050 megawatts, graças à represa de 34 bilhões de metros cúbicos em uma área de 4.214 quilômetros quadrados, a maior em superfície e a terceira em volume de água no Brasil”.

Ainda segundo a publicação, foram deslocadas 72 mil pessoas (números apresentados por organizações sociais) ou 59.265 (informações da Chesf). Além da cidade de Sento Sé, também ficaram submersas Casa Nova, Pilão Arcado e Remanso, bem como todos os ribeirinhos que moravam nesses locais.

Em Altamira, estado do Pará, citamos o exemplo da Usina de Belo Monte. O Ministério Público Federal divulgou, em 2015, relatório sobre inspeção realizada com os ribeirinhos atingidos pela remoção compulsória e instalação da hidrelétrica.

O relatório registra que, por ignorar completamente o modo de vida dessas famílias, o processo de remoção viola um dos princípios do Plano Básico Ambiental (o PBA, documento que detalha os

¹⁴¹ EL PAIS. As comunidades quilombolas que resistem em Oriximiná. Disponível em: http://brasil.elpais.com/brasil/2014/03/28/sociedad/1396039867_792085.html. Acesso em 4 de fevereiro de 2017.

¹⁴² MRN. Programa Territórios Sustentáveis. Disponível em <http://www.mrn.com.br/pt-BR/Sustentabilidade/Relacoes-com-Comunidade/Paginas/programa-territorios-sustentaveis.aspx>, Acesso em 4 de fevereiro de 2017.

¹⁴³ Hidrelétricas desterram ribeirinhos. Disponível em: <http://www.envolverde.com.br/opiniao/hidreletricas-desterram-ribeirinhos/>. Acesso em 4 de fevereiro de 2017.

programas para a minimização dos impactos negativos do projeto) de Belo Monte, que impõe a necessidade de manutenção do modo de vida das comunidades afetadas em condições no mínimo semelhantes às que detinham antes do impacto.

Entre diversas irregularidades apontadas, o relatório de inspeção destaca que, sem a opção de remoção para assentamentos em áreas próximas do rio, os ribeirinhos acabam sendo coagidos a aceitar indenizações insuficientes para a aquisição de local que permita a recomposição de suas condições de vida, rompendo com ainda um padrão cultural de ocupação do território, que tem como característica essencial a dupla moradia: uma casa nas ilhas, para a pesca e a agricultura, e outra na cidade, para a venda da produção e para acesso à saúde e à educação¹⁴⁴.

As favelas, no meio urbano, são os maiores exemplos de injustiça ambiental, nesse sentido o entendimento de Nelson Inocêncio:

No que concerne ao contexto urbano, entende-se por racismo ambiental todo o processo de alijamento de populações para áreas periféricas, sem saneamento básico e, portanto, insalubres, nas quais os riscos de adquirir doenças e ter reduzida a expectativa de vida são inevitáveis. Ocorre que as pessoas que integram tais contingentes não são seres abstratos; elas possuem características fenotípicas que evidenciam seus pertencimentos a segmentos étnico-raciais, cujas identidades culturais também não devem ser subestimadas¹⁴⁵

Em agosto de 2016, foi notícia no jornal italiano *Avvenire* a realidade das favelas cariocas frente à realização das Olimpíadas no Brasil. De acordo com a publicação, traduzida e disponibilizada no site do Instituto Humanitas Unisinos sob o título “Favelas, onde as Olimpíadas são uma realidade distante”¹⁴⁶, veio da Cidade de Deus o primeiro

¹⁴⁴ MPF divulga relatório sobre remoção de ribeirinhos pela hidrelétrica de Belo Monte. Disponível em: <http://www.prpa.mpf.mp.br/news/2015/mpf-divulga-relatorio-sobre-remocao-de-ribeirinhos-pela-hidreletrica-de-belo-monte>. Acesso em 4 de fevereiro de 2017.

¹⁴⁵ INOCÊNCIO, Nelson. Racismo ambiental: derivação de um problema histórico. Disponível em: <http://www3.ethos.org.br/cedoc/racismo-ambiental-derivacao-de-um-problema-historico/#.WHpj51MrLIU>. Acesso em 15 de janeiro de 2017.

¹⁴⁶ Favelas, onde as Olimpíadas são uma realidade distante. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/558765-favelas-onde-as-olimpiadas-sao-uma-realidade-distante>. Acesso em 4 de fevereiro de 2017.

ouro olímpico brasileiro, por Rafaela Silva, atleta de judô. Para além, o legado das Olimpíadas nada deixou para as denominadas comunidades, que assistiram as competições de longe, do alto dos morros.

Juliana Câmara, responsável pela Action Aid, que nos acompanha entre os bicos, explica: "A prefeitura esconde os números verdadeiros para não ser forçada a levar os serviços básicos para a comunidade"; Mas os problemas não podem ser escondidos: "A favela aqui está nas mãos da facção Amigos dos Amigos [...].

"O legado social que esse Jogos vão deixar – continua Juliana – será mínimo. Aqui, falta tudo. Temos apenas quatro escolas primárias e, ao terminar as aulas, esses jovens deixam de estudar. A saúde pública não existe: três ambulatórios para 150.000 pessoas não são nada. As mulheres, as poucas que têm um emprego, quando dão à luz, devem abandonar o trabalho, porque não têm onde deixar os filhos."

O governo, que, em teoria, investiu uma grande atenção aos problemas das favelas, tinha alocado um bilhão de reais em 2006 (300 milhões de euros) para melhorar a segurança e as condições de vida.

"Um dinheiro que nunca foi visto aqui, para obras jamais realizadas ou iniciadas sem terem sido concluídas. A Rocinha processou o Estado do Rio para saber que fim tiveram esses financiamentos, quem os embolsou sobre a pele das pessoas que aqui morrem de fome e de violência. Mas o processo já têm anos e não importa a ninguém...".

Em dissertação de mestrado, Sávio Silva de Almeida, que pesquisou em campo a realidade de favelas em Pernambuco, afirma que pensar em direitos humanos e dignidade humana em meio às favelas Beira Rio e Cabo Gato, na região metropolitana de Recife é pensar em desigualdade social brasileira, sendo que a favela é o padrão de moradia de muitos moradores daquela região.

Para ele, a forma com a qual a favela é vista pelos entes estatais e empresas não é correta e as políticas públicas, decisões jurídicas, etc, não são feitas para beneficiar essas pessoas:

O mesmo sistema jurídico que tem como proposta reduzir as desigualdades regionais e sociais, proteger a dignidade, proteger e promover o pluralismo político, respeitar e promover os direitos civis,

políticos, sociais, culturais, ambientais e ao desenvolvimento, é o mesmo que desprestigia formas de relacionamento que determinadas comunidades humanas adotam nos relacionamentos entre si, com o espaço e com a natureza, em benefício de noções “internacionais e universais” de direitos humanos. Ou seja, o sistema jurídico que se pretende justo, também, é capaz de discriminar com base em “padrões internacionais”, por vezes descolados de diversas realidades histórico-geográficas. Vulnerando a posse das terras e das moradias de quem justamente mais precisa possuí-las e/ou legitimando os, injustificáveis, desapossamentos forçados. Diante de tal contexto, podem-se citar as aqui consideradas soluções locais para o problema da dignidade humana: moradias construídas com “materiais inadequados”; moradias construídas às margens dos rios, sujeitas a enchentes; construção de moradias com ausência de saneamento básico; construção de moradias em locais sem coleta de lixo; construção de moradias com ausência de serviço público de água encanada, etc.

Nesse sentido é que Slavoj Žižek (2012, p. 340) afirma que “Os moradores da favela, por exemplo, são os mortos-vivos do capitalismo global: vivos, mas mortos aos olhos da pólis”.

Muito além dos casos citados é a realidade brasileira quando se fala em racismo e injustiça ambientais. Tânia Pacheco lista uma série de outros exemplos de casos de injustiça ambiental no Brasil, vejamos:

O turismo predatório avança pelo litoral do Nordeste, principalmente, fazendo com que, também no Ceará, o povo Tremembé seja ameaçado pela empresa Nova Atlântida, que pretende transformar as terras indígenas litorâneas numa “Cancún brasileira”, com dezenas de hotéis de luxo e campos de golfe. No Centro-Oeste, a Coordenação das Organizações Indígenas da Amazônia Brasileira, Coiab, denuncia a contaminação das mulheres Cintas Larga por doenças sexualmente transmissíveis, inclusive pelo HIV. Entre os Kaiowá da terra indígena Tey’ikue, município de Caarapó, Mato Grosso do Sul, os traficantes atuam livremente em sua reserva, estuprando moças e viciando meninos¹⁴⁷.

¹⁴⁷ Racismo Ambiental: expropriação do território e negação da cidadania. Disponível em: <http://racismoambiental.net.br/textos-e-artigos/racismo-ambiental-expropriacao-do-territorio-e-negacao->

Dessa forma, surge a necessidade de se criar políticas públicas capazes de diminuir essas desigualdades, sendo que estas se revelam históricas e culturais. Os meios de preservação do meio ambiente (área de preservação ambiental, por exemplo), devem ser ampliados no sentido de evitar não apenas o aumento de contaminação do ecossistema de um modo geral, mas de todo o desdobramento que pode ser causado pelos prejuízos de má exploração, e isso inclui a comunidade mais vulnerável.

Nesse sentido o trecho abaixo, da dissertação de mestrado da autora Francieli Formentini (2010), que aduz:

Independentemente da teoria adotada, constata-se que é unânime entre os autores que a existência de uma crise ecológica e que é preciso construir uma nova relação entre o homem e a natureza, considerando que a continuação da utilização dos recursos naturais da forma avassaladora como tem ocorrido não é mais sustentável, de modo que os conflitos ambientais tendem a piorar com o passar do tempo, tempo que não demora muito a chegar. Ainda, há unanimidade quanto a necessidade de ser alterada a relação do homem com a natureza para que o futuro da presente e das futuras gerações não sejam comprometidos, bem como para que os riscos ambientais não continuem sendo direcionados aos grupos vulneráveis e discriminizados pela pobreza, local onde vivem, cor, etnia e outros elementos (p. 88).

É importante destacar que o Direito deve atuar na defesa do meio ambiente ao mesmo tempo em que protege todos, inclusive aqueles que são atingidos pelas injustiças ambientais:

Embora o Código de Processo Coletivo seja um projeto pendente de aprovação, há instrumentos jurisdicionais disponíveis do direito brasileiro habilitados para tutelar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e sadio, bem como a cessar ou diminuir a prática de injustiça ambiental e de racismo ambiental, como a ação popular, o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção e, a ação civil pública ambiental, instrumentos dentre os quais o último é o mais utilizado na proteção ambiental (FORMENTINI, 2010, p. 108).

[da-cidadania-2/](#). Acesso em 4 de fevereiro de 2017. Originalmente publicado em Publicado em: SRH (org.). Justiça pelas Águas: enfrentamento ao Racismo Ambiental. Salvador: Superintendência de Recursos Hídricos, 2008. p.11-23.

Segundo Pacheco, no Brasil, enquanto não há um direito coletivo codificado, outras são as ferramentas disponíveis para buscar um meio ambiente sadio ao alcance de todos, independentemente de sua posição social:

(...) O conceito de Racismo Ambiental nos desafia a ampliar nossas visões de mundo e a lutar por um novo paradigma civilizatório, por uma sociedade igualitária e justa, na qual democracia plena e cidadania ativa não sejam direitos de poucos privilegiados, independentemente de cor, origem e etnia” (Pacheco: 2007).

Como visto, urge na sociedade atual tutelar os direitos relacionados ao meio ambiente e, desta forma, garantir o acesso ao direito fundamental ao meio ambiente sadio e equilibrado, bem como à dignidade da pessoa humana a todo e qualquer segmento social.

3 Responsabilidade civil nas questões de injustiça ambiental

Em um primeiro momento, é necessário compreender que a conduta de um agente provocou um dano, e as consequências negativas desse ato atingiu um terceiro. Ocorrendo isso, aquele que promoveu, com dolo ou culpa, o sinistro é responsável por reparar ou ressarcir ao prejudicado. Esta é a regra da responsabilidade civil.

Entrando no contexto da responsabilidade civil relacionada ao dano ambiental, é necessário traçar os contornos do que seria esse sinistro ecológico. Assentado fique, então, que “dano ambiental, por sua vez, é toda agressão contra o meio ambiente causada por atividade econômica potencialmente poluidora, por ato comissivo praticado por qualquer pessoa ou por omissão voluntária decorrente de negligência” (Sirvinskas, 2014, p. 259).

Seguindo esse raciocínio, urge frisar que nem todo dano ambiental é possível recuperar o status *aquém*. Dessa forma, caberá um ressarcimento financeiro por parte do causador do desequilíbrio do bioma.

De acrescentar-se que a Lei 6938/81 adotou a teoria objetiva para responsabilizar o causador do dano. Em suma, independe de dolo ou culpa do agente, bastando, apenas, que ocorra o dano ambiental e o prejuízo ao bioma. Essa teoria baseia-se que “a pessoa que cria o risco deve reparar os danos de seu empreendimento” (Gonçalves, 2012, p. 87).

Com base nessa premissa, destaca-se o §1º, do artigo 14, da lei supramencionada:

§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a

terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

Outrossim, cabe trazer à baila que o Estado, além de ser responsável pelos danos que causar diretamente ao meio ambiente, responderá pelos danos causados por terceiros, uma vez que o ente da Federação concedeu o licenciamento ambiental ou foi omissivo na fiscalização.

É precisamente nesse sentido que as consequências negativas dos descalabros ao ecossistema devem ter sua responsabilização atrelada ao Poder Público. E não só por isso, o direito ao meio ambiente saudável é constitucionalmente protegido e está no rol de fundamental para o desenvolvimento de todos os seres humanos, inclusive as futuras gerações.

É oportuno aqui sublinhar as palavras de Sarlet (2013, p. 276):

Nesse sentido, uma vez que a proteção do ambiente é alçada ao *status* constitucional de direito fundamental (além da tarefa e dever do Estado e da sociedade) e o desfrute da qualidade ambiental passa a ser identificado como elemento indispensável ao pleno desenvolvimento da pessoa humana, qualquer “óbice” que interfira na concretização do direito em questão deve ser afastado pelo Estado, seja tal conduta (ou omissão) obra particular, seja ela oriunda do próprio Poder Público.

Em síntese, mesmo que o Estado não tenha praticado a ação que originou o dano ambiental e, por conseguinte, prejudicou um terceiro, ele tem responsabilidade pelo incidente. Devendo, assim, quando não possível reestabelecer a qualidade do meio ambiente, indenizar, no mínimo, aqueles que foram diretamente atingidos.

É o dever do Estado, portanto, primeiramente fiscalizar e, frente a um dano ocasionado a essas minorias que sofrem injustiças ambientais por uma conduta de terceiro, deve intervir com vistas à reparar esse dano. Esse é o entendimento de Almeida e Totti (2015, p. 4), quando aduzem:

O racismo ambiental enquanto ato não deve ser aferido de forma subjetiva, mas objetiva. Isto é, prescinde-se a existência de dolo ou culpa no que concerne ao ato de racismo ambiental, bastando que se verifique que o mesmo produziu resultado racista na ótica ambiental. Um sistema regulatório que favorece o racismo ambiental

se vale da institucionalização da discriminação a fim de manter a maior oferta de bens e serviços em localidades determinadas, sobrepondo a populações de minorias étnicas piores condições de vida.

Nesse contexto de ideias, levando em consideração que é responsabilidade do Estado fornecer o mínimo necessário a cada cidadão para que este tenha uma vida digna, a partir do momento em que direitos fundamentais são suprimidos do indivíduo, é dever do Estado restaurar esse resultado negativo. Outrossim, a garantia ao acesso igualitário ao meio ambiente saudável equipara-se a essencial no ordenamento jurídico brasileiro, ficando, portanto, o Estado obrigado a compensar toda e qualquer forma de racismo ambiental.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apresentados estes contornos, cabe acrescentar que, nos últimos anos, a busca do homem pelo progresso tecnológico e científico, tem passado por cima de tudo e todos, inclusive o meio ambiente. A ação do ser humano afeta não só as gerações presentes, mas, principalmente, as futuras.

Além de abordar que a devastação do bioma prejudica a sociedade atual, bem como os descendentes desta, é importante ressaltar que uma parcela do conglomerado social sempre será mais abalada pelas consequências negativas que toda essa problemática traz. Cabe dizer, como já mencionado, aqueles que financeiramente são desfavorecidos suportam um ônus muito maior no conjunto da degradação ambiental.

Deixar de avaliar isso, e acreditar que o único problema a se combater é o crescimento da deterioração da holocenose, é o mesmo que não fazer nada. Em outras palavras, destruir qualquer tipo de ambiente, afeta não somente o habitat em si, mas viola todos os outros direitos fundamentais elencados na Carta Magna de 1988 e que são de extrema importância para todo e qualquer cidadão, mas de forma muito mais extrema para aqueles que são menos desprovidos economicamente.

O racismo ambiental é um problema gigantesco, e a tendência é continuar sendo desprezado e pouco encarado pelo Estado. Rejeitar todos esses fatores já elencados só aumenta a exclusão e marginalização social que já assola não só o nosso país, mas todo o mundo.

Portanto, ignorar que as consequências negativas de um desastre ambiental, ou de um uso desproporcional do meio ambiente recaem, em regra, a um determinado grupo

da sociedade, vale destacar, os marginalizados e esquecidos pelas políticas públicas, é um problema tão grave quanto a própria devastação ambiental.

Infelizmente, aqueles que são discriminados ambientalmente não possuem outra saída a não ser buscar uma reparação dos danos já causados. Claro que isso não é o ideal, pois o melhor seria ter todo o conjunto de direitos constitucionais protegidos pelo Estado. Todavia, fica evidente que a única forma de recuperar o mínimo de dignidade, fundamento do nosso ordenamento jurídico, é com uma indenização paga pelo Poder Público.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Daniela dos Santos; PIRES, Thula; TOTTI, Virgínia. **Racismo ambiental e a distribuição racialmente desigual dos danos ambientais no Brasil**. 2015. 16 f (resumo). Departamento de Direito, Puc-rio, Rio de Janeiro, 2015.

ALMEIDA, Sávio Silva de. **Direitos humanos e justiça ambiental em comunidades perifluviais urbanas** / Sávio Silva de Almeida. – Recife: O autor, 2014. Repositório Institucional da UFPE. Disponível em: <http://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/12428>. Acesso em 4 de fevereiro de 2017.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 12 de janeiro de 2017.

BRASIL. **Lei 6938/81**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm. Acesso em 12 de janeiro de 2017.

COSTA, Lara Moutinho da. **Territorialidade e racismo ambiental**: elementos para se pensar a educação ambiental crítica em unidades de conservação. Pesquisa em Educação Ambiental, [S.l.], v. 6, n. 1, p. 101-122, julho 2012. ISSN 2177-580X. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/pea/article/view/55936>>. Acesso em: 07 fev. 2017.

FILHO, Antonio Sergio Escrivão; PIVATO, Luciana Cristina Furquim; XIMENES, Salomão Barros (organizadores). **Justiça e direitos humanos**: olhares críticos sobre o judiciário em 2015. Curitiba: Terra de Direitos, 2016.

FORMENTINI, Francieli. **Racismo ambiental**: ação civil pública e tutelas de urgência como alternativas de minimização das consequências ambientais negativas. Ijuí, 2010. Dissertação de mestrado – Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ.

LENZA, Pedro – **Direito Constitucional Esquematizado**. 14. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2010.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 22 ed. rev. ampl., e atual. – São Paulo, 2014.

MILARÉ, Édis – **Direito do Ambiente**. 8. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PACHECO, Tania. **Racismo Ambiental**: expropriação do território e negação da cidadania. Tania Pacheco SRH (org.). Justiça pelas Águas: enfrentamento ao Racismo Ambiental. Salvador: Superintendência de Recursos Hídricos, 2008. p.11-23.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direito Constitucional Ambiental**: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente/ Ingo Wolfgang Sarlet, Tiago Fensterseifer. 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 12 ed. – São Paulo: Saraiva 2014.

ŽIŽEK, S. **Vivendo no fim dos tempos**. São Paulo: Boitempo: 2012.

A REVOLUÇÃO FRANCESA E A SUA INFLUÊNCIA PARA O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO BRASILEIRO

AMANDA NICOLE AGUIAR DE OLIVEIRA:

Advogada OAB/AM 16.807, especialista em Direito Civil e Direito Notarial e Registral, MBA em Gestão de Políticas Públicas Municipais e Finanças e Política Fiscal. 148

Resumo: Este artigo é fruto de uma pesquisa e ponderação entre a influência histórica da Revolução Francesa e o regime democrático, bem como as ideias nascidas da revolução influenciam o constitucionalismo contemporâneo. Suas relações serão expostas de modo que há um entendimento possível sobre as bases do constitucionalismo nas sociedades contemporânea e sobre tudo, como o evento da Revolução Francesa ascendeu ao mundo quando a questão é um modelo durável de um povo decidindo seu próprio destino. Permitindo tomar o episódio francês como ideia de implantação da democracia, as quais servem de bases sólidas para o constitucionalismo e direitos humanos que nascem junto com a Declaração dos Direitos dos Homens. A metodologia usada foi de pesquisa revisada em diversos campos de estudo, utilizando de livros, documentário e análises de imagens e documentos históricos, com o intuito de obter uma maior compreensão sobre o assunto abordado. Obteve-se como resultado que a Revolução Francesa em 1789 gerou fundamentos ao olhar diferencial sobre os direitos humanos e atuação do Estado, solidificando o constitucionalismo contemporâneo, o que impactou gerações com os princípios democráticos e modificou a participação popular nas sociedades que foram estabelecidas após esse evento.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo. Revolução. Sociedades.

Abstract: This article is the result of research and consideration between the historical influence of the French Revolution and the democratic regime, as well as the ideas born from the revolution that influence contemporary constitutionalism. Their relationships will be exposed so that there is a possible understanding about the foundations of constitutionalism in contemporary societies and about everything, how the French Revolution event ascended to the world when the question is a durable model of a people deciding their own destiny. Allowing to take the French episode as an idea of implantation of democracy, which serve as solid bases for constitutionalism and human rights that are born together with the Declaration of the Rights of Men. The methodology used was a revised research in several fields of study, using books, documentaries and analysis of images and historical documents, in order to obtain a greater understanding of the subject addressed. It was obtained as a result that the French Revolution in 1789 generated

148 E-mail: Amanda.nicoleaguiar@outlook.com.

fundamentals to the differential look at the human rights and State performance, solidifying the contemporary constitutionalism, which impacted generations with the democratic principles and modified the popular participation in the societies that were established after that event.

KEY-WORDS: Constitutionalism. Revolution. Societies.

INTRODUÇÃO

Ideia de soberania popular, igualdade, liberdade, direitos humanos, democracia, cidadania, entre outras, fizeram e continuam fazendo parte das discussões e conquistas de diversas sociedades contemporâneas. Todas essas questões e muitas outras estiveram em pauta causando, como grande efeito, a eclosão de um dos movimentos mais sangrentos e ao mesmo tempo mais complexos da humanidade, a Revolução Francesa. A Revolução Francesa, de 1789 a 1799, foi um período de intensa agitação política e social na França cujo impacto foi duradouro na história do país e, mais amplamente, em todo o continente europeu.

A sociedade francesa passou por uma transformação épica quando privilégios feudais, aristocráticos e religiosos evaporaram-se sobre ataques investidos por grupos políticos radicais de esquerda, das massas e de camponeses na região rural do país. Antigos ideais da tradição e da hierarquia de monarcas, aristocratas e da Igreja Católica caíram com o surgimento dos princípios da liberdade, igualdade e fraternidade.

O episódio da Revolução Francesa teve grande repercussão em todo o planeta, pois a luta pela extinção dos sistemas de ordens, dos privilégios de sangue e de castas permitiu conceber o juízo de que somente através da revolução é que se podiam estabelecer mudanças nas estruturas sociais e, por conseguinte, a ação humana como instauradora da história. Seus impactos foram tantos que chegou a inspirar diversas outras nações no processo de libertação de sistemas totalitários e constituição de ideias democratas como base para as suas constituições.

A constituição passou a ser o instrumento legal de condução da harmonia as relações de uma sociedade, aquelas que não seguiam esse modelo se entregavam a anarquia, a destruição do povo. No Brasil, com a criação da Constituição Federal de 1988, intitulada como constituição cidadã, a prioridade de se permitir a soberania, a democracia, a cidadania, dignidade da pessoa humana, entre outras estampa fortemente os desígnios da Revolução Francesa na busca de igualdade e paz social.

Na pós-modernidade, influenciada pelos direitos humanos oriundos da Revolução Francesa tem sido luz para o crescimento de repúblicas e regimes democratas, nos quais

buscaram neste fatídico episódio bases para o constitucionalismo contemporâneo e, por conseguinte, início de diversos novos ramos do direito. Neste sentido, indaga-se: quais são as influências do episódio da Revolução Francesa de para o constitucionalismo contemporâneo?

Em busca de respostas, este estudo possui como objetivo geral analisar como a Revolução Francesa influenciou o constitucionalismo contemporâneo diante da implantação do regime democrático. Possui ainda, como objetivos específicos: conhecer como surgiu a Revolução Francesa e suas nuances em caráter histórico, compreender quais são as heranças deixadas pela Revolução Francesa para as sociedades contemporâneas e refletir como a Revolução Francesa impactou no constitucionalismo brasileiro.

Diante desses objetivos, este estudo se utilizou da metodologia de pesquisa de revisão de literatura e levantamento de dados, por meio da abordagem sistemática e objetiva, de natureza qualitativa e caráter descritivo. Para tal, este artigo científico se divide em três grandes itens que usam de subtítulos para melhor organização dos dados e argumentos, trabalhados em consonância com os objetivos já traçados.

No primeiro item, conheceram-se como surgiu a Revolução Francesa, os aspectos históricos de sua eclosão e o decorrer da desenvoltura da revolução. No segundo item, tem-se a compreensão sobre as heranças da Revolução para a sociedade, a qual perpassa pela análise da democracia nas sociedades democráticas. Por fim, no terceiro item, observa-se a influência da Revolução Francesa para o direito constitucional brasileiro.

A relevância social e acadêmica deste trabalho se pauta na observância da criação de novos conhecimentos e na busca por solidificar os já adquiridos, para que haja discussão sobre o tema e ponderação sobre como a Revolução Francesa, acontecida em 1789, ainda impacta no regime em que se pauta a sociedade brasileira, impactando diretamente a forma de viver do povo.

Esta pesquisa persegue a hipótese de que com o episódio da Revolução Francesa em 1789, os fundamentos do olhar diferencial sobre os direitos humanos e atuação do Estado foram solidificados para o constitucionalismo contemporâneo, o que impactou gerações com os princípios democráticos e modificou a participação popular nas sociedades que foram estabelecidas após esse evento. O que resta respondida a pergunta formulada para esta pesquisa, por meio da concretude dos objetivos e a confirmação da hipótese através da pesquisa realizada.

1. DA FRANÇA PRÉ-REVOLUCIONÁRIA A ECLOSÃO DA REVOLUÇÃO

Nos séculos XVII e XVIII, a França viveu um período absolutista, com poder político fortemente centralizado na monarquia e uma sociedade aristocrática lhe dando

sustentação política. De um lado, uma nobreza hereditária ocupava altos cargos na corte, no exército e na administração. De outro, alguns burgueses enriquecidos se enobreciam investindo em terras, títulos e cargos, nesse caso, passando a fazer parte de uma nobreza de toga.

Essa nova burocracia estatal assentava-se sobre os aparelhos administrativos e judiciários, sustentando-se no recolhimento de tributos, cada vez mais reconhecido como monopólio do rei. Ao longo do século XVIII, durante os reinados de Luís XV e Luís XVI, a aristocracia buscou recuperar parte de seu poder político à custa da monarquia.

Nesse período, diante do declínio de suas rendas fixas, os nobres tendiam a aumentar a exploração dos camponeses e a reafirmar seus privilégios. O que se entendia genericamente por burguesia correspondia, na época, a uma vasta estratificação social. Havia uma poderosa burguesia financeira, e alguns de seus membros estavam intimamente ligados ao Antigo Regime.

Por outro lado, comerciantes dedicados ao tráfico de escravizados e produtos orientais, bem como proprietários de médias e grandes manufaturas atreladas ao comércio exterior, não detentores de monopólios concedidos pelo governo absolutista, interessavam-se cada vez mais em por um fim a uma economia regulamentada nos moldes mercantilistas. Para a maioria desse grupo social, a estrutura do Antigo Regime impedia o pleno desenvolvimento da sociedade.

Paris começa a clamar por uma nova era. Muitos membros da sociedade passaram a divulgar ideais reformistas que pregavam a liberdade econômica e a igualdade civil. Jornalistas, ativistas, escritores, advogados e membros da pequena burguesia popularizavam, em jornais e panfletos, as novas ideias e duras críticas ao Antigo Regime. Essa posição radicalizou-se ainda mais em fins do século XVIII, quando uma forte crise socioeconômica atingiu a França. Nos anos de 1780, um período de estiagem prejudicou as colheitas e a criação de gado.

Para boa parte dos camponeses, que ainda estavam submetidos aos direitos senhoriais, tendo de pagar impostos reais, obrigações feudais e eclesiásticas, a situação chegava ao limite. Nas cidades, a consequente altas dos preços aguçava a crise, trazendo a fome, transformando muitos em mendigos estampando nas ruas o cotidiano de um país mergulhado em crise. Gastos excessivos com a Corte, privilégios fiscais, empréstimos, juros, frutos da má administração esvaziavam os cofres públicos.

1.1 A CONVOCAÇÃO DOS ESTADOS GERAIS

Com a resistência da aristocracia em aprovar as mudanças necessárias, sob a iniciativa do ministro de finanças da época, fez-se a convocação dos Estados Gerais, assembleia que não se reunia desde 1614. Ao entrar em choque com a monarquia a aristocracia minou a base de sustentação de seus próprios poderes e privilégios. O enfraquecimento da aristocracia, da qual o rei também fazia parte, abriu espaço para a ação do Terceiro Estado.

A composição dos Estados gerais refletia o modelo ideal da sociedade de ordens típica do Antigo Regime. O Primeiro era formado pelo clero. O Segundo Estado formado pela nobreza. Os dois juntos contavam três por cento de toda a população. O Terceiro Estado era compreendido pela maioria, formado pelo povo em geral. Defendendo o voto por ordem, a aristocracia esperava obter vitória por dois votos a um. No entanto, a realidade do momento era mais complexa.

Desde sua última convocação, o Terceiro Estado havia crescido em número e poder econômico, sendo responsável pela maioria dos tributos fiscais. Além disso, nobres liberais e o baixo clero tendiam a assumir posições em favor das reformas. Enquanto os debates eram travados na assembleia, muitos filósofos, em destaque Robespierre, defendiam que o povo era a verdadeira representação da nação. Assim, seus membros passaram a defender o voto por cabeça. Estava criado o impasse que deu origem a uma séria crise política.

Diante da dificuldade de se chegar a um acordo, o terceiro estado, na figura do povo, decidiu se reunir em Assembleia Nacional e convidou a aristocracia para participarem dela. Sob a ameaça da monarquia, os integrantes dessa Assembleia prestaram um juramento em defesa da elaboração de uma Constituição para a França a fim de acabar de vez o estado absolutista.

1.2 A ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE E A PROCLAMAÇÃO DA DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO

Em 14 de julho de 1789, em busca de armas, o povo destemperado, atacaram a Bastilha, um grande presídio de Paris e símbolo da opressão real. Embora, nesse período, a prisão estivesse praticamente desativada, a Tomada da Bastilha teve um grande papel simbólico, representando a decisiva participação popular no processo político e o início da revolução propriamente dita. Com o aumento da violência, seguiram-se os saques, as depredações e a queima de registros fiscais.

Em meio á agitação do povo, a Assembleia Nacional Constituinte, que agora contava com a participação de membros das três ordens, declarou o fim do regime senhorial e dos resquícios do feudalismo, trazendo a França as palavras de ordem igualdade, fraternidade e liberdade, princípio estes que ecoam até os dias atuais. Assim, houve em meio a

revolução a criação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão a qual possui em seu preâmbulo um resumo da revolução:

Os representantes do povo francês, constituídos em ASSEMBLEIA NACIONAL, considerando que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos Governos, resolveram expor em declaração solene os Direitos naturais, inalienáveis e sagrados do Homem, a fim de que esta declaração, constantemente presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre sem cessar os seus direitos e os seus deveres; a fim de que os actos do Poder legislativo e do Poder executivo, a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reclamações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral¹⁴⁹

Na esteira da difusão dos ideais oriundos da Revolução Inglesa e da filosofia iluminista, proclamou-se a soberania popular, que garantiu o direito da participação política do povo. Além disso, em todo o escopo da declaração trouxe um bojo de novos direitos aos particulares que antes não eram permitidos como o direito a propriedade, a cobrar dos governantes a aplicação dos recursos públicos colhidos através dos tributos, a livre expressão, o devido processo legal, entre outros que respingaram na Constituição Federal do Brasil de 1988.

1.3 A UNIVERSALIDADE DE DIREITOS E A DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO

Entre os maiores triunfos da Revolução Francesa de 1789, com certeza foi a criação de direitos universais os quais permitiu um olhar mais atencioso ao ser humano, pois até antes da mudança social aquele que possuía grande força econômica sobressaía sobre o mais fraco. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, contudo, proclamava as reivindicações ao longo dos séculos de um povo que era escravizado por um regime absolutista.

Influenciada pela doutrina dos “direitos naturais”, encabeçada por Jonh Locke os direitos dos homens são tidos como universais, ou seja, são válidos e exigíveis a qualquer tempo e em qualquer lugar, pois são inerentes à natureza humana. Com a expansão dada

149 Disponível em: http://www.pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao/ acesso em 11/10/2019 às 10:40h.

aos direitos do homem na declaração alargaram-se o campo dos direitos humanos e definiram-se os direitos econômicos e sociais.

Pela primeira vez, com o advento da declaração, são proclamados as liberdades e os direitos fundamentais do homem de forma econômica, visando englobar como mercedores destes direitos toda a humanidade. A ideia de direitos universais serviu de inspiração para as constituições francesas de 1848 e para a Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada pelas Nações Unidas. Afirma Bobbio (2004, p. 33)

Com a Declaração de 1948, tem início uma terceira e última fase, na qual a afirmação dos direitos é, ao mesmo tempo, universal e positiva: universal no sentido de que os destinatários dos princípios nela contidos não são mais apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens; positiva no sentido de que põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado. No final desse processo, os direitos do cidadão terão se transformado, realmente, positivamente, em direitos do homem. Ou, pelo menos, serão os direitos do cidadão daquela cidade que não tem fronteiras, porque compreende toda a humanidade; ou, em outras palavras, serão os direitos do homem enquanto direitos do cidadão do mundo (BOBBIO, 2004, p. 33).

Assim, em meio ao preâmbulo e seus dezessete artigos foram esculpidas ideias de liberdades de expressão, possibilidade de acompanhamento pelo povo dos gastos feitos pelos governantes e a manutenção da máquina estatal, a Declaração dos Direitos Humanos se perpetua no tempo como um dos instrumentos jurídicos já produzidos de eficácia estendida, haja vista a multipropriedade dos Direitos Humanos para as sociedade que se pautam neste olhar.

Além dessas contribuições, foram-se criadas a ideia de devido processo legal, a lei como expressão da vontade do povo e a proteção a propriedade, sendo todos esses direitos inerentes ao homem e em qualquer época e em qualquer lugar do planeta. Logo, o legado da Revolução Francesa impactou a produção acelerada de conhecimento e atenção ao ser humano como alguém dotado de direitos. Assim, a declaração universal cria para o ordenamento jurídico mundial, seja ele de qualquer país que exista, a prerrogativa de que ao homem se deve respeito aos seus direitos, tornando-os invioláveis.

2.AS HERANÇAS DA REVOLUÇÃO

O maior e mais sangrento ato de revolução que a Europa já viu, a Revolução Francesa é um modelo durável onde o povo decidiu seu próprio destino não sendo mais subordinado a uma monarquia absolutista. É possível conceituar o episódio de 1789 como à vontade de construir um novo mundo a partir dos escombros do regime que desmoronou, servindo de exemplo para as nações, as quais através da sua união e de sua força são capazes pintar em sua sociedade as cores de grandes mudanças. Barroso (2018, p. 51) descreve a Revolução Francesa como:

Mais do que um evento histórico com seu próprio enredo, a Revolução Francesa desempenhou um papel simbólico arrebatador no imaginário dos povos da Europa e do mundo que vivia sob sua influência, no final do século XVIII. Coube a ela – e não à Revolução Inglesa ou à Americana – dar o sentido moderno do termo “revolução”, significando um novo curso para a história e dividindo-a em antes e depois. Olhada a distância, depurada do aparente fracasso e de sua circularidade, foi a Revolução Francesa, com seu caráter universal, que incendiou o mundo e mudou a face do Estado – convertido de absolutista em liberal – e da sociedade, não mais feudal e aristocrática, mas burguesa. Mais que isso: em meio aos acontecimentos, o povo torna-se, tardiamente, agente de sua própria história (BARROSO, 2018, p. 51).

A Revolução Francesa foi o início para um processo mundial a favor de maior igualdade social, de direitos humanos e uma economia onde o trabalho tem suas gratificações. Contribuiu para a consolidação de valores voltados aos ideais de igualdade, fraternidade e liberdade, tais também foram usados nas constituições do Brasil, pois defendem primordialmente o homem e suas relações.

Ao estudar o movimento revolucionário francês, muitos apontamentos também são realizados a revolução americana. Porém, cabe analisar se realmente para o constitucionalismo moderno a revolução americana teve grandes impactos. BARROSO (2018, p. 35) a luz de ARENDT (1987, p 43, 55-56)

Em seu magnífico estudo *On revolution*, 1987 (1ª edição em 1963), Hannah Arendt comenta o fato intrigante de que foi a Revolução Francesa, e não a Inglesa ou a Americana, que correu mundo e simbolizou a divisão da história da humanidade em duas fases. Escreveu ela: “A ‘Revolução Gloriosa’, evento pelo qual o termo (revolução), paradoxalmente, encontrou seu lugar definitivo na linguagem política e histórica, não foi vista como uma revolução, mas

como uma restauração do poder monárquico aos seus direitos pretéritos e à sua glória. (...) Foi a Revolução Francesa e não a Americana que colocou fogo no mundo. (...) A triste verdade na matéria é que a Revolução Francesa, que terminou em desastre, entrou para a história do mundo, enquanto a Revolução Americana, com seu triunfante sucesso, permaneceu como um evento de importância pouco mais que local (BARROSO 2018, p. 35, APUD ARENDT, 1987, p. 43, 55-56)

Assim, não somente cabe destaque a Revolução Francesa para a História da humanidade como também a diferencia das demais revoluções ao longo dos anos e diversos lugares do planeta. É importante ressaltar a diferença entre as duas revoluções, pois são de caráter marcante para as sociedades contemporâneas e devem ser levadas em consideração no quesito de ponderação sobre em qual aspecto elas influenciaram culturas, ideologias e nações.

Além de aspectos sociais, a Revolução deixou como herança os ideais democratas solidificados, muito embora o conceito tenha surgido na Grécia Antiga, somente através da Revolução Francesa de 1789 que o mundo consolidou a ideia de democracia como uma forma de governo que visava o homem e seu bem-estar.

2.1 A DEMOCRACIA NA ERA CONTEMPORÂNEA

A Revolução Francesa foi a propulsora a ideia de democracia, e o seu desenvolvimento serve como base para instituímos alguns conceitos e princípios para a democracia. A sociedade na transição do Antigo Regime para a Era Moderna percebeu que havia uma falta de interesse por parte dos governantes em relação às condições básicas de sobrevivência, conseqüentemente, começa a surgir um extinto em acabar com os cargos hereditários e permitir mais vez e voz ao povo.

O conceito de democracia, popularmente falando, significa povo no poder. A palavra democracia tem origem no grego *demokratía* que é composta por *demos* (que significa povo) e *kratos* (que significa poder). É um regime de governo em que todas as importantes decisões políticas estão com o povo, que elegem seus representantes por meio do voto. É um regime de governo que pode existir em diversos modelos, como o sistema presidencialista, sistema parlamentarista, até mesmo no sistema monárquico.

A democracia, por assim dizer, é um regime de governo que tem como princípios basilares a liberdade humana e baseia-se no governo da maioria, associado aos direitos individuais e das minorias. Uma das principais funções da democracia é a proteção dos direitos humanos fundamentais, como as liberdades de expressão, de religião, a proteção

legal, e as oportunidades de participação na vida política, econômica, e cultural da sociedade.

Os cidadãos – termo este que passou a ser usado na Revolução Francesa para substituir as palavras de tratamento monsieur e madame ou mademoiselle - tem os direitos expressos, e os deveres de participar no sistema político que vai proteger seus direitos e sua liberdade. O conceito de democracia foi evoluindo com o passar do tempo, e a partir de 1688, em Inglaterra, a democracia era baseada na liberdade de discussão dentro do parlamento. Deste modo, criou-se a concepção da democracia direta e a democracia indireta.

Na primeira, também conhecida como democracia participativa, os cidadãos debatem e votam diretamente sobre as principais questões de seu interesse, que afetam diretamente seu cotidiano sem qualquer intermediação. Já na segunda, também conhecida como democracia representativa, o povo escolhe seus representantes, através de eleição, os quais decidem pela nação sendo responsáveis por representar os interesses do povo na tomada de decisões.

De acordo com alguns filósofos e pensadores do século XVIII, a democracia era o direito do povo de escolher e controlar o governo de uma nação. Em alguns países, a evolução da democracia ocorreu de forma muito rápida, como no caso de Portugal e Espanha. Apesar disso, essa rápida evolução criou uma insegurança política. Em países como Inglaterra e França, uma evolução lenta da democracia teve como consequência o desenvolvimento de estruturas políticas estáveis.

Alguns episódios são registrados sobre a democratização ou contra o regime democrático, veremos alguns deles. Em 1926, os militares portugueses assumiram o controle do país, inaugurando um regime ditatorial que duraria até 1974. Em 1936, era a vez dos militares espanhóis se rebelarem contra a proclamação da segunda república espanhola e iniciarem uma guerra civil. A guerra terminaria três anos depois, com a vitória dos militares espanhóis e a instauração da ditadura do general Francisco Franco.

Em 1964, o presidente brasileiro João Goulart foi deposto por um golpe militar, dando início a uma série de presidentes militares escolhidos pelo congresso nacional. Todos os partidos políticos então existentes foram declarados extintos pelo governo militar, que só permitiu a existência de dois novos partidos: a Arena, que apoiava o governo e o Movimento Democrático Brasileiro, que fazia oposição ao governo. Segmentos da oposição ao regime militar iniciaram movimentos armados visando à derrubada do regime.

Toda forma contrária a democracia podemos classificar como ditadura ou absolutismo. Na França, em 1789, o absolutismo marcado pelo poder centralizado nas

mãos do rei demonstra que uma vez instalado é gerador de caos. Essas ideologias são marcadas por apenas uma forma de pensar, geralmente emanada por aquele que se encontra no poder, sem o devido respeito a formas diferentes de pensar e agir.

Em 1968, o governo tcheco-slovaco, liderado por Alexander Dubcek, promoveu uma tentativa de democratização do regime comunista do país com a instauração do multipartidarismo. Essa política foi chamada de Primavera de Praga e teve um fim abrupto com a invasão do país por tropas do bloco comunista em 21 de agosto do mesmo ano. Em 25 de abril de 1974, um golpe militar pôs fim à ditadura portuguesa do Estado Novo, redemocratizando o país. A revolução foi apelidada de Revolução dos Cravos, pois os soldados revoltosos enfeitaram os canos de suas espingardas com cravos vermelhos.

Contudo, ao analisar os inúmeros atos de implantação de regimes democráticos, redemocratização, e até mesmo a abolição desta é possível conseguir chegar à conclusão de que um povo oprimido por ideais são capazes de se tornarem os mais fortes e revolucionários possíveis. A democracia não é apenas uma forma de Estado, mas sim uma a ordem constitucional, eleitoral e administrativa, o equilíbrio dos poderes e órgãos do Estado, a prioridade política do Parlamento, o sistema alternativo de grupos governamentais e de oposição.

O aspecto histórico que enraíza a base da democracia nos países que a utilizam, e dá voz e vez ao povo que muitas vezes foi esquecido pelos seus governantes nos primórdios das primeiras sociedades politicamente organizadas. O espírito de exigir melhores condições de vida pode ver em nossos tempos atuais, com manifestações contra governos onde o povo não satisfeito com a forma como seu país está sendo governado reivindica.

2.2 A INFLUÊNCIA DA DEMOCRACIA PERANTE UMA SOCIEDADE

A democracia conduz regularmente eleições livres e justas, abertas a todos os cidadãos. As eleições não podem ser fachadas onde se escondem ditadores ou um partido único, mas verdadeiras competições pelo apoio do povo. Desta forma, sujeita os governos ao Estado de Direito e assegura que todos os cidadãos recebam a mesma proteção legal e que os seus direitos sejam protegidos.

Possui efeitos que refletem na vida política, social e cultural de cada país. Baseiam-se em princípios fundamentais e não em práticas uniformes. Através desse direito de participação o povo exige a melhor forma de conduzir o país, ou seja, os cidadãos não têm apenas direitos, mas, também, o dever de participar no sistema político que, por seu lado, protege os seus direitos e as suas liberdades.

As sociedades democráticas estão empenhadas nos valores da tolerância, da cooperação e do compromisso. Reconhecem que chegar a um consenso requer

compromisso e que isto nem sempre é realizável. Baseia-se nos princípios de uma liberdade de expressão onde todos possuem o poder de expressar suas opiniões sobre a política do país, seja elas críticas ou opiniões favoráveis.

Depende também de uma sociedade civil educada e bem informada cujo acesso à informação lhe permita participar tão plenamente quanto possível na vida pública da sua sociedade e fazer criticar a governos ou políticas insensatas e tiranas. Bonavides (1996, p 22) relata:

Em verdade, não há formas perfeitas de governo, mas o governo da lei legitimado pela soberania popular será sempre um valor superior ao governo do arbítrio, materializado em proveito de minorias ou de um só déspota, que mantém acorrentada e arrastada em ferros a esmagadora maioria da Sociedade. A democracia unicamente dissolve privilégios e faz eficaz o princípio da igualdade. Só esse título já é o suficiente para alcançar-lhe a supremacia sobre qualquer outra forma (BONAVIDE, 1996, p. 22).

O desafio para uma democracia é o equilíbrio. Pois não há uma democracia que seja totalmente correta, pois será conduzida por seres humanos falhos, mas em comparação com outros regimes, a democracia demonstra ser a mais humana e mais justa. É exatamente isso que o direito constitucional possui como objetivo, proporcionar aos homens uma forma de estado, de direitos e deveres que harmonizem as relações, sejam elas públicas ou privadas.

3.A REVOLUÇÃO FRANCESA E O DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Para analisar a evolução histórica e a sua influência com o Brasil é necessário ponderar sobre o Estado Moderno. O Estado Moderno nasce absolutista, essa foi a forma até a época encontrada de se tentar harmonizar a convivência humana, tendo na figura do rei uma fonte de sabedoria e investidura religiosa para governar uma nação. Porém, esse governo se tornaria, mais tarde hereditário e se perpetuaria com líderes tiranos que não pensavam no bem-estar de seu povo, mas em si mesmos. Segundo BARROSO (2018, p. 35):

O Estado moderno surge no início do século XVI, ao final da Idade Média, sobre as ruínas do feudalismo. Nasce absolutista, por circunstância e necessidade, com seus monarcas ungidos por direito divino. O poder secular liberta-se progressivamente do poder religioso, mas sem lhe desprezar o potencial de legitimação. Soberania é o conceito da hora, concebida como absoluta e indivisível, atributo essencial do poder político estatal. Dela derivam

as ideias de supremacia interna e independência externa, essenciais à afirmação do Estado nacional sobre os senhores feudais, no plano doméstico, e sobre a Igreja e o Império (romano-germânico), no plano internacional (BARROSO, 2018, p. 35).

Com o final da idade média e o advento da idade moderna, consolida-se uma política que supera o modelo feudal e absolutista, dando abertura para a implantação das teorias iluministas que fizeram o ideal constitucionalista, fundado na razão, na participação do povo e no respeito aos indivíduos. No Brasil, a primeira constituição surge em 1824, é outorgada e inserida em meio a monarquia.

Sessenta e sete anos depois são criadas a primeira constituição promulgada em meados de 1891 instalando-se o Presidencialismo, como forma de Estado o Federalismo e as antigas províncias foram transformadas nos Estados Unidos do Brasil. A vigência da Carta Constitucional de 1891 foi interrompida pela guerra civil de 1930, na qual foi promulgado o texto constitucional de 1934, que marcou o constitucionalismo brasileiro com ideias de cunho social, em detrimento do liberalismo econômico.

Três anos depois surge a constituição de 1937, outorgada pelo golpe do Estado Novo na era Vargas. Com o fim da ditadura Vargas, em 1945, o constitucionalismo brasileiro retoma sua normalidade com o restabelecimento da democracia e a promulgação da Constituição de 1946 cuja inspiração foi obtida, mas ideias liberais e sociais das Constituições de 1891 e 1934.

Em 1964, os militares voltaram a ascender no poder executivo com a eleição de presidentes de alta patente do exército e a instauração do Regime Militar no Brasil. Embora tenha sido promulgado pelo congresso nacional, cabe ressalva, pois o mesmo foi forçado a fazê-lo sob o autoritarismo do regime instaurado. Sua sucessora, para alguns doutrinadores considerada como Constituição e para outros não, a Emenda de 1969 trouxe para Brasil a governança por Juntas Militares e teve sua vigência até a constituinte de 1988. Em meados de 1988, promulgou-se a conhecida Constituição Cidadã. Nas palavras de BARROSO (2018, p. 284):

No caso brasileiro, o renascimento do direito constitucional se deu, igualmente, no ambiente de reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988. Sem embargo de vicissitudes de maior ou menor gravidade no seu texto, e da compulsão com que tem sido emendada ao longo dos anos, a Constituição foi capaz de promover, de maneira bem-sucedida, a travessia de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de direito (BARROSO, 2018, p. 284).

Foi através desta Constituição que muitos direitos abolidos pelo Regime Militar instaurado no Brasil em 1964 foram trazidos à luz. Direitos como a liberdade de expressão, religião e direitos humanos foram inseridos em um rol de direitos e garantias fundamentais e inerentes a todos os seres humanos, sejam eles brasileiros natos, naturalizados ou até mesmo estrangeiros de passagem no país. BARROSO (2018, p. 72) complementa:

A Constituição é um instrumento do processo civilizatório. Ela tem por finalidade conservar as conquistas incorporadas ao patrimônio da humanidade e avançar na direção de valores e bens jurídicos socialmente desejáveis e ainda não alcançados. Como qualquer ramo do Direito, o direito constitucional tem possibilidades e limites. Mais do que em outros domínios, nele se expressa a tensão entre norma e realidade social.

A Constituição de 1988 é o maior exemplo brasileiro de uma transição de sucesso de um Estado de Direito autoritário e violento para um Estado Democrático de Direito. Sob a sua vigência, inúmeras garantias que não eram sequer citadas no regime anterior surgiram à luz dos acontecimentos como em meados de 1789. O povo finalmente estava apto para ecoar sua voz e vontades através de seus representantes devidamente eleitos por votos universais, secretos e soberanos.

Com a garantia trazida pelo Estado Democrático de Direito, o constitucionalismo contemporâneo traduz a submissão à lei através de uma democracia procedimental que garante um mínimo de satisfação dos direitos sociais. Voltou-se a necessidade de colocar o ser humano e o seu bem-estar em primeiro lugar, com uma participação política efetiva que influencia não somente o caráter social, mas também o jurídico e o econômico. Bahia (2020, p. 41) afirma:

A análise do pensamento constitucional contemporâneo dentro dessa perspectiva não é algo já definido, sentenciado, pelo contrário, está em processo de construção e de reconstrução. Representa, na realidade, um momento de completas redefinições positivas dentro de Estados Constitucionais, impulsionados pela globalização, pela internacionalização dos direitos humanos e pela força irradiante que passa a ter a Constituição neste contexto. (BAHIA, 2020, p. 41).

No preâmbulo da Constituição Federal de 1988, podemos verificar implícitas marcas de uma revolução que surge como a alvorada para tempos de trevas e solidão, onde o ser humano nada podia fazer além do que aquele que estava no poder ordenasse. O texto inicial de uma constituição serve de parâmetros históricos, culturais e jurídicos, pois há nele

ideais essenciais que permeiam a criação da Constituição, conforme vemos no preâmbulo da nossa Constituição:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Quando se analisa essas palavras, ecoa deste pequeno discurso o quão maravilhoso e doloroso foi à redemocratização brasileira. Muitos perderam suas vidas, suas casas, familiares, até mesmo tudo por defenderem que o absolutismo e o autoritarismo são instrumentos de tortura em massa, destruidor de sonhos e obstáculos que impedem o crescimento da nação.

Aquele que discordava das ideologias dos governantes era levado a prisão sem direito a defesa, infringindo não apenas esse direito considerado universal como preceitua a declaração universal como, também, jamais puderam retornar para os seus lares. Atualmente tal barbárie não se é mais vista, significando um avanço expressivo sobre a concepção do direito. Afirma Bahia (2020, p. 42) que:

O processo de constitucionalização de ordenamento jurídico constrói uma inegável relação constitutiva entre a Constituição e os direitos fundamentais, que não se resolve apenas pela constatação de que os direitos estão protegidos materialmente na Constituição, mas, sobretudo, que a Constituição se configura como uma efetiva técnica de salvaguarda dos direitos fundamentais, dando-lhes uma força ainda mais normativa e concreta. Nesse sentido, o Direito Constitucional transbordou-se no sistema normativo, influenciando outros ramos do Direito e podendo ser aplicado a incidência direta e imediata a um caso concreto (BAHIA, 2020, p. 42).

Neste sentido, o Direito que se conhece hoje é resultado dos aspectos positivos herdados da Revolução Francesa, onde as constituições se inspiraram para existir e reger as sociedades. Como se sabe a democracia passou a ser um dos legados da Revolução diante das novas roupagens que as sociedades iam desenvolvendo ao longo o tempo. Esse processo de atualização jurídica demonstra o resultado das constantes revoluções sociais, Bahia (2020, p. 43) afirma:

Com o processo de constitucionalização do ordenamento jurídico o debate hodierno do Direito proclama uma universalidade maior para a compreensão do fenômeno jurídico, mais preocupado com a moral e com ética do que tão somente com a letra da lei. E o aparecimento desse verdadeiro Estado Constitucional de Direito fez nascer, no início do século XXI, um dos pensamentos contemporâneos que ganha força diária como proposta de teoria de direito inovadora, o neoconstitucionalismo (BAHIA, 2020, p. 43).

Portanto, pode-se compreender que o neoconstitucionalismo, teoria que inaugura um novo momento na compreensão do Direito Constitucional, também perpassa pela Revolução Francesa, pois o olhar mais humanizado ao Direito é também um dos legados da revolução haja vista que a população francesa àquela época não se encontra satisfeita com a forma de condução política.

Assim, a Revolução Francesa foi capaz de instaurar um importante processo de resgate a legitimação política, despersonalizando o Poder centralizado e absolutista, invalidado pela falta de humanização e destituído pelo Estado Constitucional Moderno, nascido com a democracia e os Direitos Humanos universalmente reconhecidos e marcados pelas raízes populares.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Soberania popular, liberdade civil, igualdade perante a lei, separação dos Poderes, essas palavras são ditas hoje com tanta facilidade que não somos capazes de imaginar o caráter explosivo em 1789. Não conseguimos nos imaginar, o quão letal foi o Antigo Regime, quando a maioria das pessoas tinha como pressuposto homens desiguais e que essa desigualdade era imposta na natureza pela própria vontade de Deus. Homens regidos por ideologias que somente seriam boas se os beneficiassem.

Mas todos esses conflitos se fundavam em algo maior de que a soma de suas partes. Uma convicção de que a condição humana é maleável, não fixa, e que as pessoas comuns podem fazer a história, em vez de apenas sofrê-la. A Revolução Francesa levantava a bandeira de que o povo tem voz e vez. Não apenas uma simples conquista é uma das mais simplórias e magníficas lutas travadas e vencidas, demonstrando que o poder emana, realmente, do povo.

A Revolução Francesa trouxe para o mundo características de esculpir uma constituição, permitindo atribuir para o Estado seus limites, e assim, garantir sua existência contínua respeitando o individualismo humano. A ideia de constituição é a manifestação real do poder político, econômico, jurídico e social de uma nação soberana, inspirada pelos

moldes e quase mergulhada no mesmo contexto a Constituição Federal brasileira de 1988 surge como o maior ato soberano de uma nação que, semelhante aos franceses em 1789, foi oprimida pelo regime totalitário.

Deste modo, estudar os acontecimentos que antecederam e os que culminaram com o movimento revolucionário Francês é estudar o ser humano na sua essência social. Quando ponderamos sobre as influências que agem nos moldes constitucionais no Brasil e para o constitucionalismo modernos é compreender os direitos e liberdades tradicionais, fundadas no não agir do Estado e englobados pelos princípios que garantem essa atuação do indivíduo.

Assim, este estudo obteve como resultado que a Revolução Francesa impactou diretamente e indiretamente vários outros movimentos, legitimando a soberania popular a criando a democracia como regime político cuja participação efetiva da população na sociedade se tornou um dos legados trazidos a todas as gerações e sociedades constituídas após esse histórico episódio.

REFERÊNCIAS

- BAHIA, Flávia. **Direito Constitucional**. 4. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. – 7 ed. – São Paulo: Saraiva Educações, 2018.
- BONAVIDES, Paulo. **A Constituição Aberta: Temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos - 1909*. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- JELLINEK, Georg. **A declaração dos direitos do homem e do cidadão: contribuição para a história do direito constitucional moderno**. São Paulo: Atlas, 2015.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. – 2. ed. – São Paulo : Saraiva educação, 2018.

O COMPORTAMENTO MERITÓRIO DO MILITAR DEVE ATENUAR-LHE A PENA OU TRATA-SE DE MERA OBRIGAÇÃO? UMA ANÁLISE CRÍTICA DO INCISO II DO ARTIGO 72 DO CPM

JOÃO CARLOS CAMPANINI: Advogado, Mestrando em Direito Penal pela PUC-SP, Coordenador e Professor de Pós-graduação em Direito Militar, Bacharel em Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública pela Academia de Polícia Militar do Barro Branco, Tribuno do Júri, Palestrante, Parecerista, Escritor jurídico e Sócio-Administrador da Oliveira Campanini Advogados Associados.

O texto que propus juntar a este importante compêndio para a nossa amada área do Direito Militar diz respeito à sustentação de reconhecimento de atenuante específica que por longa data tenho feito nas lides sob minha administração na Justiça Militar Estadual paulista.

Embora não me canse de sustentá-la todas as vezes que o caso comporta (hipótese de provável condenação), pouquíssimas foram as vezes que tive tal pleito acatado pela magistratura togada da casa, e pasmem, nenhuma vez pelos juízes militares componentes dos Conselhos de Justiça (Permanente e Especial).

Em segunda instância, a situação é pior, em meus mais de quinze anos de atuação quase que diária na Corte, não vi, sequer uma vez, aceitação do pleito pelos magistrados que tem por função e obrigação, na Justiça castrense local, preservar a disciplina da tropa e o acatamento às leis penais e processuais penais militares – “são eles os guardiões das leis militares em nosso Estado”, eis que, na organização judiciária nacional, não há previsão de que os recursos oriundos de suas decisões sejam julgados por uma corte de nível infraconstitucional especializada, a exemplo do Superior Tribunal Militar, competente tão somente para julgar civis e militares da união.

A atenuante que me refiro trata-se do meritório comportamento anterior do acusado militar, prevista no inciso II do artigo 72 do Código Penal Militar, o Decreto-lei nº 1001, de 21 de outubro de 1969, *in verbis*.

Art. 72. São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

I - ser o agente menor de vinte e um ou maior de setenta anos;

II - ser meritório seu comportamento anterior (*negrito nosso*);

III - ter o agente:

- a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;
- b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;
- c) cometido o crime sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;
- d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime, ignorada ou imputada a outrem;
- e) sofrido tratamento com rigor não permitido em lei.

Jorge Cesar de Assis, Promotor do Ministério Público Militar aposentado e doutrinador da área do Direito Militar, explica em sua obra: *Direito Militar – Aspectos Penais, Processuais Penais e Administrativos*, Editora Juruá, 2ª edição, 2009, que apesar de pertencerem a ramos distintos, existe um inegável entrelaçamento entre as normas de Direito Administrativo e as de Direito Penal Militar, com influência recíproca entre ambos.

O referido estudioso cita a repercussão dos maus antecedentes do réu (punição disciplinar por transgressão considerada grave) como causa de revogação obrigatória do *sursis* (art. 86, inc. III do CPM) e de revogação facultativa do livramento condicional (art. 93, § 1º do CPM e art. 632, “c” do CPPM), sendo ainda motivo para que tenha negada sua reabilitação criminal caso não consiga demonstrar efetivo e constante bom comportamento público e particular (art. 652 do CPPM).

Infelizmente, embora Assis sustente com o total descortino visto acima a utilização acertada dos pressupostos legais que prejudicam o réu por seu comportamento moralmente indevido, quando se refere à utilização do meritório comportamento anterior como atenuante obrigatória prevista na lei adjetiva penal castrense, prefere se filiar, talvez por sua prática de anos na bancada da acusação, àqueles doutrinadores que irei mencionar adiante.

Em suma, o objetivo deste nosso artigo é fazer o leitor entender, do ponto de vista crítico, que não somente o mau comportamento anterior do militar deve ser levado em consideração no processo penal militar.

HISTÓRICO DAS CONDECORAÇÕES E DO COMPORTAMENTO DO MILITAR

Na Obra “Medalhas” da Secretaria Geral do Exército Brasileiro¹⁵⁰, as condecorações ou “Moedas de Honra” são instrumentos destinados a recompensar moralmente o mérito, em suas variadas manifestações, tanto na esfera civil quanto na militar.

As condecorações surgiram na antiguidade. Estima-se que as mais antigas remontem ao Egito do tempo dos faraós. Gregos e romanos manifestavam recompensa por intermédio de práticas como a Coroa, a Ovação e o Triunfo. Essas práticas foram substituídas pelas condecorações, que ressurgiram e ganharam grande impulso a partir da criação das Ordens de Cavalaria, na Idade Média.

Durante os períodos do Brasil Colônia e Império, eram comum os prêmios aos méritos na guerra, na política e nas artes serem combinados com a concessão de títulos nobiliárquicos, patrimoniais, vantagens financeiras e condecorações.

Com a Proclamação da República, a maioria dessas práticas foi abolida, tendo permanecido, no entanto, as Moedas de Honra, sob a forma de condecorações, nas modalidades de ordens honoríficas e medalhas condecorativas.

Em nossa pesquisa não conseguimos conhecer o registro da primeira punição militar da história, mas certamente o registro via de assentamentos, documentos aptos a comprovar o comportamento do militar, vem de longe.

As instituições militares, organismos armados à serviço da pátria e do próprio povo, têm como bases para sua permanência estável e segura a hierarquia e a disciplina; dessa forma, para manter homens e mulheres nas raias da lei e da ética, é necessário regulamentar as formas de conduta esperadas e as indevidas, registrando, em suas fichas individuais, o histórico profissional de elogios e punições - aqui se forma o comportamento do militar -, que inicia quando de sua entrada na força e segue até a sua morte (caso ainda ostente a condição de militar), eis que em muitos casos militares aposentados continuam sujeitos às normas morais da vida militar.

DOCTRINA ESPECIALIZADA

Infelizmente, pouco temos de doutrina especializada na área em nosso país, e, dessa forma, pouco temos de lições a respeito emanadas por quem realmente dedica sua

¹⁵⁰ Pesquisável em:

<http://www.sgex.eb.mil.br/images/medalhas/Medalhas/livromedalhas/LIVRO%20MEDALHAS%20-%20interativo2.pdf>

carreira aos estudos e às lides da caserna, mormente àqueles que atuam na difícil missão de exercer a defesa.

Enio Luiz Rossetto, Juiz do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo – classe magistratura – traz em seu Código Penal Militar comentado, Editora Revista dos Tribunais, 2012, pág. 357, que as circunstâncias atenuantes são legais, genéricas, aplicam-se a todos os crimes e são obrigatórias (g.n), salvo nos casos de pena de morte, em que ao juiz é facultada a sua aplicação.

Em que pese tal autor sustentar a obrigatoriedade prevista em lei do reconhecimento da referida atenuante, sua alegação em relação à aplicação descrita na pagina seguinte de sua obra parece-nos vacilante e contraditória. O autor explica que o assentamento individual do militar é o documento hábil a comprovar seu meritório comportamento anterior e este é de juntada obrigatória nos autos, conforme previsão do artigo 391 do Código de Processo Penal Militar. A contradição vem quando o magistrado escritor sustenta, ao nosso ver, sem fundamentar à sua concretude - requisito objetivo -, que meritório seria apenas o comportamento acima daquele normal, diário, excepcional, relevante, incomum e louvável.

Em sua obra: Código Penal Militar comentado, também da Editora Revista dos Tribunais, 2013, pág. 145, Guilherme de Souza Nucci, Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo da classe magistratura, sustenta:

Tratando-se de crime ligado ao dever militar, pode-se constatar o comportamento meritório anterior pela vida pregressa funcional do servidor. Mas não é só. Essa expressão equivale à conduta social, prevista no art. 59 do Código Penal comum, significando o papel do acusado na comunidade, antes do cometimento do crime. Por isso, sejam militares ou civis, deve-se verificar quem era o agente até a data dos fatos, apurando-se elementos positivos ou negativos.

Analisando o entendimento de Nucci, que fez um paralelo com a vida pregressa dos civis na comunidade e aos atos judiciais específicos para fixação da sentença penal condenatória, temos a predisposição do Código Penal adiante reproduzido:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, **aos antecedentes (negrito nosso)**, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

- I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;
- II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;
- III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;
- IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Aqui temos a principal diferença dos civis para os militares e, mesmo assim, a lei determina que os antecedentes “positivos” dos civis sejam levados em consideração na aplicação da pena, em que pese saibamos que tais antecedentes positivos, na prática, apenas dizem respeito à inexistência de antecedentes negativos (reincidência criminosa), eis que não há, também pelo mesmo predisposto da estrita legalidade, obrigatoriedade de fazer somente o que a lei manda àqueles que não possuem função pública. Para estes, tudo que não é proibido, é permitido, sendo “ficha limpa” todo aquele que não possua punição anterior definitiva.

O mesmo não ocorre com os militares; estes possuem mais que o registro “ficha limpa” da população comum, eles possuem registros de seus feitos gloriosos, tudo com base na predisposição de seus códigos de ética, muitos ainda denominados regulamentos disciplinares, verdadeiros trilhos em que tais profissionais devem seguir na busca da melhor forma de efetivação do serviço público.

Em suma, em que pese Nucci não tenha se aprofundado no tema fazendo a diferenciação do profissional civil do militar como ousamos explicar neste tópico, resta cristalino seu entendimento de que vida pregressa importa e muito para se diferenciar pessoas no momento de aplicação de suas penas, não sendo possível nem justo alegar, superficialmente, que não passa de mera obrigação do militar possuir bons assentamentos.

JURISPRUDÊNCIA

Em total discordância com nosso entendimento, o Superior Tribunal Militar, nos autos dos embargos de declaração nº 0000008-61.2009.7.03.0203 – DF, julgado em 28.06.2012, por votação unânime do Plenário, rel. Artur Vidigal de Oliveira, assim decidiu:

Para se beneficiar da atenuante de comportamento meritório na dosimetria da pena, é necessário que o acusado tenha realizado condutas excepcionais não obrigatórias ou com risco de vida, não sendo suficientes, para a sua caracterização, as meras

referências elogiosas por participação em atividades rotineiras da caserna.

Data máxima vênua, observa-se negativa de fundamentação concreta na referida ementa, uma vez que se furta trazer, especificamente, quais atos seriam reconhecidos como excepcionais não obrigatórios ou com risco de vida, relevando o excerto legal objetivo – obrigatoriedade de aplicação – a caráter extremamente subjetivo e ao bel prazer do julgador.

De antemão, forçoso justificar o reconhecimento de ato excepcional não obrigatório diante da legalidade estrita do ato administrativo, uma vez que, aos administradores públicos – e militares o são – só é permitido fazer aquilo que a lei determina, portanto, seus atos profissionais são sempre obrigatórios.

Quanto a condutas anteriores realizadas “com risco de vida”, em que pesem os militares das Forças Armadas, em algumas funções típicas de caserna, trabalharem em atividades com menor risco de lesões que possam ocasionar a morte, essa alegação não pode ser usada para analisar o mister dos militares estaduais e dos militares federais que tenham atuado em missões reais típicas de preservação e manutenção da segurança pública, com risco de ataques iminentes e diários pela criminalidade, até porque, os militares são os únicos profissionais que juram proteger a pátria *com o sacrifício da própria vida*.

Demonstrando que o tema não é novo e com a mesma falta de justificativa plausível, tivemos um julgado bem anterior do mesmo STM em sede de embargos de declaração sob nº 1994.01.046829-2/BA, julgado em 18.10.1994 de relatoria do Ministro Raphael de Azevedo Branco, pontuando que elogios e medalhas não são suficientes para caracterizar o comportamento meritório, que se presume de condutas excepcionais.

Aqui, respeitosamente, observamos a negação mais desarrazoada do quanto se prega no ambiente militar. Alegar que até mesmo as medalhas de mérito, consabidas honrarias que já são um meio de diferenciação dos elogios corriqueiros, uma vez que possuem requisitos específicos para sua entrega, também não devem ser suficientes para o reconhecimento da atenuante, para nós é sustentar que tais não passam de “*sourvenirs*” que servem apenas para enfeitar o fardamento.

Esse entendimento nos entristece ainda mais quando verificamos, como já narrei no início deste artigo, juízes militares (oficiais em função temporária na justiça militar) sustentando, na maioria das vezes acompanhando o voto condutor do juiz de direito presidente, que de fato ter elogios “não passa de obrigação” de todo militar. A pergunta que faço é: se algum dia este mesmo oficial for processado na mesma casa e estiver sendo condenado, ele desejará que sua vida pregressa seja, pelos militares mais antigos que estarão julgando a causa, analisada? Ele entenderá como importante lançar mão das

histórias de sucesso que teve em toda sua carreira em prol da causa pública? Fica a reflexão, pois as vezes é necessário se colocar no lugar do réu para bem entender o que é de fato para ele – que é o destinatário direto do processo penal punitivo – o senso de justiça.

ENTENDIMENTOS JUDICIAIS ESPARSOS

Durante os anos que atuamos na justiça militar, especificamente na corte castrense bandeirante, ouvimos inúmeros entendimentos dos magistrados ao votarem nosso pleito de reconhecimento da atenuante do comportamento anterior meritório do réu.

Neste tópico, traremos algumas das “respostas” que recebemos dos operadores do direito responsáveis por aplicar a lei penal militar aos nossos honrados e sofridos policiais militares da força pública paulista.

A primeira alegação e a mais corriqueira delas, acompanha os entendimentos da doutrina e da jurisprudência lançados nos itens anteriores, arrazoando suas decisões no fraco argumento de que para que se reconheça tal atenuante não bastam elogios nos assentamentos individuais, sendo necessário “algo além. O que nunca se conseguiu explicar, para que a fundamentação seja corretamente justificada, é objetivamente o que seria reconhecido como algo “além” do comum. Por vezes, questionando os magistrados se o algo além seria uma promoção por ato de bravura, por exemplo – sem descurar o fato de que embora a lei dessa promoção ainda esteja em vigor, há anos a PM de São Paulo não promove um militar em vida – não obtive resposta.

Outras vezes, questionando se as láureas do mérito pessoal, previstas em cinco graus e somente entregues a poucos policiais militares por feitos que já são diferenciados dos elogios corriqueiros seriam capazes de demonstrar um comportamento moralmente elogioso, também não obtive respostas.

A segunda alegação para se negar o pleito foi sustentada por um magistrado togado, respeitado e com longa carreira na casa. Para ele, que também é funcionário público, a realização de seu trabalho conforme a lei manda e para isso é pago, não deve representar mais do que sua obrigação.

O referido juiz, para tentar fundamentar seu entendimento, fez um paralelo com sua função de julgar as ações penais em 1ª instância, narrando que não deve ser elogiado nas vezes em que suas decisões forem mantidas pelos órgãos judiciais de instância superior após recursos da parte sucumbente.

Entendemos que a analogia do trabalho dos réus daquela Auditoria com o trabalho do magistrado seria plausível e perfeita, se não fosse por uma razão: os réus são militares, o juiz não. Militares são funcionários públicos diferenciados, possuem deveres que jamais outra categoria de funcionário público terá. Ao militar são proibidas a sindicalização e a greve; ele não possui inúmeros direitos trabalhistas e ainda conta com a espada da justiça comum (como qualquer cidadão) e a da justiça militar sobre sua cabeça, além de regulamentos disciplinares - códigos de ética – com rigores excessivos que alcançam inclusive sua vida privada, até a morte.

Outra alegação descabida ao nosso entender e talvez a que mais apresente conflito com a justiça foi, por mim, ouvida – felizmente – apenas uma vez.

Certa feita, um determinado magistrado militar (em função temporária no escabinato), embalado por manifestação ministerial no mesmo sentido, sustentou que, naquele momento, por estar condenando o réu, impossível entender que seu comportamento anterior é meritório, já que o crime ali julgado, de mérito, nada tinha. Ao que tudo indica, o desconhecimento da ciência jurídica pelo referido oficial – já que para compor os conselhos de justiça não é necessário formação em direito – muito pesou naquela balança.

Quando o legislador previu a necessidade e registrou a obrigatoriedade de utilizar a vida profissional progressiva do militar para fins de atenuar-lhe a pena quando não fosse hipótese de absolvição, obviamente essa previsão de analisar o comportamento meritório anterior não seria para alcançar o fato em julgamento, mas atos elogiosos havidos até a data do referido fato criminoso.

A DOSIMETRIA DA PENA NO DIREITO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR MILITAR

Consabido é que todas as forças (armadas e policiais/bombeiros militares) estão sob a égide de normas que regulam a hierarquia e a disciplina, pilares de toda instituição militarizada.

A maioria das instituições ainda conta com essas regras editadas via de regulamentos, algumas inclusive com ausência de lei específica para tanto; outras, mais avançadas no estudo do direito administrativo disciplinar, já contam com códigos de ética, leis específicas desenvolvidas pelo Poder Legislativo.

A Polícia Militar do Estado de São Paulo, instituição que tem seus integrantes julgados pela Justiça Militar bandeirante, normatiza a deontologia de sua força via da Lei Complementar Estadual nº 893, de 09 de março de 2001, o denominado, embora de forma atécnica, Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de São Paulo.

Tal norma, que traz inúmeros artigos sustentando a forma que o militar do estado deve se portar, 24 horas por dia, prevê:

(...)

Artigo 33 - Na aplicação das sanções disciplinares serão sempre considerados a natureza, a gravidade, os motivos determinantes, os danos causados, a personalidade e **os antecedentes do agente (g.n.n)**, a intensidade do dolo ou o grau da culpa.

(...)

Artigo 35 - São circunstâncias atenuantes:

I - estar, no mínimo, no bom comportamento (n.n);

II - ter prestado serviços relevantes (n.n);

III - ter admitido a transgressão de autoria ignorada ou, se conhecida, imputada a outrem;

IV - ter praticado a falta para evitar mal maior;

V - ter praticado a falta em defesa de seus próprios direitos ou dos de outrem;

VI - ter praticado a falta por motivo de relevante valor social;

VII - não possuir prática no serviço;

VIII - colaborar na apuração da transgressão disciplinar.

Artigo 36 - São circunstâncias agravantes:

I - mau comportamento (n.n);

II - prática simultânea ou conexão de duas ou mais transgressões;

III - reincidência específica (n.n);

IV - conluio de duas ou mais pessoas;

V - ter sido a falta praticada durante a execução do serviço;

VI - ter sido a falta praticada em presença de subordinado, de tropa ou de civil;

VII - ter sido a falta praticada com abuso de autoridade hierárquica ou funcional.

(...)

Artigo 41 - Na aplicação das sanções disciplinares previstas neste Regulamento, serão rigorosamente observados os seguintes limites:

I - quando as circunstâncias atenuantes preponderarem, a sanção não será aplicada em seu limite máximo;

II - quando as circunstâncias agravantes preponderarem, poderá ser aplicada a sanção até o seu limite máximo;

III - pela mesma transgressão não será aplicada mais de uma sanção disciplinar.

(...)

De tudo o quanto nos interessa da análise de tais artigos da LDPMESP, evidente que a aplicação da pena segue forte impacto da vida pregressa do militar, podendo ser mais gravosa na hipótese de comportamento desviante do predisposto ou atenuada caso o punido tenha comportamento anterior meritório.

A inserção desses predispostos legais obrigatórios na norma nos faz entender que a instituição dá o merecido valor que cada ato correto, justo, benigno e elogioso deve ter. Para ela, cada menção de ato elogioso no assentamento do militar representa uma história de sucesso, como uma vida salva, um perigoso criminoso retirado da sociedade ou até mesmo na entrega de um bem recuperado ao proprietário que, com tanto suor, por ele batalhou. Medalhas, para a instituição, não servem apenas para abrilhantar o fardamento e, assim sendo, devem servir de base para a dosimetria da pena a ser aplicada ao militar faltoso, uma vez que justiça é dar a Cesar o que efetivamente deve ser de Cesar.

A PÁ DE CAL NA QUESTÃO – A NOVEL DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em que pese este causídico sustentar o entendimento aqui esposado em todos os recursos que desafiam as condenações criminais militares de seus clientes, os tribunais superiores, talvez por inexistência de uma jurisprudência pacificada da questão - ou para quem entenda - pacificada na negativa da predisposição legal, nunca se inclinaram a

reconhecer tal direito ao condenado militar, até o julgamento do Habeas Corpus nº 196.615/DF, julgado em 2022, com relatoria do Ministro Gilmar Mendes.

Na ocasião, a corte assim entendeu:

(...)

Trata-se de writ substitutivo de revisão criminal.

Inicialmente, registro que, conquanto esta Corte admita o manejo de habeas corpus como substitutivo de revisão criminal, a ela não compete o conhecimento do pedido revisional de forma inaugural. É dizer: não compete ao Supremo Tribunal Federal rever, diretamente, sentença penal condenatória transitada em julgado.

É verdade que, em casos de manifesta ilegalidade, tais entendimentos podem ser flexibilizados, inclusive com a concessão da ordem de ofício.

É, em parte, o caso dos autos.

(...)

Nos termos do art. 72 do Código Penal Militar, são circunstâncias que sempre atenuam a pena: **“Circunstância atenuantes**

I - ser o agente menor de vinte e um ou maior de setenta anos;

II - ser meritório seu comportamento anterior;

III - ter o agente:

a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;

b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;

c) cometido o crime sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;

d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime, ignorada ou imputada a outrem;

e) sofrido tratamento com rigor não permitido em lei. Não atendimento de atenuantes”

Como visto da dosimetria, o paciente é primário, não ostenta quaisquer antecedentes penais e não há elementos que autorizem juízo negativo quanto à sua personalidade.

Além disso, como atestam os certificados juntados aos autos (eDOC 4), fora admitido na Ordem do Mérito Brasília, em reconhecimento aos relevantes serviços prestados ao Povo e ao Governo do Distrito Federal (p. 1), recebera a Medalha Comemorativa ao Bicentenário da Polícia Militar do Distrito Federal, em honra ao mérito pela notável contribuição para o engrandecimento da Corporação (p. 2), recebera a Medalha do Mérito Alvorada, em reconhecimento ao modo relevante com o qual tem contribuído para o progresso do Distrito Federal (p. 3), dentre outras homenagens que comprovam fazer jus à atenuante em análise.

Sendo assim, em observância à regra contida no art. 73 do CPM, entendo razoável e proporcional, com base nas circunstâncias aqui reproduzidas, a incidência da atenuante prevista no inciso II do art. 72 do mesmo diploma à razão de 1/4.

Diante da presença do requisito objetivo constante do art. 84, “caput”, do CPM, oficie-se a origem para que avalie a possibilidade de suspensão condicional da pena.

Ante todo o exposto, concedo parcialmente a ordem de habeas corpus apenas para reconhecer a incidência da agravante prevista no art. 72, inciso II, do Código Penal Militar, à razão de 1/4.

Publique-se.

Comunique-se.

Brasília, 25 de março de 2022.

Ministro GILMAR MENDES

Relator

Documento assinado digitalmente

Embora o eminente Ministro não tenha, de forma pormenorizada, demonstrado a obrigatoriedade do reconhecimento da atenuante, entendemos que tal decisão, derivada de corte constitucional, *ex officio*, em sede de habeas corpus substitutivo de recurso de revisão criminal, dada a coisa julgada do processo em testilha, ganha destaque e deve servir de paradigma para alterar o entendimento do Poder Judiciário desde sua base.

É da hermenêutica jurídica que a lei não contém palavras inúteis (*verba cum effectu sunt accipienda*). Desta feita, não haveria razão para se incluir uma normatização afeta ao direito administrativo disciplinar militar se ela não fosse plausível, razoável e acima de tudo, justa.

CONCLUSÃO

Chegou a hora do meritório comportamento anterior do réu, durante aplicação de sentença condenatória na justiça militar ser definido por critério objetivo e sem divagações.

Sabemos que os militares possuem assentamentos individuais que consistem em registrar, desde o início de sua atividade na força, sua sujeição ou não aos ditames da disciplina.

Assim, todo militar possui em sua “ficha pessoal” registros de elogios e punições, devidamente enumerados e datados.

Para nós, é obrigatório ao juízo reconhecer a atenuante do meritório comportamento anterior sempre que um militar possua, em seu assentamento, maior número de elogios em detrimento do número de punições. O critério precisa ser objetivo, sem elucubrações.

Tendo ele maior número de elogios em seus assentamentos em período anterior ao cometimento do crime pelo qual está sendo condenado, faz juz ao reconhecimento da atenuante. É a lei que previu esse direito – negar-lhe, estaremos em cristalina ilegalidade.

Não é razoável que dentro de uma justiça especializada, única, com lei adjetiva específica, aspectos sérios da vida em caserna sejam desprezados e a lei seja desrespeitada somente pelo fato de beneficiar um condenado. Não reconhecer a vida pregressa do militar para fins punitivos é sepultar doutrinas milenares das institucionais militarizadas.

Cansamos de ver o mau comportamento anterior do militar ser utilizado pela acusação para agravar-lhe a pena, em que pese essa hipótese não ser, ao contrário do bom comportamento, prevista em lei.

Em se tratando de justiça especializada que sustenta, embora discordamos dessa afirmação, existir para proteger a corporação e manter a disciplina e a correção das atitudes da tropa, não é razoável que apenas utilize aquilo que pode prejudicar o acusado.

Toda sentença, para ser justa, precisa ser precisa e específica, analisando as circunstâncias dos fatos, o grau da culpa, a necessidade da punição, seu caráter reparatório e, sobretudo, seu caráter exemplificativo, devendo, no caso que aqui discutimos, não servir somente para que o militar punido e seus companheiros de farda tenham medo do peso da espada da justiça e busquem não cometer os mesmos fatos no futuro.

Ela serve também para que todos saibam que ser um militar correto, respeitado, agraciado e bem avaliado pelos seus comandantes e comandados, tem seu valor.

DIREITO PENAL NEGOCIADO E UMA ANÁLISE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

HANNA BEATRIZ TAVARES CARVALHO:
Discente da Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Amazonas (UFAM) ¹⁵¹

RESUMO: A Justiça penal consensual traz uma tendência de desjudicialização dos conflitos, neste contexto no Brasil foram criados a priori os Juizados Especiais Criminais (JECrim), a partir da Lei N.º 9.099/95 que foi o marco inicial para a expressão desse movimento, carregando o mérito de uma Justiça mais célere, informal e eficiente na prestação jurisdicional. Nesse diapasão, o acordo de não persecução penal aparece no sistema judiciário brasileiro como solução, trazendo um novo modelo de justiça negociada, no qual o membro do Ministério Público, celebra um acordo com o acusado que confessa formal e circunstanciadamente a prática delitiva e na presença do Advogado, firmada uma pena diversa da restritiva de liberdade em troca de não persecução penal, sendo após homologado pelo Magistrado. Isto posto, a inclusão do ANPP no Código de Processo Penal, através da Lei N.º 13.964 de 2019, possibilitará um desafogamento da justiça criminal e a reserva das sanções penais privativas de liberdade aos crimes graves, violentos e organizados além de rapidez na resolução dos casos.

Palavras-chave: Desjudicialização, Célere, Solução, Justiça Negociada, Homologado pelo Magistrado.

SUMÁRIO: RESUMO; 1. INTRODUÇÃO; 2. LEGISLAÇÃO COMPARADA; 2.1. Legislação Alemã; 2.2. Legislação Americana; 3. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ANPP); 3.1. Obrigatoriedade da ação penal; 4. CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

A vagariedade dos processos criminais, os altos custos econômicos e de pessoal, a baixa efetividade dos objetivos de prevenção geral em especial da punição, que acaba por contemplar apenas a função retributiva da pena, levou a uma nova orientação da política criminal, tanto na esfera legislativa quanto na judicial passou-se a buscar mecanismos mais eficazes e rápidos para a aplicação da justiça penal mediante meios mais flexíveis e céleres.

Neste contexto o acordo de não persecução penal foi formalmente introduzido pela Lei N.º 13.964, de 24/12/2019, para substituir o artigo 18, da Resolução N.º 181 do

151 E-mail: hannacarvalhob@gmail.com

Conselho Nacional do Ministério Público, que era responsável por regulamentar este tema. O dispositivo legal emergiu em conexão com uma revisão dos aspectos arcaicos da justiça criminal, seguindo a tendência atual de mudar o método de responsabilização daqueles que violam as leis penais, abreviando o processo criminal por meio de um acordo de penalidade com o acusado.

Segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen, a população carcerária do Brasil ocupa o 3º lugar no mundo e diferente do que acontece em outros países, aqui há a manutenção das políticas em favor do cárcere e das penas privativas de liberdade, o que fomenta o crescimento exponencial do número de prisões e presos.

Nesse cenário, os detentos são aprisionados em condições sub-humanas que estimulam a reincidência, já que os estabelecimentos prisionais brasileiros são verdadeiras “escolas do crime”, dada a ausência do estado nestes lugares tornando utópico o caráter preventivo da pena.

Destarte, fica claro que a justiça brasileira assim como a sociedade necessita de meios alternativos para reprimenda penal que não consistam em processos longos, caros e em penas privativas de liberdade, que em nada contribuem para o apenado, tampouco para sociedade, visto que o sistema prisional brasileiro está falido.

Em contrapartida, países desenvolvidos buscam vias alternativas para responsabilização penal, pois o modelo antigo é insustentável, como a negociação de sentença criminal no sistema americano denominada *Plea Bargaining*, podendo-se citar também o *Absprache*, na Alemanha, e o *patteggiamento*, na Itália. Estes institutos constituem o fenômeno da diversão, que prevê a aplicação da Justiça Penal de forma diversa do procedimento formal clássico, norteando-se pelo consenso, espelhando um “modelo verde de justiça.”

Nesse diapasão, o acordo de não persecução penal aparece no sistema judiciário brasileiro como solução, trazendo um novo modelo de justiça negociada, no qual o membro do Ministério Público, celebra um acordo com o acusado que confessa formal e circunstanciadamente a prática delitiva e na presença do Advogado, firmada uma pena diversa da restritiva de liberdade em troca de não persecução penal, sendo após homologado pelo Magistrado.

Isto posto, a inclusão do ANPP no Código de Processo Penal, através da lei 13.964/2019, possibilitará um desafogamento da justiça criminal e a reserva das sanções penais privativas de liberdade aos crimes graves, violentos e organizados além de rapidez na resolução dos casos.

2. LEGISLAÇÃO COMPARADA

Existe uma tendência mundial de encontrar formas alternativas legais de resolução de conflitos ao processo judicial, nesse contexto institutos jurídicos como a mediação, a conciliação e a arbitragem têm adquirido grande importância no processo civil brasileiro. No entanto, o cenário nacional mostrou que não é a penas a área cível e privada que precisa de melhorias e meio alternativos para aplicar a lei, mas a área do sistema penal também. Nesse contexto, é imprescindível trazer experiências com acordos penais em outros ordenamentos jurídicos.

2.1. Legislação alemã

Diante da afinidade principiológica dos ramos do Direito Penal e Processual Penal entre Brasil e Alemanha, a exposição da experiência alemã nos acordos penais é de grande contribuição para a análise do sistema pátrio, em especial por ter ocorrido inicialmente de forma informal nos dois países.

Em que pese o alinhamento de ambos ao sistema do *Civil Law*, e estejam atrelados, portanto, ao princípio da legalidade, coincidentemente iniciaram a prática dos acordos penais sem que houvesse previsão legal, com a mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal no contexto do sistema acusatório.

O ordenamento jurídico alemão ponderou que a implantação de formas alternativas, de solução de conflitos poderiam ocorrer além da esfera trabalhista e esfera cível, bem como, que o direito penal poderia usufruir de avanços na justiça consensual.

Não existe registro exato do início da prática dos acordos penais na Alemanha por terem surgido de forma velada, inicialmente em delitos menores, passando, com o tempo, a serem feitos até em crimes com violência. A prática foi divulgada em 1982 em um artigo anônimo, quando se iniciou a discussão pública acerca deste sistema, e continuou a ser empregada de forma crescente, a despeito da inexistência de regulamentação.

Deste modo, inicialmente mesmo sem lei específica a prática judiciária alemã começou a usar desses acordos pré-processuais, de modo informal sem qualquer regra escrita ou política centralizada estabelecida. O julgador tinha papel primordial em tal procedimento, ao passo que se envolvia na negociação e assumia diretamente o compromisso prometido como benefício ao réu, que não podia fixar expressamente a sanção penal, mas somente determinar um máximo que não poderia ser superado no futuro cálculo da punição.

Como supramencionado os acordos na seara penal alemã funcionaram durante muito tempo informalmente, sendo celebrados na prática mesmo que não fossem positivados por lei. Foi em meados de 2009 que o código de processo penal alemão – o *Strafprozeßordnung* – sofreu alterações no sentido de regulamentar o procedimento do acordo.

Nesse sentido, segundo apontamentos estatísticos os acordos informais chegaram a ser celebrados em 30% à 50% dos procedimentos penais alemães, com números elevados em casos de crimes econômicos¹⁵². Além disso, em um levantamento no estado de Niedersachsen, houve a indicação do percentual de 80% a cada 100 (cem) casos envolvendo criminalidade organizada¹⁵³.

À vista disso, a partir do exemplo alemão dos acordos no processo penal, pode-se afirmar que o fortalecimento e a generalização da barganha¹⁵⁴ como mecanismo de imposição antecipada de uma sanção penal demonstram a primazia da atuação dos atores do campo jurídico-penal no incentivo à justiça negociada.

2.2. Legislação americana

É imprescindível comentar sobre o Estados Unidos, visto que ele foi responsável pela criação de uma das primeiras formas de justiça penal negocial, o *Plea Bargaining* americano.

Insta ressaltar que o sistema americano, segue a lógica do sistema do *common law*, ou seja, enquanto em países de *civil law* como o Brasil a confissão é apenas um meio de prova, lá é uma prova cabal de culpa, contudo, o direito americano permite que o acusado barganhe com a acusação por benefícios em troca dessa confissão. A elevada porcentagem dos acordos no sistema penal estadunidense demonstra a força que possui a cultura consensual de solução de conflitos penais existente por lá.

Por lá mais de 90% de todos os casos criminais são solucionados por meio de acordo entre a acusação e o investigado. A justiça negociada está centrada sobre a plea bargain que consiste num

152 Julia Perters demonstra seis levantamentos de dados na Alemanha sobre a barganha no sentido lato da palavra, todos mencionando o maior índice nos casos de crimes econômicos (Peters, Julia, op. cit., pp. 10-16)

153 Heister-Neumann, Elisabeth, "Absprachen im Strafprozess – Der Vorschlag Niedersachsens zu einer gesetzlichen Regelung", Zeitschrift für Rechtspolitik, 5/2006, p. 137

154 Acerca da denominação utilizada, Jenia Turner afirma que "as cortes e os atores do sistema normalmente utilizam dois termos melhor traduzidos como «entendimento» (Verständigung) e «barganha» (Absprachen)"

procedimento negocial em que o réu admite-se culpado para receber em contrapartida benefícios por parte do Estado.¹⁵⁵

O instituto jurídico "*Plea Bargaining*" é o modelo americano de direito negociado, no qual há conversação acerca da pena a ser imposta, conjectura a formalização da acusação, podendo ocorrer inclusive até o momento da execução da sentença penal condenatória. Está inserido em um sistema adversarial, no qual o juiz possui participação passiva na produção de provas, aumentando, assim, a discricionariedade do Ministério Público acerca dos fatos criminais a serem provados, tendo a defesa a faculdade de concordar com a acusação apresentada em juízo. De acordo, com ilustre doutrina:

Existem diversas espécies de plea bargain: (1) O charge bargain que ocorre quando o promotor substitui uma acusação mais grave por uma mais leve, como a substituição do crime de roubo por crime de furto, por exemplo; (2) o count bargaining que ocorre quando a promotoria resolve diminuir a quantidade de acusações; o (3) o fact bargaining que funciona com a alteração dos fatos descritos na acusação para o benefício do réu; e o (4) o sentence bargaining, espécie de acordo em que a acusação se compromete a recomendar uma sentença mais leve para o acusado.¹⁵⁶

Ademias, o magistrado deve noticiar ao acusado sobre os direitos renunciados e garantir que ele tenha conhecimento das possíveis sentenças aplicadas e se for a julgamento, visto que, o processado, consente em abrir mão de direitos constitucionais e infraconstitucionais, como o direito ao recurso em caso de sentença condenatória.

A solução célere dos casos que conseqüentemente diminui o congestionamento dos tribunais e minimiza os gastos com os processos, causa nos profissionais do direito, em especial nos magistrados, uma predileção pela adoção do *plea bargaining*, outro benefício é o desvio da atenção pública e da mídia, para as decisões dos juizes e atuação do órgão acusador.

Por fim, nota-se que no sistema americano há poucas garantias para os investigados que pretendem participar das soluções alternativas penais, visto que, ao confessarem renunciam a diversos direitos e produzem prova cabal de culpa aos olhos do sistema estadunidense, no entanto, apesar das falhas nesse modelo vislumbra-se um modelo de desafogamento do judiciário de modo rápido e econômico.

¹⁵⁵ BARROS, 2017.

¹⁵⁶ MELO, João Ozorio de, 2019.

3. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ANPP)

Na prática jurídica pátria, a priori o acordo de não persecução penal apareceu por meio de um regulamento autônomo¹⁵⁷ pertencente ao Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), que em 07 de agosto de 2017, editou a Resolução N.º 181, que em seu art. 18 instituiu a possibilidade do parquet ministerial oferecer ao investigado acordo de não persecução penal mediante o preenchimento de determinados requisitos.

O instituto jurídico foi introduzido legalmente em dezembro de 2019, no direito processual penal brasileiro com a edição da Lei N.º 13.964/2019¹⁵⁸, conhecida como Pacote Anticrime, que adicionou ao Código de Processo Penal o art. 28-A, com a seguinte redação:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de

¹⁵⁷ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Um Panorama sobre o Acordo de Não Persecução Penal (art. 18 da Resolução n. 181/17-CNMP, com as alterações da resolução n. 183/18-CNMP). In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee de Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coord.). Acordo de Não Persecução Penal. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 29

¹⁵⁸ Lei denominada pacote anticrime, publicada no Diário Oficial da União em 24/12/2019, que entrou em vigor em 23/01/2020.

dezembro de 1940 (Código Penal); (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o caput deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 2º O disposto no caput deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de

sexo feminino, em favor do agressor. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 9º A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 11. O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 12. A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 13. Cumprido integralm

ente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

Da leitura do dispositivo nota-se que é um avanço no modo de resolução de problemas criminais na justiça brasileira, pois por meio dele o Ministério Público, adquirir a possibilidade de solucionar, sem processo penal, a prática de delitos de baixo e médio potencial ofensivo, trazendo celeridade e economia de recursos com a não utilização de toda a máquina do Poder Judiciário.

Como bem apontam os dados levantados pelo CNJ e bem explanados pelo jornalista Alvaro Bodas:

A Justiça brasileira tarda, e tarda muito. Por aqui, entre o início de uma ação e a sentença podem se passar anos, ou mesmo décadas. Pior, o crime pode prescrever. Números do CNJ (Conselho Nacional de Justiça) confirmam a percepção generalizada de que o nosso Judiciário anda a passos de tartaruga. De 2009 a 2016, o número de processos sem sentença, conhecido como de taxa de congestionamento, cresceu mais de 30% e chegou a 73% em 2016. Isso significa que apenas 27% de todos os processos que tramitaram nesse período foram solucionados, acumulando quase

80 milhões de casos pendentes. Temos o 30º Judiciário mais lento entre 133 países, segundo o Banco Mundial.¹⁵⁹

Ademais, o Brasil está em 3º lugar no Ranking Mundial de maior população carcerária e segundo o Departamento Penitenciário Nacional (Depen), a população carcerária atual é a maior já registrada pelos sistemas oficiais, ao todo são 919.951 pessoas em situação de cárcere, sendo 867 mil homens e 49 mil mulheres, os dados apontam um índice de 434 presos para cada 100 mil habitantes.

Nesse cenário, os detentos são aprisionados em condições sub-humanas que estimulam a reincidência, já que os estabelecimentos prisionais brasileiros são verdadeiras “escolas do crime”, dada a ausência do estado nestes lugares tornando utópico o caráter preventivo da pena.

Destarte, fica claro que a justiça brasileira assim como a sociedade necessita de meios alternativos para reprimenda penal que não consistam em processos longos, caros e em penas privativas de liberdade, que em nada contribuem para o apenado, tampouco para sociedade, visto que o sistema prisional brasileiro está falido.

Nesse diapasão, o acordo de não persecução penal aparece no sistema judiciário brasileiro como solução, trazendo um novo modelo de justiça negociada, no qual o membro do Ministério Público, celebra um acordo com o acusado que confessa formal e circunstanciadamente a prática delitiva e na presença do Advogado, firmada uma pena diversa da restritiva de liberdade em troca de não persecução penal, sendo após homologado pelo Magistrado.

O autor Guilherme de Sousa Nucci trouxe em sua obra *Pacote Anticrime Comentado* que “em diversos países, criaram-se vários instrumentos de política criminal para evitar o encarceramento de quem comete uma infração de menor expressão, admite o erro e pretende não mais delinquir. No Brasil, com a inserção do art. 28-A, atingimos cerca de quatro oportunidades para evitar a aplicação da pena” (Nucci, 2020, p. 60). De fato, a política criminal vigente no Brasil é feita para encarcerar os que transgridam a lei não importando a gravidade e as circunstâncias do delito.

A regulamentação do instituto jurídico do Acordo de Não Persecução Penal adveio da promulgação da lei 13.964/19, chamada Pacote Anticrime que incluiu o art. 28-A no Código de Processo Penal:

Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem

159 BODAS, 2017.

violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente.

O acordo passou a ser aplicado no Brasil e pela redação que lhe foi atribuída abrange inúmeros delitos, ou seja, muitos investigados poderão fazer jus a ele, sendo de grande relevância para justiça negociada. Ademais, como o Brasil ocupa a 3ª posição de maior população carcerária do mundo e é impossível a máquina do Poder judiciário sustentar sozinho tamanha demanda com efetividade, celeridade e economia de recursos, por isso a importância dos meios alternativos de responsabilização penal, pois o modelo antigo é insustentável.

3.1. Obrigatoriedade da ação penal

Nas primeiras organizações humanas quando surgia um problema na sociedade, erradicava-se por meio da violência e da vingança privada, resumindo-se naquele famoso ditado “olho por olho”. Deste modo, a lei do mais forte prevalecia, contudo com o surgimento da figura do Estado, ele assumiu a competência de dissolver as lides oriundas das relações entre particulares, por estar acima dos indivíduos. Assim o jus puniendi, passou a ser do Estado, que adquiriu o poder-dever de punir não mais pertencendo à vítima ou seus familiares.

Segundo ilustre doutrina do professor Afrânio Silva Jardim¹⁶⁰, nesse contexto, surgiu o princípio da obrigatoriedade que é traduzido pelos professores Fernando Capez e Rodrigo Colnago:

Identificada a hipótese de atuação, não pode o Ministério Público recusar-se a dar início à ação penal. Há, quanto à propositura desta, dois sistemas diametralmente opostos: o da legalidade (ou obrigatoriedade), segundo o qual o titular da ação está obrigado a propo-la sempre que presentes os requisitos necessários, e o da oportunidade, que confere a quem cabe promover-la certa parcela de liberdade para apreciar a oportunidade e a conveniência de fazê-lo. No Brasil, quanto à ação penal pública, vigora o princípio da

¹⁶⁰ Assim, o Estado, por meio do Ministério Público, é quem tem a responsabilidade, o dever de instigar, por meio da Denúncia, o poder judiciário no julgamento dos casos de ação penal pública, cuja importância supera as partes envolvidas e abrange toda a sociedade. Deste modo, é que o órgão acusador não pode deixar, quando presente os elementos da justa causa, de agir em prol de uma resposta do órgão julgador.

legalidade, ou obrigatoriedade, impondo ao órgão do Ministério Público, dada a natureza indisponível do objeto da relação jurídica material, a sua propositura, sempre que a hipótese preencher os requisitos mínimos exigidos. Não cabe a ele adotar critérios de política ou de utilidade social. Devendo denunciar e deixando de fazê-lo, o 15 promotor poderá estar cometendo crime de prevaricação.¹⁶¹

Assim se entende, que o Estado carrega obrigatoriedade em instaurar ações penais, no entanto, a pluralidade de crimes e de infrações cometidas torna o cumprimento dessa obrigação inviável, ademais, assim como os demais princípios não são absolutos e podem ser mitigados, o princípio da obrigatoriedade vêm sofrendo limitações ao longo dos anos, limitações decorrentes do avanço na forma de pensar do sistema penal nacional e internacional, como por exemplo, o instituto da transação penal, usado em crimes de menor relevância, é um acordo feito entre o Parquet e o agente do crime no qual possibilita a proposição de aplicação de pena não privativa de liberdade.

Por conseguinte, a Transação Penal é um marco na história da justiça penal negociada brasileira, abrindo caminho para que institutos como o Acordo de Não Persecução Penal sejam inseridos na solução dos conflitos penais. Logo, com a mitigação do princípio da obrigação ganha espaço o princípio da oportunidade da ação penal ao membro do Ministério Público, que poderá, baseado em critérios de economia processual, celeridade e efetividade da aplicação da lei penal decidir assim quais casos devem ir a juízo e quais podem ser resolvidos por meio de formas alternativas.

4. CONCLUSÃO

Ante o exposto, resta demonstrado o cenário do judiciário brasileiro que apresenta grandes dificuldades em solucionar suas lides penais, o que causa grande morosidade no julgamento que quando chega a uma sentença muitas vezes já prescreveu, além dos altos custos de pessoal e manutenção.

Tudo isso, leva a necessidade da ampliação e da consolidação dos institutos jurídicos negociados, deste modo, o Acordo de não persecução penal é mais uma tentativa de mudança que vem para somar, afinal o ANPP se mostra necessário para enxugar os números alarmantes que o poder judiciário precisa enfrentar todos os dias.

Como se expôs, a atuação do Ministério Público na celebração do Acordo de Não Persecução Penal brasileiro se assemelha mais ao modelo americano em detrimento do *Absprache* alemão. No entanto, diante da obrigatoriedade de o investigado ser assistido

161 CAPEZ, 2017.

por defensor durante a formalização do ANPP (art. 28-A, §3º, CPP), o desequilíbrio de forças é atenuado.

Deste modo, a inclusão do ANPP no ordenamento jurídico brasileiro através de lei formal segue a tendência do direito comparado de adoção de soluções consensuais na esfera criminal, surgindo de forma inovadora em comparação com os sistemas germânico e americano ao alocar o espaço de consenso na fase investigatória, tornando disponível a propositura da ação penal e correspondente imposição da pena criminal, substituindo-a pelo cumprimento de determinadas condições. Questões de política criminal tiveram enorme peso na positivação do instituto em tela, dado o enfoque pragmático e a intenção de conferir à Justiça Penal Brasileira maior celeridade e efetividade.

O acordo de não persecução penal é uma manifestação genuína do funcionalismo penal e encontra validade no espaço de conformação dado pelo legislador às diretrizes possíveis de uma política criminal, que é a pedra-angular de todo o discurso legal-social da criminalização ou descriminalização.

O modelo de resposta estatal a um ilícito penal deve estar o máximo possível de acordo com a gravidade do crime e com a personalidade do infrator. Alcançando-se este ideal, preserva-se a proporcionalidade da medida, o crédito na Justiça e a plena satisfação dos interesses, seja a do Estado de agir ante uma infração à lei penal, seja a da vítima com a imposição de uma contraprestação imposta pelo Estado ao infrator, podendo ser esta desde a reparação do dano até a privação de liberdade.

O apego a um único canal de aplicação da justiça penal indistintamente, e neste caso, referimo-nos ao processo penal clássico, deflagrado pela denúncia e concluído com a sentença condenatória, burocratiza demasiadamente a repressão às condutas criminosas, deixando de responder de modo eficaz e célere às transgressões de baixa e média gravidade penal.

Em termos conclusivos, podemos afirmar que a inovação é positiva por conferir celeridade e economicidade à repressão dos ilícitos penais de baixa e média gravidade, dando maior espaço para a persecução penal dos casos estruturalmente mais complexos e de maior dificuldade evidencial.

REFERÊNCIAS

Brasil. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução N.º 188/2019**, 2019.

Brasil. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução N.º 181 CNMP**, 2017, atualizada pela resolução 183/2018

Brasil. Ministério da Justiça. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN Atualização – Junho de 2016**. Organização Thandara Santos; colaboração, Marlene Inês da Rosa... [et al.] – Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. 2017

BITTMANN, Folker. *Die Verständigung und die Rolle der Staatsanwaltschaft*. In: SINN, Arndt; SCHÖBLING, Christian (Coords.). *Praxishandbuch im Strafverfahren*. Berlin: Springer, 2017, p. 19-126.

BOGNER, Udo. *Absprachen im deutschen und italienischen Strafprozessrech*. In: *Kriminalwissenschaftliche Studien*, vol. 28, Elwert, NG editora, 2000, p. 135 e segs.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Um Panorama sobre o Acordo de Não Persecução Penal (art. 18 da Resolução nº 181/17-CNMP, com as alterações da resolução nº 183/18- CNMP)**. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee de Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Organizadores). *Acordo de Não Persecução Penal*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019. CHEMERINSKY, Erwin e LEVENSON, Laurie L. *Criminal Procedure: Adjudication*. 3ª ed. Nova York: Wolters Kluwer, 2018, p.140.

GÖTTGEN, Martin. *Prozessökonomische Alternativen zur Verständigung im Strafverfahren*. Schriften zum Strafrecht. Band 333. Berlin: Duncker&Humblot, 2019.

GRECO, Luis. **Introdução à Dogmática Funcionalista do Delito**. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Revista 20, Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, Rio de Janeiro: 2002, p. 211- 283.

JUNIOR, Américo Bedê Freire. **O Acordo de Não Persecução Penal: Permissões e Vedações**. In: *Acordo de não Persecução Penal*, Cunha, Rogério Sanches e outros, 2ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019. JUNIOR, Aury Lopes. In: *Questões polêmicas do acordo de não persecução penal*. Boletim Jurídico. Disponível em: . Acesso em: 11 mar. 2020.

PeTers, Julia. *Urteilsabsprachen im Strafprozess*, Göttingen, Universitätsverlag, 2011.

MACHADO, Diego Pereira. **Princípio do Promotor Natural**. Disponível em: . Acesso em: 23. fev. 2020. MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 1997.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **O STF e a natureza jurídica da sentença de transação penal**. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, nº 3990, 4 jun. 2014. Disponível em: . Acesso em: 15. fev. 2020.

OLIVEIRA, Rafael Serra. **Consenso no Processo Penal: Uma Alternativa para a Crise do Sistema Criminal**. São Paulo: Almedina, 2015.

OS ENTRAVES NA EFETIVAÇÃO DA ARBITRAGEM TRABALHISTA COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIA.

LUCIANA BARCELLOS SLOSBERGAS:

Advogada, mestranda em Direito do Trabalho pela PUC-SP, especialista em Direito do Trabalho pela PUC-SP, membro do IAB – Instituto dos Advogados Brasileiros, Vice-presidente da SOBRAT – Sociedade Brasileira de Teletrabalho e Teleatividades, Conselheira Estadual da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional de São Paulo, Secretária Geral da Comissão da Advocacia Trabalhista da OABSP, Membro da Comissão Especial de Direito do Trabalho do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.¹⁶²

RESUMO: A complexidade da vida contemporânea traz consigo um enorme desafio que é a manutenção da paz social diante de conflitos inevitáveis. Para a sociedade moderna, o Estado ainda representa a única forma confiável de solucionar um conflito existente, mantendo-se viva a cultura que vê o poder estatal como o único capaz de dar, por meio de um juiz, uma decisão justa, adequada e com valor para sanar uma controvérsia. Contudo, esse poder estatal não tem sido capaz de atender e de solucionar todas as demandas. Todos os dias, o Judiciário, principalmente o trabalhista, recebe milhares de ações, o que faz com que um sistema, que já é moroso, inchado e abarrotado de processos e conflitos, não consiga dar conta de tantas demandas. Em face disso, torna-se praticamente impossível, por mais esforço que se desempenhe, para o Estado fazer a entrega da prestação jurisdicional. Desse modo, os métodos alternativos de solução de controvérsia podem ser uma alternativa, pois apresentam aos litigantes um resultado rápido, prático e, em muitos casos, efetivo, sanando os conflitos existentes. Os chamados MARS, por alguns juristas, tem-se mostrado um excelente caminho para uma entrega rápida e satisfatória da prestação jurisdicional. Entretanto, no âmbito trabalhista, esses caminhos, desde o seu surgimento, ainda encontram entraves para a sua efetivação, apesar de toda a legislação vigente. O presente trabalho visa demonstrar quais são esses entraves, em especial na arbitragem trabalhista, e a importância da utilização desses métodos, como um caminho para garantir a efetiva e confiável solução de conflitos sociais para os litigantes.

¹⁶² Informações de contato: luciana.b.s@uol.com.br

Palavras-chave: Conflito, Poder do Estado, Litigantes, Métodos Alternativos, Arbitragem Trabalhista.

ABSTRACT: The complexity of the contemporary life brings along an enormous challenge, which is the maintenance of social peace upon inevitable conflicts. For the modern society, the State still represents the only trustable means of resolving an existing conflict, keeping alive the culture that sees the state power as the only capable to give, through a judge, a fair and just decision and with value to remedy a controversy. Nevertheless, this state power has not been capable to attend and solve all its demands. Every day, the judiciary, especially the labor one, receives millions of lawsuits, making an already slow system even more bloated and crammed with processes and conflicts, consequently unable to account for so many demands. Therefore, it is practically impossible, as much effort it is given, for the state to deliver the adjudication. This way, the "Alternative Methods of Controversy Solution" can be a solution, as they present the litigants a fast, practical, and in many cases effective results, resolving existing conflicts. The so called "MARS", for some jurists, has shown itself as an excellent path for the delivery of adjudication. However, in the labor law, these paths, since its beginning, still encounter setbacks for its effectuation, despite all the current legislation. The present work aims to demonstrate which are those setbacks, especially in labor arbitration, and the importance of using these methods to guarantee the effective and reliable solution of social conflicts for the litigants.

Keywords: Conflict, State Power, Litigants, Alternative Methods, Labor Arbitration

1. INTRODUÇÃO

Com o advento da Reforma Trabalhista, (Lei nº 13.467/2017), passou-se a permitir a arbitragem em dissídios individuais. Antes, somente era possível sua utilização nos casos de dissídios coletivos, nos termos do artigo 114, §1º da Constituição Federal de 1988.

O artigo 507-A da CLT autoriza a utilização da arbitragem mediante cláusula compromissória nos contratos de trabalho para a solução de demandas individuais de empregados, condicionando seu uso ao valor salarial mínimo de duas vezes o teto previsto para o Regime Geral da Previdência Social (RGPS). Além disso, a arbitragem, ao lado da mediação e da conciliação, é instrumento legalmente reconhecido de pacificação social que se caracteriza pela celeridade, especialidade, sigilo e segurança jurídica.

Os métodos alternativos de resolução de controvérsia, dos quais fazem parte a conciliação, a mediação, a negociação e a arbitragem, estão inseridos no que podemos chamar de movimento universal de acesso à justiça, que visa primordialmente compatibilizar a complexidade das relações da modernidade com os mecanismos tradicionais de solução de conflitos que são inevitáveis na vida em sociedade. A prestação jurisdicional nunca foi o único meio de compor litígios. Sempre se conheceram outras

formas alternativas ao lado do processo judicial. Entretanto, a demora da entrega da prestação jurisdicional, em razão do enorme acúmulo de demandas, foi motivo constante de estudo e preocupação.

Conforme Frederico Ludwing (2012) afirma:

Desde 1950, com a Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, existe uma preocupação com a duração excessiva dos litígios. O Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana dos Direitos Humanos – 1969), já determinava que toda pessoa teria o direito de ser ouvida dentro de um prazo razoável. Nesse sentido, também havia disposições na Constituição da Itália, na Constituição Portuguesa, no Código Processual Português e no *Bill of Rights* americano.¹⁶³

Não bastasse isso, a referida Emenda Constitucional nº 45/2004 acrescentou o inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição Federal, dispondo que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade da sua tramitação”.

Contudo, em que pesem todas essas mudanças legislativas que veremos ao longo deste artigo, o conflito entre celeridade processual e segurança jurídica cresceu nos últimos anos, tendo em vista as constantes modificações processuais. O equacionamento do tempo e a manutenção da segurança jurídica são o grande desafio do processo contemporâneo, conforme aponta Cleiva Dummel (2018), em seu artigo:

Conforme prevê o art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal de 1988, representante primaz do princípio da inafastabilidade do poder judiciário, o direito de acesso à Justiça é de todos aqueles [que] buscam a efetividade da tutela jurisdicional do Estado, em seu aspecto efetivo, eficaz e legal.

Contudo, há muitos anos, o sistema judiciário brasileiro vivencia uma crise de ordem estrutural, pragmática, paradigmática e tecnológica, que culmina conseqüentemente em um atravancamento das demandas judiciais, o que, atualmente, segundo os dados do

163 LUDWIG, Frederico Antônio Azevedo. A evolução histórica da busca por alternativas eficazes de resolução de litígios no Brasil. Revista Âmbito Jurídico, São Paulo, nº107, dez de 2012. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/a-evolucao-historica-da-busca-por-alternativas-eficazes-de-resolucao-de-litigios-no-brasil/>> Acesso em: 14/11/2021.

Conselho Nacional de Justiça, ultrapassa a ordem de 10 milhões de demandas judiciais em tramitação¹⁶⁴.

O Poder Judiciário é um instrumento democrático de defesa do cidadão e da sociedade. Todavia, necessita de uma maior aproximação com os seus destinatários, a fim de possibilitar um efetivo acesso à justiça.

Para Maria Tereza Sadek (2014):

acesso à justiça é um direito primordial. Sem ele nenhum dos demais direitos se realiza. Assim, qualquer ameaça ao acesso à justiça impõe sérios danos aos preceitos da igualdade e à prevalência da lei. A Constituição Federal de 1988 consagrou o acesso à justiça como um direito em seu art. 5º, XXXV: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.¹⁶⁵

Da mesma forma, é imprescindível a colaboração das partes, estabelecendo-se um diálogo entre os sujeitos processuais. Logo, conjugando-se esses fatores, o objetivo é alcançar uma justiça célere e efetiva.

Sob outra ótica, o aumento das injustiças sociais e a maior conscientização da população em relação aos seus direitos têm gerado uma explosão de demandas judiciais. Essa situação não se restringe ao Brasil, mas ocorre em todo o mundo, provocando uma crise no sistema judicial universal.

É nesse contexto que os métodos alternativos de resolução de controvérsia surgem como um caminho a ser buscado para a crise na prestação jurisdicional pelo Estado, resultado do enorme acúmulo de demanda e que evidencia a necessidade da busca por novas formas de resolução de conflitos, por instrumentos mais céleres e menos onerosos, de modo a permitir que se obtenha a solução do conflito sem passar, obrigatoriamente, pelas vias do Poder Judiciário.

2.POLÍTICAS INSTITUCIONAIS E ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS BRASILEIRAS PERTINENTES AOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIA

O papel do Estado na solução dos conflitos tem mudado: seja por meio de políticas institucionais, seja por meio de alterações legislativas. Tais mudanças foram

¹⁶⁴ DUMMEL, Cleiva Laurini. **Mediação e a busca da pacificação social**, 2018. Disponível em: <<https://www.oabmt.org.br/artigo/414/mediacao-e-a-busca-da-pacificacao-social>> Acesso: 24/10/2021 às 13:02

¹⁶⁵ SADEK, Maria Tereza Aina - **Revista Usp**, São Paulo, n. 101, p. 55-66, março/abril/maio 2014

imprescindíveis para fomentar o acesso à justiça e, conseqüentemente, a entrega da prestação jurisdicional.

Abaixo, temos as últimas alterações legislativas e as políticas que tinham em seu cerne os métodos alternativos de resolução de controvérsia.

A Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispôs sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, previu, em suas Seções II e VIII, os métodos autocompositivos e heterocompositivos.

A Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, que dispôs sobre arbitragem, previu, em seu art. 3º, o método heterocompositivo de solução de conflitos.

A Lei nº 9.958, de 12 de janeiro de 2000, alterou e acrescentou dispositivos à Consolidação das Leis de Trabalho – CLT, dispondo sobre as Comissões de Conciliação Prévia (arts. 625-A a H). Por meio dessa nova normatização, estabeleceu-se que os termos de conciliação firmados perante as Comissões de Conciliação Prévia se constituem como título executivo extrajudicial na Justiça do Trabalho (art. 876 da CLT). Tais alterações legislativas tiveram por escopo o método autocompositivo de solução de conflito.

A Emenda Constitucional nº 45 amplia a competência da Justiça do Trabalho. Antes dessa Emenda, o direito positivo previa a possibilidade de métodos de resolução de controvérsia apenas para litígios de natureza coletiva.

A Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), de 29 de novembro de 2010, dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, instituiu em seu artigo 1º que:

Art. 1º Fica instituída a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade. (Redação dada pela Resolução nº 326, de 26.6.2020).
Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe, nos termos do art. 334 do Código de Processo Civil de 2015, combinado com o art. 27 da Lei 13.140, de 26 de junho de 2015 (Lei de Mediação), antes da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão. (Redação dada pela Resolução nº 326, de 26.6.2020).

A Resolução 174, de 30 de setembro de 2016 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho – CSJT, dispõe sobre a política judiciária nacional de tratamento adequado das disputas de interesses no âmbito do Poder Judiciário Trabalhista e dá outras providências.

Tal Resolução dispõe que:

a conciliação é o meio adequado de resolução de disputas em que as partes confiam a uma terceira pessoa – magistrado ou servidor público por ele supervisionado – a função de aproximá-las, empoderá-las e orientá-las na construção de um acordo quando o processo já está instaurado, com a apresentação de opções para composição do litígio. Na mediação, a terceira pessoa que participa do processo não cria nem propõe opções de resolução, apenas conduz as partes a uma solução consensual. Nos dois casos, são procedimentos em que empregado e empregador decidem, conjuntamente, a melhor forma de resolver seu conflito.¹⁶⁶

A Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, dispõe sobre o Código de Processo Civil, prevendo expressamente princípios fomentadores da solução consensual de conflitos e regras conceituais sobre os métodos autocompositivos, conforme dispõe o artigo 3º, § 2º, do Código de Processo Civil.

A Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, altera a Lei 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o parágrafo 2º do artigo 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Os dispositivos legais e as alterações tratam das formas de autocomposição judicial e extrajudicial.

A Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, alterou a Consolidação das Leis de Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.035, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho.

A Reforma Trabalhista previu a autocomposição extrajudicial e a heterocomposição por meio da arbitragem, de acordo com o artigo " **Art. 507-A**. Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua

166 **SECON** - Tribunal Superior do Trabalho, **Conciliação**, s.d. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/conciliacao>> Acesso em: 14/11/2021

concordância expressa, nos termos previstos na Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996” . (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

Nesse contexto, a Reforma Trabalhista teve um papel muito importante, pois trouxe uma reflexão profícua que deve ser aprofundada quanto aos três pilares que sustentam o tradicional Direito do Trabalho por muitos anos: a indisponibilidade dos direitos dos trabalhadores, a intervenção máxima do Estado nas relações de emprego e o princípio da proteção ao empregado.

Por meio da Reforma Trabalhista, que para muitos se tornou o novo direito do trabalho¹⁶⁷, modificou-se um desses pilares, ao reconhecer-se que é possível a prevalência do negociado pelo legislado, excetuando-se as matérias vedadas pelo artigo 611-B da CLT. Diante disso, reduziu-se de alguma forma a margem de intervenção do Estado sobre as relações individuais e coletivas do trabalho¹⁶⁸.

3. OS PRINCIPAIS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIA NO ÂMBITO DO DIREITO DO TRABALHO

3.1 Conciliação

Os procedimentos de mediação e de conciliação têm previsão no Código de Processo Civil e são classificados como métodos de solução consensual de conflitos. A característica principal é a atuação de uma terceira pessoa que participa de forma a incentivar as partes à busca da solução consensual, analisando apenas aspectos objetivos do conflito, limitando-se a manter e auxiliar no diálogo entre as partes, sem forçar a vontade destas, mas sempre supervisionando e estimulando a busca de um denominador comum entre os sujeitos.

Para Maria Helena Diniz (2005), a conciliação no direito processual civil e processual penal é definida nos seguintes termos:

- a) encerramento da lide feito pelas partes, no processo, por meio da autocomposição e heterocomposição daquela; b) é o método de composição em que um especialista em conflito faz sugestões para

¹⁶⁷ **GOMES**, Fábio Rodrigues. O novo direito do trabalho [The new employment law]. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 84, n. 3, p. 120-167, jul./set. 2018.

¹⁶⁸ **BRANDÃO**, Monica de Amorim Torres. *Métodos Adequados de Solução de Conflitos Trabalhistas e o novo Direito do Trabalho*. In: **Soluções de conflitos Trabalhistas**: Novos Caminhos. Coordenação de Carolina Tupinambá. São Paulo: LTr, 2018. p.11.

sua solução entre as partes; não é adversarial e pode ser interrompida a qualquer tempo¹⁶⁹.

A Conciliação, como esclarece, Ada Pellegrini (2015), é uma forma de solução não adversarial, na qual um terceiro busca e aponta soluções possíveis para o conflito. Para a autora:

Esta forma já é velha conhecida e comumente aplicada, porém sozinha ela não tem forças para ajudar o cenário atual, e deve ser mais bem aproveitada, aplicada e difundida, com profissionais que se empenhem e busquem sempre seu aperfeiçoamento nas técnicas de intermediação, bem como nos meios para abordar e conduzir os litigantes, para assim melhor desempenharem suas funções¹⁷⁰.

Mas uma ressalva se faz necessária, uma vez que não podemos abarcar todo e qualquer conflito com os métodos consensuais. Como ensina Pellegrini, somente os conflitos **transacionáveis podem ser submetidos à justiça conciliativa**, “já que nos conflitos complexos, cujo tratamento dependa, por exemplo, de perícia ou de um exame mais aprofundado da matéria de direito, dificilmente poderemos renunciar ao processo estatal” (2015, p.3). Isso ocorre porque em sua visão, para cada tipo de conflito há um meio adequado de solução.

3.2 Conciliação na Justiça do Trabalho

Na Justiça do Trabalho a conciliação tem caráter obrigatório. Para Maurício Godinho Delgado (2002, p.665)¹⁷¹, “a conciliação judicial trabalhista é ato judicial por meio do qual as partes litigantes, sob a interveniência da autoridade jurisdicional, ajustam solução transacionada sobre matéria objeto do processo judicial”.

Nosso ordenamento jurídico trabalhista sempre concedeu enorme importância à conciliação. O artigo 846, da CLT, impõe a propositura da conciliação como ato inicial do Juiz, antes de receber a defesa, e ao término o artigo 850. Já o artigo 852-E, inserido na nova Seção II-A, acrescentada pela Lei no 9.957/2000, dispõe que, aberta a sessão o juiz esclarecerá às partes sobre as vantagens da conciliação e usará os meios adequados de

169 **DINIZ**, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. 2ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 887.

170 **GRINOVER**, Ada Pellegrini. *Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo CPC*. In: **O novo Código de Processo Civil**: questões controvertidas. São Paulo: Gen-Atlas, 2015, p. 3. Disponível em: <https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4185778/mod_resource/content/1/GRINOVER-0s%20m%C3%A9todos%20consensuais%20de%20solu%C3%A7%C3%A3o%20de%20conflitos%20no%20novo%20CPC.pdf> Acesso em: 09/11/2021

171 **DELGADO**, Maurício Godinho. **Arbitragem, mediação e comissão de conciliação prévia do direito do trabalho brasileiro**, São Paulo, v.6, n.6, p.665, jun.2002

persuasão par a solução conciliatória do litígio, em qualquer fase da audiência. Por fim, também apresenta disposições que privilegiam a conciliação, tais como os artigos 514, alínea c, 649, 682, V, 764, 847 e 860.

Conforme afirma o Ministro Vieira de Mello Filho, Vice-presidente do TST e do CSJT e coordenador da Comissão Nacional de Promoção à Conciliação (Conaproc):

Os Tribunais e as Varas do Trabalho de todo o país estão qualificados e preparados tecnicamente para realizar essas demandas [...]. Por isso, recomendamos que as empresas e os sindicatos das categorias nos procurem para firmar as alterações que podem vir a ser feitas nos contratos e para a celebração de acordos de trabalho¹⁷².

De acordo com o Relatório Justiça em Números 2019 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a Justiça do Trabalho é o ramo do Poder Judiciário que mais concilia, com 24% do total de casos solucionados por meio de acordo. Em 2019, a conciliação nas Varas do Trabalho foi de 42,9%, com mais de 853 mil acordos que resultaram no pagamento de mais de R\$ 14,4 bilhões aos trabalhadores. De janeiro a julho de 2020, o índice de conciliação geral da Justiça do Trabalho foi de 39,5% (270,8 mil conciliações), com mais de R\$ 6 bilhões pagos por acordo no primeiro grau¹⁷³.

Com isto, resta evidente qual método é eficaz, trazendo paz social e desafogamento ao judiciário trabalhista.

4. A MEDIAÇÃO

A mediação é um procedimento de resolução informal, porém, estruturado e intermediado por terceiro imparcial que favorece e organiza a comunicação entre os envolvidos no conflito.

De acordo com o Código de Processo Civil, o mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará os interessados na compreensão das questões e dos interesses em conflito, de modo que

172 **SECON** - Tribunal Superior do Trabalho, **Conciliação**, s.d. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/conciliacao>> Acesso em: 14/11/2021

173 Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/justica-em-numeros-2021-judiciario-manteve-servicos-com-inovacao-durante-a-pandemia/>> Acesso em: 25/10/2021

possam, por si próprios, mediante o restabelecimento da comunicação, identificar soluções consensuais que gerem benefícios mútuos (BRITO, 2018, p.71).¹⁷⁴

A mediação é um processo cooperativo, que leva em conta também o estado psicológico dos sujeitos, bem como a forma em que está a comunicação entre estes, tendo em vista que as diferenças são sempre existentes e não podem ser “atropeladas”, pois terão total influência no que diz respeito ao cumprimento futuro e comprometimento da parte em adimplir o que ficou acordado (SILVA, 2018) 175. Nesse caso, o diálogo é fundamental, porque as partes devem administrar seus problemas na busca de um consenso, o que resulta numa solução mais vantajosa para todos.

Dessa forma, necessário é que os participantes sejam plenamente capazes de decidir, tendo sua manifestação da vontade de forma livre, pautada na boa-fé, bem como na livre escolha do mediador, no respeito, na cooperação, no tratamento do problema e na confidencialidade.

No Brasil, a mediação foi disciplinada pela Lei nº 13.140, de 16 de junho de 2015, e colocada em situação de evidência com o advento do Novo Código de Processo Civil. Embora tenha sido pouco utilizada, o que mais chamou a atenção foi a ausência de disciplinamento legal quanto à esfera trabalhista.

Lei nº 13140/15, no seu art. 1º, parágrafo único, pelo qual:

Art.1º: [...]

Parágrafo único: Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

Entretanto, embora ausente de disciplinamento, e com o objetivo de fomentar métodos de soluções de controvérsia na Justiça do Trabalho, o Presidente do Tribunal Superior do Trabalho editou o Ato nº168/TST/GP, de 4 de abril de 2016¹⁷⁶, nos artigos 1º ao 5º, que instituiu o procedimento de mediação e conciliação pré-processual em dissídios

¹⁷⁴ **BRITO**, Cristina Maciel de Alencastro. *O Judiciário Brasileiro e as Novas Resoluções nos Conflitos Trabalhistas*. In: **Soluções de conflitos Trabalhistas: Novos Caminhos**. Coordenação de Carolina Tupinambá. São Paulo: LTr, 2018. p.71.

¹⁷⁵ SILVA, Pedro Antônio. Métodos alternativos para a solução dos conflitos judiciais. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/65703/metodos-alternativos-para-a-solucao-dos-conflitos-judiciais>> Acesso: 14/09/2021

¹⁷⁶ <https://hdl.handle.net/20.500.12178/82592>

coletivos, estabelecendo a competência da Vice-Presidência do TST para processar e conduzir os procedimentos.

5.A NEGOCIAÇÃO E A NEGOCIAÇÃO COLETIVA

Negociação é um método de solução de conflitos que visa à obtenção da autocomposição, tendo, como característica principal, o diálogo direto entre as partes envolvidas sem qualquer intervenção de terceiro, seja como auxiliar ou facilitador. Contudo, embora não seja necessário a intervenção de um terceiro, nada impede que se eleja uma pessoa para auxiliar as partes na busca de uma solução para o problema instalado. Neste caso estaremos diante da chamada Negociação Assistida.

Outro ponto relevante a ser destacado é a necessidade de ambas as partes apresentem propostas que sejam satisfatórias para todos os envolvidos, de modo que nenhuma das partes saia prejudicada após a composição do acordo, e consequente resolução da lide.

A negociação coletiva corresponde às tratativas negociadas destinadas à autocomposição de interesses entre representantes de trabalhadores e empregadores, destinadas à conclusão de convenções ou acordos coletivos para fixar as condições de trabalho aplicáveis à categoria profissional.

Segundo Agra Belmonte (2018, p.492), a Constituição Federal consagrou a negociação coletiva como a forma apropriada de solução dos conflitos coletivos de trabalho, sobrepondo-se assim à solução jurisdicional, que se tornou facultativa a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004. (parágrafo 2º do artigo 114)177.

A partir da Reforma passa a se verificar, no plano coletivo, a supremacia do negociado em face do legislado, excetuado o núcleo duro de direitos trabalhistas constitucionalizados, previstos no rol do artigo 611-B, em relação aos quais caracterizará objeto ilícito a supressão ou redução. Já no plano individual, inexistindo ajuste em sentido contrário, aplica-se a CLT, com as pontuais possibilidades previstas em lei de ajustes individuais, excetuada a possibilidade do empregado chamado de “hiperssuficiente” negociar diretamente com o empregador condições de trabalho com força de norma coletiva (art.444, parágrafo único, da CLT), o que demonstra uma mudança radical e paradigma.

177 BELMONTE, Alexandre Agra. *A Reforma Trabalhista e Flexibilização das Relações de Trabalho via Negociação Coletiva*. In: **Soluções de conflitos Trabalhistas: Novos Caminhos**. Coordenação de Carolina Tupinambá. São Paulo: LTr, 2018. p.492.

Aloisio Correia da Veiga (2018, p. 504)¹⁷⁸ orienta da seguinte maneira:

A negociação coletiva é o instrumento democrático mais relevante e eficaz para solucionar os conflitos decorrentes das relações de trabalho e, também, aquele que representa maturidade dos atores sociais, representados pelas categorias profissional econômica, cujo dirigentes legitimamente investidos promovem a defesa dos interesses da categoria que representam com um contingente cada vez maior de integrantes que participam como associados do movimento sindical.

6. ARBITRAGEM

A arbitragem, como forma alternativa de solução de conflitos, tem fundamento legal na Lei nº 9.307/96 – Lei de Arbitragem e Lei nº 13.467/2017, que passou a permitir sua utilização nas demandas individuais de empregados. Antes disso, seu emprego restringia-se aos casos de dissídios coletivos, nos termos do artigo 114, §1º da Constituição Federal de 1988. O artigo 507-A da CLT, nos termos da Reforma Trabalhista de 2017, autoriza a utilização da arbitragem mediante cláusula compromissória nos contratos de trabalho das demandas individuais de empregados, condicionando seu emprego ao valor salarial mínimo de duas vezes o teto previsto para o RGPS.

Com uma maior flexibilidade em seus procedimentos, a arbitragem possibilita uma fluidez na resolução do conflito. Algumas vantagens podem ser percebidas na utilização da arbitragem como método de solução de controvérsia. A primeira delas é a economia de tempo. A confidencialidade é outro fator importante, pois há demandas que requererem um certo sigilo devido a identidade das partes envolvidas. E a terceira é a ausência de formalismos muito presentes nas ações judiciais e que na maioria das vezes só fazem aumentar o número de processos, dificultando assim a entrega da prestação judicial.

O exercício da autonomia da vontade é outra característica da arbitragem pois possibilita maior participação ativa e direta dos envolvidos na resolução. Com a chegada do Novo Código de Processo Civil, o princípio da autonomia da vontade, ganha um direcionamento processual. Assim nos ensina o *caput* artigo 190 do citado diploma legal.

Art. 190 - Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da

¹⁷⁸ VEIGA, Aloisio Correia da. *Negociação Coletiva à Luz da Reforma Trabalhista no Brasil*. In: **Soluções de conflitos Trabalhistas**: Novos Caminhos. Coordenação de Carolina Tupinambá. São Paulo: LTr, 2018. p.504

causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Nesse sentido, temos que as partes possuem maior participação ativa nesse tipo de resolução dando a elas responsabilidade por seus atos e autonomia, visando assim a solução do conflito, pois são elas que possuem compreensão sobre o conflito, possibilitando a elas um melhor entendimento se deve haver concessões mútuas, para a obtenção do resultado desejado.

Sobre o assunto, podemos concluir no sentido que leciona Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (2003)¹⁷⁹, pelo qual temos que:

A arbitragem não ofende os princípios constitucionais da inafastabilidade do controle jurisdicional, nem do juiz natural. A Lei de Arbitragem deixa a cargo das partes a escolha, isto é, se querem ver sua lide julgada por juiz estatal ou por juiz privado. Seria inconstitucional a Lei de Arbitragem se estipulasse arbitragem compulsória, excluindo do exame, pelo poder Judiciário, a ameaça ou lesão a direito. Não fere o juiz natural, pois as partes já estabelecem, previamente, como será julgada eventual lide existente entre elas. O requisito da pré-constituição na forma da lei, caracterizador do princípio do juiz natural, está presente no juízo arbitral.

A sentença arbitral pode ser passível de anulação, por meio de ação anulatória, a ser ajuizada em 90 (noventa) dias; no entanto, essa ação não visa modificar o mérito e sim a anulação nos seguintes hipóteses: I - for nula a convenção de arbitragem; II - emanou de quem não podia ser árbitro; III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei; IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.¹⁸⁰

7. ARBITRAGEM EM LITÍGIOS TRABALHISTAS INDIVIDUAIS

Antes da Lei nº 13.467/2017, conforme já dito anteriormente, o direito positivo previa a possibilidade de arbitragem trabalhista apenas para os litígios de natureza coletiva,

179 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003

¹⁸⁰ Artigo 32, Lei 9.307/96.

segundo o artigo 114, parágrafo 1º, da Constituição Federal, e algumas leis esparsas, diferentemente do que vemos em outros países.

No campo dos litígios individuais, era controvertida a legalidade de sua utilização, como podemos ver em julgado do Tribunal Superior do Trabalho.

Ação civil pública. Prática de arbitragem nos dissídios individuais trabalhistas. Período posterior à dissolução dos contratos de trabalho. Inaplicabilidade. Arts. 114, §§ 1º e 2º, da CF, e 1º da Lei nº 9.307/1996. Imposição de obrigação de se abster. O instituto da arbitragem não se aplica como forma de solução de conflitos individuais trabalhistas, seja sob a ótica do art. 114, §§ 1º e 2º, da CF, seja à luz do art. 1º da Lei nº 9.307/1996, pois a intermediação da câmara de arbitragem (pessoa jurídica de direito privado) não é compatível com o modelo de intervencionismo estatal norteador das relações de emprego no Brasil. Quando se trata de Direito Individual do Trabalho, o princípio tuitivo do emprego inviabiliza qualquer tentativa de se promover a arbitragem, alcançando, inclusive, o período pós-contratual, ou seja, a homologação da rescisão, a percepção das verbas daí decorrentes e até mesmo eventual celebração de acordo. Com esses fundamentos, a SBDI-I, por maioria, conheceu dos embargos interpostos pelo Ministério Público do Trabalho, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, deu-lhes provimento para, reformando a decisão que chancelara a atividade de arbitragem em relação ao período posterior à dissolução do contrato de trabalho, desde que respeitada a livre manifestação de vontade do ex-empregado e garantido o acesso irrestrito ao Poder Judiciário, condenar a reclamada a se abster de promover amplamente a arbitragem envolvendo direitos individuais trabalhistas, inclusive após a cessação do contrato de trabalho e no que tange à tentativa e/ou à efetiva formalização de acordos entre empregados, ou ex-empregados, e empregadores. Vencido o Ministro Ives Gandra Martins Filho. TST-E-ED-RR-25900-67.2008.5.03.0075, SBDI-I, rel. Min. João Oreste Dalazen, 16.4.2015

Com a Lei nº 13.467/2017, passa-se admitir o seu cabimento no artigo 507-A introduzido na CLT:

Art. 507-A.

Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do

Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017).

Cumprido salientar que, bastando que os pressupostos legais se encontrem presentes, a cláusula compromissória pode ser estabelecida, a qualquer momento, inclusive durante a vigência do contrato. Ausência inicial de manifestação de vontade não obsta negociação posterior.

Como se pode observar, foi utilizado pelo legislador o critério econômico ao conferir a arbitragem trabalhista individual, e não da natureza em si. Também deixou de considerar aspectos ligados à pessoa do trabalhador, algo que rende duras críticas, como veremos a seguir.

De acordo com o critério econômico os empregados que recebam salário igual ou superior a dobra do limite máximo da Previdência, têm uma maior capacidade de negociar as melhores condições contratuais de trabalho. Ou seja, remuneração mais elevada leva a maior capacidade negocial. E mesmo que estes empregados não tenham conhecimento técnico necessário, possuem condições de contratar uma assistência jurídica e ou contábil para desempenhar tal papel.

Alguns Doutrinadores¹⁸¹ criticam esse critério econômico e o embasam na forma acelerada com que a Reforma Trabalhista foi aprovada. Para eles o legislador não ter utilizado os mesmos parâmetros de definição do trabalhador hipersuficiente, previstos nos artigos 444, parágrafo único e 507-A da CLT causa estranheza. Pois no artigo 444, da CLT o legislador estabelece hipótese de fixação de conteúdo contratual, exige-se curso superior e para a estipulação de cláusula compromissória de arbitragem, não.

Superadas essas observações, o fato é que a arbitragem trabalhista, advinda com a Reforma Trabalhista se mostra um avanço nesta esfera, sobretudo pela sua característica

¹⁸¹ **SOUZA JUNIOR**, Antônio Umberto de; et al. **Reforma Trabalhista: Análise Comparativa e Crítica da Lei 13.467/2017**. São Paulo: Editoria Rideel, 2017, p.238. "Chama a atenção que o legislador reformista não tenha adotado os mesmos parâmetros de definição do trabalhador 'hipersuficiente' nos artigos 444, parágrafo único, e 507-A da CLT. Afinal, além da inexigibilidade da graduação universitária para o dispositivo legal em análise, fala-se aqui em remuneração-ou seja, o complexo de verbas recebidas usualmente pelo empregado (salário, horas extras, gratificações, adicionais, abonos etc.) – e não apenas em salário. Logo, é potencialmente maior o campo de aplicação do artigo 507-A do que o diâmetro de incidência do artigo 444, parágrafo único, da CLT".

de celeridade e de assertividade, proporcionando às partes uma maneira mais rápida e segura na solução de um conflito.

8. DOS ENTRAVES NA EFETIVAÇÃO DA ARBITRAGEM TRABALHISTA

8.1 Cultura da litigância como entrave na efetivação da arbitragem trabalhista

O Brasil sempre possuiu uma cultura conciliatória. De acordo com Zangrando (2018, p.225)¹⁸², remonta dos tempos imperiais essa cultura de adoção de métodos de mecanismos extrajudiciais de solução de litígios. Com o passar dos tempos, o Judiciário foi ficando abarrotado de demandas e a cultura conciliatória deu lugar à “cultura da litigância”. É muito comum ao perguntar a alguém o que acha da Justiça brasileira, a resposta ser: morosa, dispendiosa e na maioria as decisões são inadequadas ao caso concreto. De outro lado, temos uma justiça inacessível a uma parcela considerável da população, seja por desconhecimento, seja por dificuldade em usufruir das garantias de um processo judicial.

Contudo, mesmo diante de respostas tão negativas, temos que a cultura da litigância no Brasil ainda é a regra e não a exceção. O que vale dizer que mesmo diante de tanta morosidade, inadequação e insatisfação, a preferência ainda é a de buscar a justiça por meio de um processo judicial, pois se entende ser esse o único meio para encontrar a satisfação de uma controvérsia de forma justa e segura.

A cultura de um povo se mede pela soma de seus usos e costumes, e o conjunto de crenças e hábitos. Na cultura brasileira, há nas entranhas o pensamento de que somente o Judiciário é capaz de fazer a entrega da prestação judicial, por meio do Poder Estatal.

182 **ZANGRANDO, CARLOS.** *A Conciliação Extrajudicial no Direito Brasileiro e no Direito Comparado*. In: **Soluções de conflitos Trabalhistas: Novos Caminhos**. Coordenação de Carolina Tupinambá. São Paulo: LTr, 2018. p.225. “A Constituição brasileira outorgada em 1824 previa em seu artigo 161, que ‘sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará processo algum’. Para proceder a essa tentativa conciliatória, os juízes de paz eram chamados. Essa exigência foi abolida logo nos primeiros anos da República, pelo Decreto 359, de 1890. O Decreto n 737 e o Código Comercial, ambos de 1850, já previam a arbitragem obrigatória para questões concernentes aos contratos mercantis, à locação mercantil às relações entre sócios das sociedades comerciais àquelas decorrentes do Direito Marítimo. A Carta Magna de 1891, primeira Constituição republicana, previu que cabia aos Estados a iniciativa para legislar sobre o processo, tendo vários deles mantido a figura do juiz de paz para a conciliação. As Constituições de 1934 e de 1937 conferiram aos Estados poderes para manter a Justiça de Paz eletiva e fixar a sua competência, ressalvando que os recursos de suas decisões seriam interpostos na Justiça Comum. Em setembro de 1946, a Constituição Federal estabeleceu que a Justiça de Paz tinha “atribuição judiciária de substituição, exceto para os julgamentos finais ou recorríveis e competência para a habilitação e celebração de casamentos e outros atos previstos em lei.” (inciso X, art. 124). O que foi mantido na Carta Magna de 1967 (art. 136, § 1º, “c”) e na sua Emenda de 1969.

Somente um juiz tem o “poder” de dizer o Direito. Pensando assim, somente por meio de um processo, o Poder Judiciário tem a capacidade de solucionar os conflitos existentes na sociedade. E o resultado disso já é conhecido: um Judiciário lento, abarrotado, incapaz de solucionar os conflitos e gerando enorme insegurança e insatisfação.

Percebe-se que quando as partes preferem resolver na Justiça uma controvérsia é porque não se sentem seguras, seja pela falta de conhecimento, em resolver a demanda de outra maneira, como por exemplo, por meio de um método alternativo de solução de controvérsia, seja pelo fato de que não reconhecem em si e na outra parte a capacidade de dialogar e assim solucionar o problema e alcançar uma solução favorável a todos os envolvidos. Preferem uma decisão demorada, muitas vezes inadequada, mas com a sensação de Justiça.

Sendo assim, entendemos que a falta de informação é um entrave na efetivação da arbitragem trabalhista como método alternativo de solução de controvérsia. Somente com mais esclarecimentos e clareza nas informações acerca deles é que a cultura da litigância deixará de existir. Quanto mais informação estiver à disposição do indivíduo, mais seguro e capaz ele se sentirá de ir de encontro a mecanismos mais rápidos e com igual eficiência que a legislação brasileira coloca à disposição da sociedade.

8.2 Custo como entrave na efetivação da arbitragem trabalhista.

Tratamos nesse artigo sobre as vantagens da arbitragem em especial na esfera trabalhista. Maior flexibilidade, fluidez, economia de tempo, confidencialidade, ausência de formalismos e sigilo são algumas das vantagens da arbitragem. Todavia, existe uma crença de que a arbitragem pode não ser vantajosa para os litigantes em razão do alto custo em buscar uma solução para um conflito por meio de uma Câmara de Arbitragem em comparação aos custos da Justiça do Trabalho.

Contudo, se levarmos em conta alguns fatores que envolvem uma decisão por intermédio do Poder Estatal, como por exemplo, perícia, custas proporcionais e honorários advocatícios, verificaremos que a Justiça do Trabalho, até certa ordem, tornou-se mais onerosa do que a arbitragem.

Em matéria publicada em 12 de agosto de 2018, a Folha de S. Paulo¹⁸³ trata sobre a criação de novas Câmaras de Arbitragem no Brasil e seu custo médio para casos específicos. A matéria informa que a Amcham-Brasil (Câmara Americana de Comércio) criou em sua câmara de arbitragem um regulamento específico, com custos e ritos próprios, com um período de sete meses para o tempo de duração entre a instauração da arbitragem e a sentença.

Já na Câmara Nacional de Arbitragem Trabalhista (CANATRA), criada em maio e sediada em Curitiba, para a uma demanda avaliada em R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), os interessados terão que pagar: a) R\$ 200,00 (duzentos reais) a título de taxa de registro; b) R\$ 6.000,00 (seis mil reais) de taxa de administração; c) R\$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais) de honorários por hora do árbitro, limitado ao mínimo de 4 (quatro) e ao máximo de 50 (cinquenta) horas, ou seja, entre R\$ 1.400,00 (mil e quatrocentos reais) e R\$ 17.500,00 (dezesete e quinhentos reais)¹⁸⁴. Valores esses que podem ser considerados inferiores aos da Justiça do Trabalho.

Algumas Câmaras de Arbitragem isentam o trabalhador de custas administrativas e honorários dos árbitros, o que pode vir a ser uma solução a ser enfrentada no que se refere ao custo da solução de controvérsia por meio da arbitragem trabalhista, de acordo com o Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem (CONIMA), em seu item 7, do Norteador das Boas Práticas da Arbitragem Trabalhista, (2019)¹⁸⁵.

Portanto, o entrave financeiro, que impede a efetivação da arbitragem trabalhista como um método alternativo, está mais associado à desinformação do que propriamente ao custo com uma câmara arbitral. Nesse caso, as vantagens se sobrepõem ao custo, levando em consideração a rapidez e o sigilo como as características mais instantes da arbitragem trabalhista.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inegável que os métodos alternativos de resolução de controvérsia soam como um norte, um caminho a ser percorrido por aqueles que buscam uma solução mais rápida,

¹⁸³ Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/08/camaras-articulam-arbitragem-trabalhista-mas-custo-e-entrave.shtml>> Acesso em: 12/11/2021

¹⁸⁴ Disponível em: <<https://www.canatra.org.br/honorarios/>> Acesso em: 12/12/2021

¹⁸⁵ **CONIMA**. Norteador das Boas Práticas da Arbitragem Trabalhista, 2019: "Recomenda-se à Instituição Arbitral isentar o trabalhador de custas administrativas e honorários de árbitros, e sempre disponibilizar assistência jurídica gratuita no procedimento arbitral trabalhista, quando verificada a hipótese do trabalhador não estar acompanhado de advogado de sua confiança". Disponível em: < [Norteador das Boas Práticas da Arbitragem Trabalhista – Conima](#)> Acesso em: 12/11/2021

menos formal, segura e eficaz para solucionar um conflito. Para cada conflito há um método alternativo à disposição e que se adequa à sua necessidade.

A arbitragem trabalhista, como método alternativo de solução de controvérsia, encontra amparo desde que respeitados os seus requisitos possíveis e legais, sem ferir qualquer direito do trabalhador, ainda que este não seja hipersuficiente e não tenha curso superior e nem mesmo o princípio acesso à justiça, pois este compreende a composição de conflitos na esfera extrajudicial.

Reconhecidamente, a arbitragem trabalhista se mostra um meio eficaz de solução de controvérsia e seus entraves se mostram solucionáveis à medida que o conhecimento e a clareza e informações acerca do instituto possam auxiliar na sua efetivação.

Quanto mais informações, estudos e incentivos, por parte dos operadores do direito, estiverem à disposição das partes, sejam elas a respeito da sua existência, eficácia, vantagens e desvantagens, custo, bem como as consequências pela sua escolha, maior será a chance de termos a efetivação da arbitragem trabalhista como um método alternativo de solução de controvérsia eficaz.